

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

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT  
SPÉCIALITÉ Droit pénal et Sciences criminelles

Par Marie MARTY

**LA LÉGALITÉ DE LA PREUVE DANS L'ESPACE PÉNAL  
EUROPÉEN**

Sous la direction de : Valérie, MALABAT  
(co-directeur : Stefan, BRAUM)

Soutenue le 1<sup>er</sup> avril 2014

Membres du jury :

M. GERKRATH, Jorg	Professeur Université du Luxembourg	Président
M. LABAYLE, Henri	Professeur Université de Pau et des pays de l'Adour	Rapporteur
M. MEHDI, Rostane	Professeur Université d'Aix-Marseille	Rapporteur
M. LIGETI, Katalin	Professeur Université du Luxembourg	Examineur

**Titre :**

## **La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen**

**Résumé :** La recevabilité de la preuve est sans doute l'une des questions les plus importantes de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne, mais aussi une des plus complexes. Les difficultés relatives à l'utilisation d'une preuve recueillie dans un État membre, devant les juridictions répressives d'un autre État membre, semblent cependant avoir été sous-estimées par le législateur européen. En effet, l'amélioration de l'efficacité de la répression transnationale a été une des priorités de la politique criminelle de l'Union ces quinze dernières années. À ce titre, le renforcement des mécanismes de coopération judiciaire, y compris ceux visant à l'obtention de la preuve transnationale, a été privilégié. Grâce au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, fondé sur la confiance réciproque que les États membres se portent, les divergences et éventuelles incompatibilités entre les systèmes nationaux ont été tenues en échec, permettant ainsi la libre circulation des preuves dans l'espace pénal européen.

Cependant, cette justification théorique n'est pas suffisante pour assurer la recevabilité mutuelle des preuves, la bonne administration de la preuve pénale demeurant une question nationale, souverainement appréciée par le juge national. De plus, tant l'étude comparative des régimes probatoires nationaux que la présentation des instruments de coopération judiciaire montrent des déficiences profondes, appelant ainsi à une protection accrue et harmonisée des droits fondamentaux dans les procédures répressives au niveau européen, dans le but d'assurer la recevabilité mutuelle des preuves pénales dans l'espace pénal européen.

**Mots clés :** Accès au dossier, Assistance de l'avocat, Aveu, Admissibilité, Confiance mutuelle, Coopération judiciaire, Décision d'enquête européenne, Droits de la défense, Droit au silence, Enquête, Entraide judiciaire, Équité procédurale, Espace de liberté, sécurité et justice, Garanties procédurales, Harmonisation, Instruction, Libre circulation, Loyauté, Mandat européen d'obtention de preuve, Preuve, Provocation policière, Recevabilité, Reconnaissance mutuelle, Schengen, Témoignage.

**Title :**

## **Admissibility of evidence in the European criminal justice area**

**Abstract :** Admissibility of evidence is one of the most crucial and complicated issues in the European Union's area of freedom, security and justice. However, the difficulties regarding the use of evidence gathered in one Member State in proceedings in another Member State through the mechanisms of judicial cooperation seems to have been underestimated by the European Union legislator, and this despite the success of criminal proceedings with a cross-border character being considered a priority for the last fifteen years. Indeed, the EU's criminal policy has been striving for the strengthening of the efficiency of judicial cooperation between judicial authorities. This requires the improvement of the instruments dedicated to obtaining criminal evidence. Thanks to the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters, based on mutual trust between Member States, the differences between and potential incompatibilities of national systems should not be an obstacle to the free circulation of evidence in the EU criminal justice area.

However, this theoretical justification is not sufficient to ensure mutual admissibility of evidence, as the good administration of evidence remains a national issue, with a wide margin of appreciation accorded to the national judge. Furthermore, both the study of national procedural norms and the study of the European Union legal framework show deficiencies, requiring a coherent concept for the protection of fundamental rights in criminal proceedings at the EU-level. A better and harmonised protection of procedural guarantees is the path to ensure the mutual admissibility of evidence, overcoming national differences.

**Keywords :** Access to the file, Admissibility, Area of freedom, security and justice, Assistance of a lawyer, Confession, Entrapment, European Evidence Warrant, Evidence, Evidence investigation order, Fair trial, Freedom of circulation, Harmonisation, Investigation, Judicial cooperation, Loyalty, Mutual legal assistance, Mutual trust, Mutual recognition, Procedural guarantees, Rights of the defence, Right to remain silent, Schengen, Testimony.

---

### **Unité de recherche**

Institut de sciences criminelles et de la justice – Université Montesquieu - Bordeaux  
IV

4, rue du Maréchal JOFFRE

CS 61752

33075 BORDEAUX CEDEX



*À Patrick.*



## REMERCIEMENTS

Je remercie sincèrement Monsieur le Professeur Stefan BRAUM, tout d'abord pour avoir accepté de diriger cette thèse, mais surtout pour la confiance qu'il m'a témoignée tout au long de ces quatre années et pour son soutien dans les moments de doute. Tout en guidant mes recherches, il a su me laisser la liberté nécessaire à l'épanouissement de cette thèse et son œil critique en a sans conteste amélioré la qualité.

Je tiens à exprimer tout ma gratitude envers Madame le Professeur Valérie MALABAT, qui a codirigé cette thèse malgré la distance, pour ses précieux conseils, son soutien et sa disponibilité.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Jörg GERKRATH et à Madame le Professeur Katalin LIGETI qui, en tant que membres de mon comité d'encadrement, ont su m'encourager et me conseiller pour mener à bien ces recherches.

Je remercie Messieurs les Professeurs Henri LABAYLE et Rostane MEHDI, de me faire l'honneur de participer au jury de soutenance et d'être rapporteurs de cette thèse.

Enfin, toute ma reconnaissance va à mes proches. Toute l'équipe très soudée de droit pénal européen de l'Université du Luxembourg tout d'abord, spécialement Gavin, pour nos échanges musclés mais fructueux, Valentina et Sophie, pour leur soutien infaillible, leurs conseils, suggestions, corrections, relectures et tout simplement leur amitié. Ma famille ensuite, particulièrement Pierre et Francine, pour avoir si parfaitement rempli leur rôle de mari et de parent.





## ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
AJ Pénal	Actualité juridique : Pénal
AJDA	Actualité juridique : Droit administratif
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation (française)
Bull. crim.	Bulletin criminel
c.	contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation (belge)
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation (française)
CIC	Code d'instruction criminelle
Ch. F	Chambre francophone de la Cour de cassation (belge)
Ch. N	Chambre néerlandophone de la Cour de cassation (belge)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Convention EDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Cour EDH/CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
CPS	Crown Prosecution Service
CUP	Cambridge University Press
(dir.)	Sous la direction de
(éd.)	Édité par
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
EuCLR	European Criminal Law Review
Eucrim	The European Criminal Law Associations' Forum
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Fasc.	Fascicule
Ibid.	Ibidem
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
J.L.M.B.	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
J.T.	Journal des tribunaux
J.T.L.	Journal des tribunaux Luxembourg
obs.	observations
op. cit.	Ouvrage précité
OUP	Oxford University Press
p.	Page
Pas.	Pasicrisie
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
Rev. Trim. D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDL	Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège

R.I.D.P.	Revue internationale de droit pénal
RJE	Réseau judiciaire européen
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Eur	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivant(e)s
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
v <sup>o</sup>	verbo
vol.	volume

# SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
<b>PREMIERE PARTIE - LA LEGALITE DE LA PREUVE « NATIONALE » : L'EROSION DES DISPARITES ENTRE LES REGIMES DES ETATS MEMBRES.....</b>	<b>31</b>
TITRE 1 - LA RECONNAISSANCE COMMUNE DE PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PROBATOIRE.....	33
<i>Chapitre 1 : La convergence des régimes nationaux par l'humanisation de la         recherche de la vérité.....</i>	<i>35</i>
<i>Chapitre 2 : La convergence des régimes nationaux vers la libre admissibilité de la         preuve pénale.....</i>	<i>97</i>
CONCLUSION DU TITRE 1.....	145
TITRE 2 - LA MINIMISATION DES DIVERGENCES NATIONALES SUR LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE.....	147
<i>Chapitre 1 : La légalité de la preuve : condition de sa recevabilité et révélatrice de         divergences nationales.....</i>	<i>149</i>
<i>Chapitre 2 : La recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit         national, facteur de rapprochement des régimes nationaux.....</i>	<i>221</i>
CONCLUSION DU TITRE 2.....	279
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....</b>	<b>281</b>
<b>PARTIE 2 - LA LEGALITE DE LA PREUVE « EUROPEENNE » : UNE CONSTRUCTION INACHEVEE.....</b>	<b>283</b>
TITRE 1 - DE LA NÉCESSITÉ D'ÉQUILIBRER LES MÉCANISMES DE COOPÉRATION JUDICIAIRE.....	285
<i>Chapitre 1. Les déficiences du cadre normatif de l'obtention de la preuve européenne         .....</i>	<i>287</i>
<i>Chapitre 2. Le renforcement du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve         européenne.....</i>	<i>361</i>
CONCLUSION DU TITRE 1.....	415
TITRE 2 - DE LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION DES LÉGISLATIONS PÉNALES PROCÉDURALES.....	417

<i>Chapitre 1 : L'harmonisation procédurale substantielle : l'harmonisation de la légalité matérielle par la protection accrue des garanties procédurales.....</i>	<i>419</i>
<i>Chapitre 2. L'harmonisation procédurale formelle : l'harmonisation de la légalité formelle par l'édition de règles d'enquête communes.....</i>	<i>495</i>
CONCLUSION DU TITRE 2. ....	529
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE 2 .....</b>	<b>531</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>533</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>543</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>587</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>591</b>

*« Toute erreur sur la nature des preuves, toute fausse règle de procédure, renferme un danger tout prêt à se réaliser sur la tête de chaque citoyen. »*

E. Dumont, Membre du conseil représentatif et souverain de Genève,  
Préface du Traité des preuves judiciaires de Bentham.

## INTRODUCTION

« Le principe de reconnaissance mutuelle devrait aussi s'appliquer aux décisions précédant la phase de jugement, en particulier à celles qui permettraient aux autorités compétentes d'agir rapidement pour obtenir des éléments de preuve et saisir des avoirs faciles à transférer ; les éléments de preuve légalement recueillis par les autorités d'un État membre devraient être recevables devant les juridictions des autres États membres, compte tenu des règles qui y sont applicables »<sup>1</sup>.

Aux prémices de l'émergence d'un espace pénal européen, la question de la légalité de la preuve pénale était déjà une préoccupation majeure pour les gouvernants des États membres réunis au Conseil européen de Tampere : obtenir mais surtout utiliser des éléments de preuves légalement obtenus par les autorités d'un État membre autre que celui à l'origine des poursuites pénales, était alors envisagé comme indispensable à la construction d'un « véritable espace européen de justice ». Si la question était aisée à soulever, y apporter des réponses s'est révélé être une entreprise ardue et les bonnes intentions politiques ont violemment heurté les réalités pratiques. L'ampleur de la tâche avait été sous-estimée et les

---

<sup>1</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 36.

difficultés techniques tenant à la rigueur de la matière pénale procédurale minimisées. De même, les réticences des États membres quant à la modification de leur droit interne semblaient pouvoir être tenues en échec par un supposé socle commun reposant sur leur attachement aux principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit<sup>2</sup>. Quinze ans plus tard, le premier engagement exprimé en 1999 semble sur le point de se concrétiser : l'adoption prochaine de la directive relative à la décision d'enquête européenne<sup>3</sup> permettrait ainsi aux autorités compétentes d'agir rapidement pour obtenir des éléments de preuve, en modifiant profondément l'architecture normative de la coopération judiciaire dans l'Union européenne. En revanche, en ce qui concerne la recevabilité mutuelle de ces mêmes éléments de preuve, le chemin est encore long.

En effet, le droit de l'Union européenne n'a pour l'instant pas réussi là où les États membres ont renoncé : élaborer une théorie générale de la recevabilité de la preuve. Les résistances nationales à l'idée que l'Union s'empare d'une question si sensible touchant à leur souveraineté n'en sont que plus compréhensibles. Le droit de la preuve est profondément national : il reflète l'« identité juridique » des États et révèle toutes leurs particularités. Façonné par le rejet des abus de certains régimes, ou par l'adoption de conceptions libérales, il est l'aboutissement des évolutions que les procédures pénales nationales ont pu connaître au cours des siècles, le résultat d'une succession d'essais, de réformes, de jurisprudences, d'échecs et de réussites. Le droit de la preuve n'en reste pas moins mouvant, soumis aux instrumentalisation de la matière pénale par le pouvoir politique mais surtout aux évolutions de la société et de ceux qui la composent. Ainsi, la preuve, comme toute question pénale, est essentiellement humaine. Elle appartient aux parties, qui la recherchent, la recueillent, pour modeler leur argumentation et espérer une issue à leur avantage. Elle appartient au juge, qui l'apprécie, la juge, l'utilise ou la rejette, afin de déterminer le sort de la personne poursuivie. Elle appartient au législateur, qui en régit l'administration, conformément aux principes fondamentaux d'un État de droit et aux valeurs qu'il défend. Ballottée entre divers intérêts parfois en opposition, la preuve est un sujet éminemment instable et malléable, mais aussi, paradoxalement marqué par sa rigueur et son formalisme. Le droit de la preuve est donc une matière fournie, complexe, épousant les particularités des régimes nationaux. Son étude dans le contexte atypique qu'est l'espace pénal européen n'en est que plus délicate à aborder.

---

<sup>2</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* n° C 12 du 15 jan. 2001, p. 10.

<sup>3</sup> Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, Bruxelles, le 21 mai 2010, Dossier interinstitutionnel : 2010/0817(COD), 9288/10 COPEN 117 EUROJUST 49 EJM 13 CODEC 384 PARLNAT 13.

Aussi, afin d'appréhender au mieux le sujet, il conviendra dans un premier temps de présenter l'objet de l'étude, la preuve pénale (§ 1), avant d'en délimiter le contexte, l'espace pénal européen (§ 2), pour finalement dévoiler toute l'ampleur de la problématique que la légalité de la preuve dans l'espace pénal européen soulève (§ 3).

## § 1. Prouver l'infraction, l'objectif de toute procédure répressive

**1. L'objet de l'étude.** S'il est un sujet délicat à aborder en matière pénale, c'est sans doute celui de la preuve. Élément essentiel autour duquel s'articule tout le processus répressif, indispensable à la démonstration de l'existence d'une infraction<sup>4</sup>, la preuve fait rarement l'objet d'études à la hauteur de son importance dans le procès pénal<sup>5</sup>. Pourtant le droit de la preuve est fascinant tant il est riche, marqué par ses contradictions, intransigeant, mais également profondément humain.

La doctrine a multiplié les définitions de la preuve : elle peut être envisagée comme un processus, une démonstration, bien qu'elle soit plus souvent présentée comme un moyen de démontrer qu'une assertion est vraie ou fausse<sup>6</sup>. Pour Messieurs les Professeurs Guichard et Buisson, « la preuve consiste 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 »<sup>7</sup>. Dans le même sens, Messieurs les Professeurs Merle et Vitu définissent la preuve comme « tout moyen permettant d'affirmer l'existence ou la non-existence d'un fait donné, ou encore l'exactitude ou la fausseté d'une proposition »<sup>8</sup>. Plus largement, la preuve « désigne tout moyen direct ou indirect d'arriver à la connaissance des faits »<sup>9</sup>. Le droit anglais connaît une conception très proche, la preuve étant une information sur laquelle se base la conviction de la véracité d'un fait ou d'un ensemble particulier de

---

<sup>4</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1979, p. 151.

<sup>5</sup> En effet, la preuve pénale est souvent abordée dans le cadre plus large de l'étude de la procédure pénale, tout du moins en France. En Belgique, nous pouvons citer par exemple un manuel entièrement dédié à la preuve en matière pénale : L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Mechelen, Kluwer, 2009. Le droit anglais lui accorde une place plus importante, de nombreux manuels étant entièrement consacrés à son étude, v. par exemple P. MURPHY, *Murphy on evidence*, 10<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2008. ; A. CHOO, *Evidence*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2009. ; A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 8<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2010. ; I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 4<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010. V. également au sujet de la place du droit de la preuve dans les droits anglais, français et italiens, J. R. SPENCER, B. DELEUZE et D. VORMS, «La preuve : une question inclassable», *Archives de politique criminelle*, n° 13, 1993, p. 37. L'existence d'approches différentes est également soulevée par d'autres auteurs, notamment M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, 2010, p. 230.

<sup>6</sup> M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 26.

<sup>7</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 553.

<sup>8</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 151.

<sup>9</sup> E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Joubert, 1843, p. 3.

faits »<sup>10</sup>. Pourtant, ces définitions méritent d'être complétées car la notion de preuve en matière pénale n'est jamais mieux comprise qu'en référence à son objet.

**2. L'objet de la preuve : la manifestation de la vérité.** L'objet de la preuve est la manifestation de la vérité, ce but unique supplantant les divergences entre les systèmes nationaux<sup>11</sup> : la procédure pénale tend à la recherche de la vérité<sup>12</sup> et la preuve est le moyen de parvenir à l'établissement de la vérité, « aussi bien d'ailleurs en ce qui concerne les actes antisociaux qui paraissent avoir été accomplis, qu'en ce qui concerne la personnalité de celui à qui l'on en demande compte »<sup>13</sup>. Ainsi, la preuve a pu être définie comme « ce qui sert à établir qu'une chose est vraie »<sup>14</sup>, prouver comme « convaincre quelqu'un de la vérité d'un fait »<sup>15</sup>.

Si dans le langage courant la vérité peut être associée à la notion de réalité<sup>16</sup>, la vérité en matière pénale tient plus de la certitude que de la réalité, bien que les deux puissent se confondre. Témoigne de cette nuance la définition que le doyen Domat retient de la preuve, qui est selon lui, « ce qui persuade l'esprit d'une vérité »<sup>17</sup> car comme le souligne Monsieur le Professeur Pradel, « c'est d'une certaine recherche de la vérité qu'il faut parler pour décrire correctement la façon de rechercher les objectifs de la justice »<sup>18</sup>. En effet, la perception que le juge a de la vérité est relative « en raison de l'imperfection des moyens humains de connaissance »<sup>19</sup>. Cette vérité telle qu'elle est perçue par le juge pénal constitue la vérité judiciaire<sup>20</sup>. Elle n'est donc pas absolue<sup>21</sup> et peut s'éloigner de la vérité matérielle, scientifique,

---

<sup>10</sup> « *Evidence is information. It is information that provides grounds for belief that a particular fact or set of facts is true* », I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 3.

<sup>11</sup> J. R. SPENCER, B. DELEUZE et D. VORMS, « La preuve : une question inclassable », *op. cit.*, p. 37.

<sup>12</sup> La vérité est l'objectif essentiel de la procédure pénale, v. H. BEKAERT, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 10.

<sup>13</sup> G. LEVASSEUR, « Le droit de la preuve en droit pénal français », in C. PERELMAN et P. FORIERS (éd.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 178.

<sup>14</sup> J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 636.

<sup>15</sup> N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 7.

<sup>16</sup> La vérité est la « connaissance conforme au réel », Le Nouveau Petit Robert, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, v<sup>o</sup> vérité.

<sup>17</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans un ordre naturel*, 1771, p. 204, référence issue de J. PRADEL, *Procédure pénale*, 16ème éd., Paris, Cujas, 2011, p. 339.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>19</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 151. V. également C. PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », in C. PUIGELIER (dir.), *La preuve*, Paris, Economica, 2004, p. 195., soulignant que la vérité est parfois si insaisissable que le juge est contraint de se tourner vers la vraisemblance, qui n'a que l'apparence de vérité. Aussi : « l'autorité de la chose jugée est une 'fiction de vérité' et la prétend pas être La Vérité », C. LABRUSSE-RIOU, « Preuve "scientifique", preuve "non scientifique" », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 80.

<sup>20</sup> « Le procès pénal est l'un des lieux où l'on recherche et où l'on dit la vérité. On parle alors de vérité judiciaire. Elle est le but ultime de toutes les procédures pénales, aussi bien continentales que de *common law* », Y. MULLER, « L'idéal de vérité dans le procès pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 532.



factuelle<sup>22</sup>. La vérité judiciaire, consacrée par le juge pénal, est le fruit de ses réflexions ayant conduit à sa certitude, à l'issue d'un débat contradictoire portant sur les preuves légalement produites devant lui. Elle résulte « d'un choix entre des versions des faits, des qualifications juridiques, des interprétations et des conclusions potentielles qui, bien que souvent opposées, pouvaient être les unes des autres défendables »<sup>23</sup>. Ainsi, il nous paraît plus juste de définir la preuve pénale comme un moyen de transformer une suspicion, une présomption, ou une croyance, en certitude<sup>24</sup>, ou comme « tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait ou d'une proposition »<sup>25</sup>.

**3. La conciliation de la liberté et de la légalité<sup>26</sup>.** L'établissement de la certitude du juge pénal, qui tient lieu de vérité, est le but suprême de la preuve en matière répressive<sup>27</sup>. Pourtant, recueillir les éléments sur lesquels le juge pourra fonder sa conviction est une tâche rendue difficile par la nature même de l'objet à prouver : la violation de la loi pénale. Ce fait juridique inconnu avant sa survenance rend impossible toute pré-constitution de la preuve comme en matière civile<sup>28</sup>. Par ailleurs, le comportement de l'auteur de l'infraction constitue un obstacle supplémentaire à la recherche des preuves, celui-ci cherchant le plus souvent à dissimuler son implication, sinon l'existence même des faits délictueux, dans le but d'échapper à toute sanction répressive. Or l'impunité du délinquant résultant d'une limitation des moyens de preuves admissibles n'est pas compatible avec l'objectif de protection de la société que le droit pénal poursuit. Par conséquent, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, la preuve doit être libre<sup>29</sup> et tout procédé de preuve est en principe admissible<sup>30</sup>. Tous

---

<sup>21</sup> M.-C. NAGOUAS-GUÉRIN, *Le doute en matière pénale*, Paris, Dalloz, 2002, p. 17.

<sup>22</sup> La vérité scientifique connaît également ses limites, car la science présente « le même caractère humain, aléatoire, que tout autre objet de connaissance », E. TRUILHÉ-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 17.

<sup>23</sup> M. VAN DE KERCHOVE, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, vol. 24, n° 1, 2000, p. 96.

<sup>24</sup> En ce sens, Peter Murphy définit la preuve comme tout matériel ayant le potentiel de pouvoir changer l'état des croyances de l'enquête en ce qui concerne une proposition à décider, P. MURPHY, *Murphy on evidence*, 2008, *op. cit.*, p. 2.

<sup>25</sup> F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Tome IV, Paris, Henri Plon, 1866, p. 329. Aussi, la preuve est « un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain », H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire – Étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964, p. 15.

<sup>26</sup> Ces deux principes apparemment, mais faussement, antinomiques, régissent tant la production que l'administration de la preuve, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 567.

<sup>27</sup> G. LEVASSEUR, « Le droit de la preuve en droit pénal français », in *La preuve en droit*, 1981, *op. cit.*, p. 178.

<sup>28</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 229. Il convient cependant de préciser que la pré-constitution de preuve est également impossible en matière civile lorsqu'elle concerne des faits juridiques, et non des actes juridiques.

<sup>29</sup> La liberté de la preuve est le principe « cardinal » du système pénal dans la plupart des régimes européens (M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 23, 1996, p. 55.), à l'exclusion des Pays-Bas et de l'Allemagne par exemple, bien que de nombreuses exceptions rapprochent ces deux régimes de ceux régis par le principe de liberté de la preuve.

les moyens de preuve peuvent être produits devant le juge et aucune valeur probante ne leur est préalablement attribuée par la loi<sup>31</sup>. Le juge apprécie souverainement tous les éléments de preuves qui lui sont présentés, lesquels forgent son intime conviction concernant la culpabilité de la personne poursuivie.

Si l'admissibilité de la preuve est libre, sa recevabilité ne saurait l'être<sup>32</sup> et nécessite d'être encadrée. La légalité, imprégnant la matière pénale plus que tout autre domaine du droit, s'exprime inévitablement à travers la preuve pénale, par la réglementation de sa recherche et plus généralement de son administration<sup>33</sup>. Dans un État de droit, il n'est pas concevable que les autorités judiciaires bénéficient de toute latitude quant à l'organisation de l'enquête pénale et agissent au mépris des valeurs constituant les fondements d'un État démocratique. Ainsi, la recherche de la vérité n'est pas sans limites, la première tenant « aux droits fondamentaux dont est titulaire toute personne »<sup>34</sup> tels que le respect de la dignité humaine ou des droits de la défense, la seconde tenant aux formalités et procédures légales auxquelles les autorités enquêtrices sont soumises<sup>35</sup>. Ces limites visent non seulement à prévenir tout abus des autorités enquêtrices mais également à garantir l'intégrité, la fiabilité et donc l'utilité de la preuve recueillie dans le respect des règles édictées par le législateur. Par conséquent, toute violation de la légalité de la preuve représente un danger pour la personne poursuivie qui pourrait se voir opposer une preuve recueillie en méconnaissance de ses droits et n'offrant pas la fiabilité nécessaire à la manifestation de la vérité. L'exclusion de toute preuve illégalement administrée semble à première vue être essentielle au maintien d'une justice équilibrée et équitable, bien que les systèmes nationaux connaissent actuellement un fléchissement de la sanction des limitations légales<sup>36</sup>.

#### **4. Les mutations de la preuve pénale par la modernisation de l'enquête.**

S'adaptant aux évolutions de la société, la preuve est en constante mutation. Monsieur

---

<sup>30</sup> « Tout peut faire farine au moulin de la démonstration : témoignages, présomptions, indices matériels, aveux, etc. », J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, p. 636.

<sup>31</sup> Le système des preuves légales, auxquelles une valeur probante était attribuée, a progressivement été abandonné en France à partir du XV<sup>ème</sup> siècle, afin de rendre « aux juges une liberté d'appréciation qui annonce le régime de l'intime conviction », J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2006, p. 400.

<sup>32</sup> « Plus la preuve est difficile à faire, plus on facilite sa recherche. Il faut toutefois trouver un équilibre, car, entre la Société qui doit prouver et l'individu poursuivi, la liberté absolue conduirait rapidement à une caricature de procès, en raison du déséquilibre des forces », P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENEY*, Paris, Sirey, 1964, p. 156.

<sup>33</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 583.

<sup>34</sup> J. PRADEL, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 303.

<sup>35</sup> S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 4, 2007, p. 301.

<sup>36</sup> À ce sujet, v. E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC*, Avr.-Juin, 2002, 263 et s.

Gorphe, magistrat, disait déjà en 1947 que la société connaissait une période de transition : le progrès scientifique avait transformé les manières de vivre et les habitudes sociales, et ces mutations avaient pénétré le droit pénal tout comme la recherche, le recueil, mais surtout l'appréciation des preuves en justice<sup>37</sup>. Le développement des expertises scientifiques, notamment par l'intervention de médecins, de chimistes, ou de psychologues, et plus largement de la criminalistique, a donc initié une modernisation globale de la matière probatoire par la science, qui se perpétue encore aujourd'hui.

Le recours croissant à la preuve biologique a tout d'abord profondément marqué l'administration et l'appréciation de la preuve. La comparaison entre l'empreinte génétique issue des substances recueillies sur la victime ou le lieu de l'infraction et celle de l'ADN prélevé sur un individu est entourée d'une forte présomption de fiabilité. Présentant une « force de conviction bien supérieure à n'importe quel autre moyen de preuve »<sup>38</sup>, la preuve biologique place le juge dans une position délicate : l'erreur humaine reste possible et face à la fiabilité apparente d'un tel moyen de preuve, le juge doit s'efforcer de ne pas lui accorder une valeur supplantant les autres moyens de preuves<sup>39</sup>. De la même façon, les autorités judiciaires ne peuvent se reposer sur cette technique d'enquête et négliger les mesures d'investigation traditionnelles telles que les auditions ou les reconstitutions, afin d'établir la vérité<sup>40</sup>. La tentation de recourir aux techniques scientifiques d'enquête est d'autant plus grande aujourd'hui que cette catégorie s'est considérablement enrichie de tout un panel de mesures ayant recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, représentant un défi majeur pour le droit de la preuve.

L'usage quotidien des technologies numériques a conduit à la dématérialisation des échanges et des rapports humains, lesquels sont pour l'immense majorité enregistrés, stockés, voire utilisés. Cette évolution des comportements sociaux a contribué au développement d'une nouvelle forme de criminalité, la cybercriminalité<sup>41</sup>, tout autant qu'à la mutation de comportements délictuels existant comme la pédopornographie, l'escroquerie, ou le

---

<sup>37</sup> F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice - Essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947, p. 13 et s.

<sup>38</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, «Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France.», *Archives de politique criminelle*, vol. 1, n° 26, 2004, p. 142.

<sup>39</sup> S. LYONNET, «Empreintes génétiques», in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000 organisé par la Cour de Cassation, Paris, La documentation française, 2000, p. 22 et s. Sur les risques de correspondance fortuite et la valeur probante des comparaisons d'ADN, v. R. COQUOZ et F. TARONI, *La preuve par l'ADN - La génétique au service de la justice*, 2ème éd., Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2006, p. 244 et s.

<sup>40</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, «Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France.», *op. cit.*, p. 143.

<sup>41</sup> Nous pouvons citer comme exemple d'infraction le hacking, qui est l'accès illégal à un système informatique en vue de tirer bénéfice de données confidentielles, M. OLINET et K. MARTIN-CHENUT, «La preuve "cybernétique"», in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 225.

blanchiment d'argent<sup>42</sup>, comportements auxquels les autorités judiciaires ont dû s'adapter dans leur mission de recherche de la vérité. La preuve pénale a été profondément affectée par ces transformations, tant au regard des moyens de preuves désormais recherchés et produits devant le juge pénal, que concernant leur obtention. Ainsi, à l'image de la preuve biologique, les moyens de preuve technologiques<sup>43</sup> présentent l'avantage d'être objectifs, concrets et fiables, caractéristiques sur lesquelles le juge ne doit s'appuyer démesurément. Cependant, les conditions de leur obtention et de leur utilisation font l'objet de nombreuses préoccupations, notamment au regard du respect du principe de légalité<sup>44</sup> concernant ces nouvelles mesures d'investigation particulièrement intrusives dans l'intimité et la vie privée des personnes suspectées ou poursuivies, mais également à propos de l'utilisation incidente des données collectées au cours d'une enquête<sup>45</sup> ou par des entreprises privées dans le cadre d'activités commerciales<sup>46</sup>. L'inertie du législateur quant à l'encadrement des mesures d'enquêtes modernes, accompagnée paradoxalement par le développement croissant de régimes d'exception aux fins de lutte contre des formes particulièrement graves de criminalité, contribuent à l'opacité et à la complexification de l'administration de la preuve.

Si l'adaptation des systèmes probatoires aux progrès scientifiques et aux nouvelles technologies est sans conteste un défi récurrent que la procédure pénale doit relever<sup>47</sup>, un second phénomène inédit est venu bouleverser le droit probatoire et plus largement la matière pénale : l'internationalisation de l'infraction, fissurant l'hermétisme d'un domaine profondément national et obligeant les autorités judiciaires à rechercher la vérité au-delà des frontières étatiques<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> Sur ce point v. D. COMMARET, «Les métamorphoses de la preuve», *Revue pénitentiaire de droit pénal*, n° 4, 2003, p. 738.

<sup>43</sup> Nous considérons cette catégorie très large, englobant toutes les données numériques, électroniques et informatiques pouvant être recueillies ou interceptées par les enquêteurs notamment la correspondance par courrier électronique, les communications orales ou écrites effectuées grâce aux réseaux sociaux et autres télécommunications, les données bancaires, les enregistrements de vidéosurveillance, les données stockées sur disque dur, ou encore les interceptions téléphoniques.

<sup>44</sup> H. MATSOPOULOU, «Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale», *in* Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 412.

<sup>45</sup> P. ROUSSEL, «L'emploi de l'informatique dans l'administration de la preuve», *Droit pénal*, n° 9, étude 11, sept. 2005, § 25.

<sup>46</sup> E. DE BUSSER, «The Data Protection Gap - From Private Databases to Criminal Files», *Eu crim*, n° 1, 2013, p. 17.

<sup>47</sup> L'adaptation des criminels puis des autorités étatiques aux nouvelles opportunités technologiques s'offrant à eux n'a rien de surprenant, « cet effet n'a rien d'inconnu, et c'est une constante dans l'évolution de l'humanité, au point qu'on pourrait formuler une espèce de règle selon laquelle tout progrès technique est accompagné de progrès dans la technique de commission des infractions », G. QUINTERO OLIVARES, «La cybercriminalité et la responsabilité pénale des prestataires de services», *in* Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 774.

<sup>48</sup> Ces deux phénomènes, l'internationalisation et la modernisation scientifique du droit probatoire, ont déjà été mis en lumière par diverses études, v. par exemple O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007 ; G. GIUDICELLI-

## § 2. Prouver l'infraction transnationale : moteur de la construction de l'espace pénal européen

L'espace pénal européen s'est progressivement construit sur la volonté d'apporter une réponse répressive efficace à l'internationalisation de la criminalité (A). Pourtant, la recherche et le recueil de la preuve de l'infraction transnationale sont marqués par l'incohérence de l'accumulation successive d'instruments, dont l'efficacité peut largement être remise en cause (B).

### A. La lente émergence de l'espace pénal européen

Profitant de la perméabilité des frontières étatiques et de la libéralisation des échanges internationaux, les délinquants ont bénéficié d'un climat favorable à l'expansion de leur activité transnationale (1), dont la répression ne pouvait être assurée que par une intensification de la coopération judiciaire entre les États membres, laquelle constitua le moteur du développement de l'espace pénal européen (2).

#### 1. L'internationalisation de la criminalité : source du développement de l'espace pénal européen

**5. La criminalité transnationale, source de l'orientation sécuritaire de l'espace pénal européen.** La criminalité transnationale n'est pas un phénomène nouveau<sup>49</sup> propre à la délinquance moderne, ni à l'Union européenne. L'impunité résultant de l'hermétisme de la répression pénale nationale, la volonté de développer une activité criminelle de grande envergure aux fins de profits plus importants, l'exploitation des failles ou du laxisme de certains régimes nationaux, sont autant de facteurs ayant poussé les délinquants à se jouer des frontières nationales. Pourtant, si ces comportements sont anciens, leur développement exponentiel ces dernières années<sup>50</sup> a placé la répression de la criminalité transnationale au cœur des préoccupations des États membres. Il n'est pas question ici d'étudier en profondeur

---

DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

<sup>49</sup> S. GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 324. V. aussi F. FELSEN et A. KALAITZIDIS, «A Historical Overview of Transnational Crime», in P. REICHEL, *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Londres, Sage Publications, 2005, p. 3 et s.

<sup>50</sup> D. THOMAS, V. BOSCH, C. GAVALDA, et al., «Les transformations de l'administration de la preuve pénale», *Archives de politique criminelle*, vol. 1, n° 26, 2004, p. 117.

la criminalité organisée transnationale, ni de tenter de la définir précisément<sup>51</sup> : nous retiendrons seulement que « toute infraction a vocation à devenir internationale, à partir du moment où il y a eu franchissement des frontières et où les pays concernés sont d'accord pour reconnaître à l'acte un caractère délictuel »<sup>52</sup>. Présenter toutes les formes de criminalité transnationale serait tout aussi vain, cette catégorie étant perpétuellement en évolution<sup>53</sup>. Néanmoins, elles peuvent être réunies sous deux catégories principales<sup>54</sup>, caractérisées par un éclatement des éléments constitutifs de l'infraction : dans la première, les faits sont commis dans un seul État mais les preuves ou l'auteur de l'infraction se trouvent sur le territoire d'un autre État membre<sup>55</sup>, dans la seconde, l'infraction est commise consécutivement ou concomitamment sur le territoire de plusieurs États membres<sup>56</sup>. Cependant, l'intérêt de ces quelques développements est simplement de montrer à quel point l'objectif sécuritaire découlant de l'internationalisation de la délinquance a influencé et guidé le développement du droit pénal européen, sous l'impulsion des États membres soucieux d'apporter une réponse efficace à un phénomène face auquel ils se savaient impuissants.

**6. La disparition des obstacles au franchissement des frontières étatiques.** La porosité des frontières a joué un rôle déterminant dans l'accroissement des comportements infractionnels transnationaux au sein de l'Union européenne. Les dispositions de la Convention de Schengen témoignent de cette préoccupation : en supprimant tout contrôle systématique aux frontières internes à l'espace Schengen<sup>57</sup>, les rédacteurs de la convention du même nom étaient conscients que la libre circulation des personnes pouvait profiter tant au

---

<sup>51</sup> La définition même de la criminalité organisée transnationale est sujette à de nombreuses interprétations, v. S. GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, 2005, *op. cit.*, p. 324. Selon l'art. 3 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 nov. 2000, une infraction est transnationale si elle est commise dans plus d'un Etat, elle est commise dans un Etat mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre Etat, elle est commise dans un Etat mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un Etat ou elle est commise dans un Etat mais a des effets substantiels dans un autre Etat.

<sup>52</sup> A. BOSSARD, *La criminalité internationale*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998, p. 116.

<sup>53</sup> Quelques exemples peuvent cependant être donnés comme la traite d'être humains, le trafic de drogue, de tabac, d'armes à feu, la contrefaçon pharmaceutique, l'immigration clandestine, le blanchiment d'argent.

<sup>54</sup> Les formes présentées ici sont issues de la division établie par E. BARBE, v. E. BARBE, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne - Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, Paris, La documentation française, 2002, p. 106.

<sup>55</sup> Un exemple classique serait celui d'une personne ayant commis une infraction sur le territoire d'un État membre, avant de revenir sur son lieu de résidence sur le territoire d'un autre État membre.

<sup>56</sup> L'auteur donne ici comme exemple un trafic de voiture volées en France, maquillée en Belgique, envoyées en Pologne grâce à des faux papiers fabriqués en Allemagne, dont les bénéficiaires sont blanchis en Autriche, v. E. BARBE, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne - Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2002, *op. cit.*, p. 106. Plus généralement, cette catégorie recouvre la criminalité organisée à l'échelle transnationale.

<sup>57</sup> La Convention d'application des accords de Schengen, signée le 10 juin 1990 et entrée en vigueur cinq ans plus tard, met en œuvre l'objectif d'abolir les contrôles systématiques aux frontières intérieures, tel que fixé par les accords de Schengen signés en 1985 entre l'Allemagne, la France et les pays du Benelux.

citoyen honnête qu'au malfaiteur<sup>58</sup>. C'est la raison pour laquelle des mesures compensatoires furent prévues pour contrebalancer ce nouvel avantage conféré aux délinquants, notamment en offrant aux autorités policières de nouvelles prérogatives opérationnelles transfrontalières, telles que l'observation et la poursuite transfrontalières<sup>59</sup>. Bien que l'affaissement des frontières étatiques physiques ait favorisé l'internationalisation de la criminalité traditionnelle, le développement d'Internet et plus largement des nouvelles technologies de l'information et de la communication ont révolutionné tant le comportement délictuel que l'enquête judiciaire. Outre le développement de la criminalité informatique<sup>60</sup> et la transformation des infractions classiques<sup>61</sup>, les nouvelles technologies ont fragilisé voire anéanti les frontières étatiques. En effet, l'Internet est un espace virtuel sans frontières, qu'aucun pouvoir central ne régent, et donc éminemment libre<sup>62</sup>. Les communications transnationales entre les internautes sont aujourd'hui simples et aisément accessibles, volatiles, instantanées, « anonymisables », difficilement traçables. L'échange d'informations, de documents, de photos, nécessaires à la commission d'une infraction, l'organisation de réseaux criminels clandestins, la dissimulation de tout comportement criminel, en sont inévitablement facilités.

Face à la libéralisation de la circulation physique et virtuelle des personnes et des données, les autorités judiciaires et policières ne pouvaient rester prisonnières de leurs frontières étatiques, les délinquants ne pouvaient plus continuer à tirer profit des problématiques de souveraineté en toute impunité<sup>63</sup>.

**7. La lutte contre la criminalité transfrontière, leitmotiv de la construction de l'espace pénal européen.** L'émergence et l'essor de l'espace pénal européen a principalement reposé sur la lutte contre cette forme de criminalité, c'est-à-dire la recherche, la poursuite et le jugement des auteurs d'infractions transnationales<sup>64</sup>. Si une démarche empirique et informelle a d'abord été privilégiée<sup>65</sup>, l'expansion de l'« euroterrorisme » a été

---

<sup>58</sup> V. Se. DE BIOLLEY, «Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne - Les débuts : acquis de Schengen», *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 25.

<sup>59</sup> Ces techniques policières existaient déjà dans la pratique avant la Convention de Schengen, mais un cadre légal leur faisait défaut, v. H.-D. BOSLY et G. RENAULT, «La coopération policière et judiciaire», in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 355.

<sup>60</sup> Que ce soient des infractions commises à l'aide de l'outil informatique, ou que l'outil informatique soit l'objet de l'infraction.

<sup>61</sup> Cf. *supra*.

<sup>62</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, «Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France.», *op. cit.*, p. 149.

<sup>63</sup> Sur ce point, v. K. PROST, «No hiding place: how justice need not to be blinded by borders», in S. D. BROWN (éd.), *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008, p. 124.

<sup>64</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 22.

<sup>65</sup> S. GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, 2005, *op. cit.*, p. 480.

l'occasion de lancer les premières initiatives relatives à la coopération judiciaire pénale<sup>66</sup>. Dès lors, la lutte contre la criminalité n'a cessé de guider le développement de l'espace pénal européen. D'abord timidement affirmée dans le traité de Maastricht<sup>67</sup>, la lutte contre la criminalité ressort clairement de l'objectif que le traité d'Amsterdam a assigné à l'Union européenne, celui de réaliser un espace de liberté, de sécurité et de justice, lequel est atteint par « la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude »<sup>68</sup>. Alors qu'un équilibre entre efficacité répressive et liberté des individus aurait pu être recherché, le volet « sécurité » fut exploité et les instruments, déclarations, initiatives, relatifs à la lutte contre les diverses formes de criminalité transnationale se sont multipliés, par le biais de la coopération judiciaire et policière, de l'harmonisation, ou de la mise sur pied d'acteurs européens intégrés<sup>69</sup>. Pour illustration, la lutte contre le terrorisme, considéré politiquement comme une menace majeure<sup>70</sup>, mobilisa rapidement l'Union en réaction aux attentats du 11 septembre 2001<sup>71</sup> et fut accompagnée par l'adoption d'autres mesures sectorielles<sup>72</sup>, toujours dans le but de répondre efficacement et collectivement à la criminalité organisée transnationale.

Le traité de Lisbonne ne se détache pas de cet objectif sécuritaire, l'Union œuvrant « pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci », à travers le renforcement de

---

<sup>66</sup> A. WEYEMBERGH, «L'espace pénal européen : "épée" des droits fondamentaux dans l'Union européenne», in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 177.

<sup>67</sup> Selon l'art. K.1 du traité de Maastricht, la lutte contre l'immigration, le séjour et le travail irréguliers de ressortissants des pays tiers, la lutte contre la toxicomanie, la lutte contre la fraude de dimension internationale et le renforcement de la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale sont des questions d'intérêt commun. Sous l'empire du traité de Maastricht fut par exemple créé l'Unité Drogue Europol, chargée des problèmes de trafic de drogue et de blanchiment des produits de cette infraction.

<sup>68</sup> Art. K.1 du traité d'Amsterdam.

<sup>69</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 22.

<sup>70</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 33.

<sup>71</sup> En témoignent la série de mesures antiterroristes adoptées par le Conseil JAI le 20 sept. 2001, et le plan d'action européen de lutte contre le terrorisme du 21 sept 2001, v. Commission européenne, L'action antiterroriste de l'UE dans le domaine de la JAI, MEMO/04/59, Bruxelles, le 12 mars 2004. Pour approfondir, v. S. PEREZ et T. THIBAUD, «Les instruments de lutte contre le terrorisme au sein de l'Union européenne», in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'union européenne et la lutte contre le terrorisme - État des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 57 et s. V. aussi P. DE HERT, S. GUTWIRTH, S. SNACKEN, et al., «La montée de l'État pénal : que peuvent les droits de l'homme ?», in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 241.

<sup>72</sup> La lutte contre le blanchiment, si elle était déjà une préoccupation européenne (v. à ce sujet J. VLOGAERT, «Fighting Money Laundering - Action Taken in the European Union», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 251 et s.), a été renforcée, tant au regard du volet préventif que répressif. V. E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, Paris, La documentation française, 2007, p. 164.



la coopération judiciaire et policière et si nécessaire, le rapprochement des législations pénales<sup>73</sup>. Pourtant, un fléchissement de cette politique jusqu'alors constante mérite d'être remarqué : bien qu'accessoire à la facilitation de la coopération judiciaire, l'Union est désormais compétente pour établir des règles minimales portant sur les droits des personnes dans la procédure pénale<sup>74</sup>. En saisissant cette opportunité<sup>75</sup>, l'Union montre tardivement la volonté de faire reposer l'épanouissement de l'espace pénal européen sur un équilibre entre efficacité et liberté.

2. Le développement de la coopération judiciaire : ciment de la construction de l'espace pénal européen

**8. Les prémices d'un espace pénal européen.** Le développement d'un espace pénal européen pourrait à première vue être envisagé comme le fruit d'une volonté politique d'intégration, plutôt que d'une véritable nécessité répressive. En effet, de nombreuses conventions dédiées à la coopération judiciaire avaient déjà été adoptées entre États souverains dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>76</sup> et offraient aux États membres les outils pour une entraide judiciaire aux fins de répression de l'infraction internationale. Cependant, la liberté laissée par ces instruments et le manque de ratification ou d'adhésion<sup>77</sup> appelaient à renforcer les mécanismes de coopération pour une action répressive transnationale plus efficace<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Art. 67 du TFUE.

<sup>74</sup> Art. 82 § 2 b) du TFUE.

<sup>75</sup> Par l'adoption récente de trois directives relatives à la protection des droits fondamentaux dans toute procédure pénale : la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 280, du 26 oct. 2010, p. 1 ; la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 142, du 1er juin 2012, p. 1 ; et la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294 du 6 nov. 2013, p. 1.

<sup>76</sup> Comme par exemple, la Convention européenne d'extradition du 13 déc. 1957, et la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avr. 1959. V. J.-P. HOFFMANN, «L'Évolution de la coopération judiciaire en matière pénale», *Bulletin de cercle François Laurent*, vol. 3, 1999, p. 59. En dehors du cadre du Conseil de l'Europe, v. aussi par exemple le traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, signé à Bruxelles le 27 juin 1962.

<sup>77</sup> E. DAVID, «Le point de vue d'un académique», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 351. C'est le cas par exemple de la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous caution du 30 nov. 1964, ou la Convention européenne sur la transmission des poursuites répressives du 15 mai 1972, v. A. WEYEMBERGH, « Coopération judiciaire pénale », *Jurisclasser*, Fasc. 2700, mai 2009, § 8.

<sup>78</sup> Sur les carences de l'entraide judiciaire telle qu'elle résultait de la mise en œuvre des instruments du Conseil de l'Europe, v. D. FLORE, «Vers une justice pénale européenne : l'apport de l'Union européenne», in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 374.

L'idée d'un « espace judiciaire européen » fut lancée en 1977 par le Président français Valéry Giscard d'Estaing, lors du Conseil européen de Bruxelles<sup>79</sup>, portée par la multiplication d'attentats terroristes en Europe<sup>80</sup> et la volonté de lutter contre les nouvelles formes de criminalité transfrontière. Le projet français, guidé par les travaux ou instruments adoptés au sein du Conseil de l'Europe<sup>81</sup>, comprenait plusieurs objectifs notamment élaborer procédure d'extradition simplifiée, reconnaître la valeur internationale des jugements répressifs, et améliorer et assouplir la procédure d'entraide pénale internationale entre les États membres. Deux textes naquirent des premiers travaux du groupe de hauts fonctionnaires mis sur pied pour mener à bien ce projet : le premier visant à la répression du terrorisme, le second concernant la coopération en matière pénale couvrant l'ensemble de la délinquance d'une certaine gravité<sup>82</sup>. Si le premier texte fut signé<sup>83</sup>, le second se heurta au refus des Pays-Bas et aucun accord ne pu être obtenu, les États privilégiant la liberté des instruments du Conseil de l'Europe à la première concrétisation d'un espace pénal européen.

**9. L'avènement de l'espace pénal européen.** La perspective de la suppression des contrôles aux frontières a relancé la question de l'émergence d'un espace pénal européen, au vu des inquiétudes sécuritaires qu'une libre circulation des personnes pouvait susciter. C'est dans le cadre de l'espace Schengen<sup>84</sup> que les avancées furent les plus significatives<sup>85</sup>, tant par le caractère novateur des mesures adoptées que par l'attraction que cette coopération restreinte exerça sur les autres États membres. En effet, la libre circulation des personnes résultant de l'abolition des contrôles systématiques aux frontières intérieures de l'espace Schengen fut compensée par un panel de mesures destinées à améliorer d'une part la coopération policière<sup>86</sup>, et dans une moindre mesure, la coopération judiciaire, dans le but de faciliter la répression de l'infraction transnationale.

---

<sup>79</sup> G. VERMEULEN, «EU Conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters», *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 59.

<sup>80</sup> S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 18.

<sup>81</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 14.

<sup>82</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 28.

<sup>83</sup> Mais il n'entra jamais en vigueur.

<sup>84</sup> L'accord de Schengen, signé le 14 juin 1985 entre les pays du Benelux, la France et l'Allemagne, relatif à la suppression graduelles des contrôles aux frontières communes, fut complété cinq ans plus tard par une convention d'application.

<sup>85</sup> La question fut approfondie au sein de diverses enceintes intergouvernementales, à l'image du groupe CPE-coopération judiciaire-affaires pénales, sans pour autant parvenir à un résultat satisfaisant, les conventions établies n'étant jamais entré en vigueur, A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 16.

<sup>86</sup> Par l'adoption de mesures telles que l'observation transfrontalière, ou les livraisons surveillées, limitant les conséquences de l'abolition des contrôles aux frontières, v. P. GULLY-HART, «Cooperation between central authorities and police officials : the changing face of international legal assistance in criminal matters», *R.I.D.P.*, vol. 76, n° 1, 2005, p. 31.

L'avènement de l'Union européenne par l'adoption du traité de Maastricht marqua une étape importante dans la construction de l'espace pénal européen, en faisant de la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures<sup>87</sup> un pilier de l'Union européenne, à côté du pilier communautaire et du pilier relatif à la politique étrangère et de sécurité commune. Si les instruments juridiques<sup>88</sup> mis à disposition des États membres présentaient des lacunes notamment au regard de leur effectivité<sup>89</sup>, le traité de Maastricht permit l'élaboration voire l'adoption d'instruments novateurs destinés d'une part, à faciliter la coopération judiciaire tels que l'action commune relative au Réseau judiciaire européen<sup>90</sup>, ou celle portant sur les magistrats de liaison<sup>91</sup>, et d'autre part, à amorcer les travaux de rapprochement des législations pénales<sup>92</sup>. Par ailleurs, l'avancée symbolique annoncée par le traité doit être soulignée : tout en restant essentiellement intergouvernementale, la coopération en matière pénale est devenue une politique consacrée de l'Union européenne. Le traité d'Amsterdam, adopté en 1997, et les décisions prises par les dirigeants des États membres lors du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, vinrent renforcer cet engagement politique et palier les déficiences du traité sur l'Union européenne. Alors que le traité de Maastricht envisageait la coopération judiciaire en matière pénale comme une « question d'intérêt commun », le traité d'Amsterdam a assigné à l'Union l'objectif ambitieux de réaliser « un espace de liberté, de sécurité, et de justice »<sup>93</sup>, l'encadrement spatial de la construction européenne en matière pénale témoignant d'une volonté politique forte et

---

<sup>87</sup> Neuf domaines concernaient la politique et les affaires intérieures, notamment la coopération judiciaire en matière pénale, et la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale, v. C. DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, v<sup>o</sup> Justice et affaires intérieures.

<sup>88</sup> Sur le détail de ces instruments, v. A. LO MONACO, « Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », *RSC*, n<sup>o</sup> 1, 1995, p. 11 et s.

<sup>89</sup> « La nécessité est, malgré tous les obstacles, celle d'une action commune beaucoup plus poussée en matière pénale. La frilosité des chancelleries, la disparité volontaire des systèmes répressifs nationaux, le défaut de sanction des violations du droit communautaire y compris par les États, rendent l'avènement d'une telle action inéluctable », H. LABAYLE, « L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale », *RSC*, n<sup>o</sup> 1, 1995, p. 35 et s. V. également du même auteur, « La coopération judiciaire en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », *RTDE*, 1997, p. 1 et s.

<sup>90</sup> Action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, *JOCE* n<sup>o</sup> L 191 du 7 juil. 1998, p. 4-7.

<sup>91</sup> Action commune, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE*, n<sup>o</sup> L 105 du 27 avr. 1996, p. 1.

<sup>92</sup> Sur les différentes directions des travaux engagés après l'adoption du traité de Maastricht, v. L. SALAZAR, « La protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la lutte contre la corruption internationale dans l'instauration d'un espace pénal européen », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 295 et s.

<sup>93</sup> À ce sujet, v. G. DE KERCHOVE, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 3 et s.

univoque<sup>94</sup>. Une première manifestation de cet engagement résida dans l'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne, afin d'établir une cohérence entre ces deux coopérations intergouvernementales coexistant et se chevauchant<sup>95</sup>. Parallèlement, un nouvel instrument juridique fut introduit pour remplacer l'inefficacité des conventions et des actions communes. La décision-cadre<sup>96</sup>, bien que privée d'effet direct, restait un instrument contraignant auquel le juge national devait se référer dans l'interprétation des règles du droit national<sup>97</sup>. Ainsi, sous l'impulsion du Conseil européen de Tampere, élevant le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires au rang de pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale<sup>98</sup>, de nombreux travaux concrétisèrent la construction progressive de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice. La suppression de la procédure classique d'extradition fut le premier sujet envisagé, précipitée par les attentats américains du 11 septembre 2001. Ainsi, le mandat d'arrêt européen fut la première réalisation concrète de l'espace pénal européen : en révolutionnant la coopération intergouvernementale<sup>99</sup>, il en reste l'instrument emblématique en raison de son succès<sup>100</sup>. Cependant, il ne peut éclipser les autres réalisations ayant contribué au développement de l'espace pénal européen en améliorant la coopération judiciaire entre les autorités enquêtrices des États membres, dans le but de favoriser la répression d'infraction transnationales. L'adoption de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000<sup>101</sup> fut une étape importante, en ce qu'elle marqua l'engagement de l'Union européenne dans l'organisation de l'entraide judiciaire multilatérale, régie jusqu'alors principalement par les instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>102</sup>. Complète et détaillée, elle modernisa les relations entre les autorités judiciaires, et reste à ce jour le seul instrument effectif adopté en matière de preuve au sein de l'Union européenne. Parallèlement, des

---

<sup>94</sup> V. à ce sujet H. LABAYLE, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *RTD Eur*, 1997, p. 813 et s.

<sup>95</sup> S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3ème éd., Oxford, OUP, 2011, p. 37.

<sup>96</sup> La décision-cadre est envisagée comme une « forme de directive du troisième pilier », D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 37.

<sup>97</sup> Selon la position de la Cour de justice, M. DONY, «Un nouveau cadre normatif», in C. KADDOUS et B. DUBEY (éd.), *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 42 et s.

<sup>98</sup> Point 33 des conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

<sup>99</sup> S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, 2009, *op. cit.*, p. 31.

<sup>100</sup> Si la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen est un succès en ce qu'elle fut rapidement adoptée et remplaça tous les instruments existants relatifs à l'extradition entre les États membres, elle fit l'objet de nombreuses critiques, notamment au regard de la protection des droits de la défense. V. à ce sujet D. MANSELL, «The European Arrest Warrant and Defence Rights», n° 1, *EuCLR*, vol. 2, 2012, p. 36 et s.

<sup>101</sup> Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000, *JOCE*, n°197, 12 juil. 2000, p. 3.

<sup>102</sup> Le volet de mesures compensatoires dédiées à la coopération judiciaire, et non policière, prévu par la convention Schengen était trop limité pour proposer une alternative à la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959.

« acteurs européens » tels qu'Eurojust ou Europol se sont multipliés<sup>103</sup>, renforçant un peu plus la construction d'un espace pénal européen intégré<sup>104</sup>.

**10. La consécration de l'espace pénal européen à travers l'ELSJ.** Bien que le traité d'Amsterdam ait officiellement assigné comme objectif à l'Union de mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice, la réussite de cette entreprise s'est heurtée aux limites du processus décisionnel, handicapé par la règle de l'unanimité et par l'absence de tout mécanisme de sanction ainsi qu'aux restrictions relatives au contrôle juridictionnel<sup>105</sup>. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2010, le traité de Lisbonne a apporté des changements majeurs et amélioré significativement le domaine. Par la communautarisation du troisième pilier, le traité place la vaste majorité des mesures du titre V relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice sous le régime de la procédure législative ordinaire<sup>106</sup>, ouvrant ainsi l'initiative législative à la Commission, consacrant le rôle déterminant du Parlement européen dans le processus décisionnel, mais élargissant également la compétence de la Cour de justice<sup>107</sup>, laquelle peut désormais intervenir notamment en cas d'absence de transposition de la part des États membres<sup>108</sup>. Au regard de la matière pénale, la coopération judiciaire est désormais uniquement fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et inclut le rapprochement des législations nationales par l'établissement de règles minimales, dans le but notamment de faciliter l'admissibilité mutuelle des preuves entre les

---

<sup>103</sup> Sur la prolifération des acteurs européens, v. H. G. NILSSON, «Proliferation of Concentration of the Actors in the JHA Area ?», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 63.

<sup>104</sup> Le livre vert relatif au ministère public européen témoignait plus encore de la volonté de construire un espace judiciaire européen intégré, v. à ce sujet J.-F. KRIEGK, «Le livre vert sur le ministère public européen : une avancée décisive dans la construction d'un espace judiciaire européen intégré.», *Gaz. Pal.*, n° 37, fév. 2003, p. 2 et s.

<sup>105</sup> V. à ce sujet H. LABAYLE, «Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 41 et s. V. également au regard du contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice, H. LABAYLE, «Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice», *RTD Eur*, 2006, p. 1 et s.

<sup>106</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 13. L'art. 4 § 2 j) précise que l'espace de liberté, de sécurité et de justice fait désormais partie des domaines pour lesquels l'Union dispose d'une compétence partagée avec les États membres.

<sup>107</sup> M. DONY, «Un nouveau cadre normatif», in *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2010, *op. cit.*, p. 53 et s. Cependant, la Cour avait déjà montré qu'en dépit des limitations qui lui étaient imposées, elle avait la volonté de jouer un rôle important en matière pénale, comblant les lacunes législatives, A. LAZOWSKI, «Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA Area», in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 211.

<sup>108</sup> Sur l'absence d'effectivité comme faiblesse institutionnelle, v. G. DE KERCHOVE, «Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 22 et s.

États membres<sup>109</sup>. Ces dispositions semblent essentiellement dédiées à l'élaboration de règles procédurales, destinées à améliorer et faciliter la coopération judiciaire. L'établissement de règles minimales communes s'affranchit néanmoins de cet objectif au regard du droit pénal matériel, l'Union étant désormais compétente pour définir des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité transfrontière particulièrement grave<sup>110</sup>. Si l'exploitation du principe de reconnaissance mutuelle et l'harmonisation des législations nationales ne sont que le prolongement des travaux initiés avant l'adoption du traité, une nouveauté est insérée à l'article 86 du TFUE : la possibilité d'établir un Parquet européen à partir d'Eurojust. L'idée de créer un acteur européen dédié à la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne est loin d'être nouvelle<sup>111</sup>, mais l'Union dispose désormais d'une compétence expresse pour instituer ce nouvel acteur européen, qu'elle a récemment mise en action avec une proposition de règlement<sup>112</sup>. Enfin, l'objectif de protection des droits fondamentaux se voit renforcé par la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux, laquelle acquiert une valeur juridiquement contraignante. Ainsi, le traité de Lisbonne répond à de nombreuses critiques formulées à l'égard de la construction de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment sur le choix de la méthode intergouvernementale, méthode ayant largement montré ses limites<sup>113</sup>. L'espace pénal européen tel qu'il est aujourd'hui prévu par le traité montre l'aboutissement d'un lent processus de maturation vers un espace judiciaire pénal de plus en plus intégré, offrant les outils nécessaires à la répression des infractions transnationales en vue de l'accomplissement du volet « sécurité », tout en permettant de développer plus intensément la

---

<sup>109</sup> Art. 82 § 1 et § 2 du TFUE.

<sup>110</sup> Art. 83 § 1 du TFUE. V. à ce sujet L. ARROYO ZAPATERO et M. MUNOZ DE MORALES ROMERO, «Droit pénal européen et traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome (art. 83.1 TFUE)», in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGUES (dir), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 113.

<sup>111</sup> V. M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997 et M. DELMAS-MARTY et J. A. E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, Anvers, Intersentia, 2000.

<sup>112</sup> Commission européenne, proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP). V. à ce sujet K. LIGETI et M. SIMONATO, «The European Public Prosecutor's Office : Towards a Truly European Prosecution Service», n° 1-2, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, 2013, p. 7 et s.

<sup>113</sup> Ce choix « n'a pas d'autre explication rationnelle que celle du refus de l'intégration et de la méthode communautaire dans ces domaines. Son incapacité à répondre aux besoins de la société européenne est patente même s'il faut lui reconnaître une vertu pédagogique, celle de la preuve de l'échec qui conduit à accepter comme inexorable des solutions rejetées initialement », H. LABAYLE, «La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice», in C. KADDOUS et B. DUBEY (éd.), *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 4.

« liberté » et la « justice » au sens de justice équitable, éminemment négligés jusqu'alors en matière pénale<sup>114</sup>.

B. La recherche et le recueil de la preuve de l'infraction transnationale dans l'espace pénal européen

**11. L'incohérence et l'instabilité du domaine.** La recherche et le recueil de la preuve pénale transnationale sont empreints d'une extrême complexité et ce depuis de nombreuses années<sup>115</sup>. En effet, obtenir une preuve pénale dans le cadre de la coopération judiciaire entre États membres telle qu'elle est organisée dans l'espace pénal européen ne se limite pas à l'exploitation d'instruments de l'Union européenne. L'intérêt tardif de l'Union quant à la réglementation de la coopération entre autorités judiciaires pénales a contribué à une accumulation normative peu cohérente et difficilement lisible<sup>116</sup>. Se superposent et se recoupent alors des instruments adoptés dans des cadres plus ou moins larges<sup>117</sup>. Cependant, seuls les instruments d'envergure organisant une coopération judiciaire à grande échelle seront étudiés, c'est-à-dire ceux relevant du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et de l'espace Schengen<sup>118</sup>. À la veille de l'adoption de la directive relative à la décision d'enquête européenne<sup>119</sup>, l'utilité de présenter l'ensemble des mécanismes de coopération judiciaire peut être remise en cause. En effet, ce nouvel instrument de reconnaissance mutuelle remplacera l'ensemble des mesures existantes au profit d'une mesure unique : la décision d'enquête européenne<sup>120</sup>. Or, malgré ce bouleversement normatif attendu, il semble tout à fait pertinent de présenter le système actuel qui d'une part, ne sera obsolète qu'à l'issue d'une période de transition fixée par la directive et d'autre part, peut survivre en cas d'annulation de la

---

<sup>114</sup> V. par exemple sur le droit dérivé relatif aux droits de la défense au niveau de l'Union européenne, avant et après l'adoption du traité de Lisbonne, S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Abingdon, Routledge, 2013, p. 213 et s.

<sup>115</sup> Déjà en 1993, bien avant l'adoption d'instruments permettant une coopération judiciaire effective entre les États membres, l'éclatement normatif de l'entraide répressive en Europe était déjà critiqué, v. R. KOERING-JOULIN, « L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 1993, p. 173.

<sup>116</sup> Sur l'absence d'un modèle cohérent, v. S. GLESS, « Police And Judicial Cooperation Between The European Union Member States. Results And Prospects », in C. FIJNAUT et J. OUWERKERK (éd.), *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leyde, Brill, 2009, p. 32.

<sup>117</sup> A. WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 141.

<sup>118</sup> Le traité Benelux ne fera pas l'objet de développements dans cette étude.

<sup>119</sup> Un accord avec le Parlement ayant été trouvé en octobre 2013, la directive sera vraisemblablement adoptée au printemps 2014. Cette information est issue du site de la présidence lituanienne du Conseil de l'Union européenne 2013, Communiqué de presse du 3 déc. 2013, disponible à l'adresse <http://www.eu2013.lt/fr/> (sous actualités)

<sup>120</sup> Art. 29 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

directive par la Cour de justice. Par ailleurs, tous les États membres ne participent pas aux négociations<sup>121</sup>. Enfin, si le champ d'application de la directive est large, il ne remplace pas la totalité des mesures d'entraide judiciaire existantes, et la coopération continuera de s'appuyer sur des acteurs tels qu'Eurojust, ou le Réseau judiciaire européen.

Ainsi, aujourd'hui, l'enquête transnationale dans l'espace pénal européen est en théorie régie par deux formes de coopération : l'entraide judiciaire et la mise en application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. La pratique est toute autre.

**12. La recherche transfrontière des preuves : l'effectivité de l'entraide judiciaire.** L'entraide judiciaire est l'unique moyen de coopération vers lequel les autorités judiciaires peuvent se tourner en vue de rechercher et recueillir des preuves à l'étranger. Elle consiste « pour un État à faire accomplir sur son territoire, par des agents publics, des actes à la demande d'un autre État »<sup>122</sup> lorsque cela est nécessaire à la manifestation de la vérité. Le concept est à première vue accessible, mais sa mise en œuvre se révèle épineuse. En raison, tout d'abord, de la multiplication des sources et des acteurs susceptibles d'intervenir. L'entraide judiciaire traditionnelle, telle qu'elle résulte de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe<sup>123</sup>, est extrêmement flexible en ce que les États signataires s'engagent à s'accorder l'aide mutuelle la plus large possible, par le biais de commissions rogatoires internationales. Si son adaptabilité explique sa longévité, elle souffre d'un handicap auquel un second protocole additionnel n'a que partiellement remédié<sup>124</sup> : la nécessité de faire transiter les requêtes d'entraide par les services diplomatiques compétents dans le but de préserver la souveraineté étatique<sup>125</sup>. Le contact direct entre autorités judiciaires ne fut possible qu'en 1995, avec la mise en application de la Convention de Schengen, puis généralisé par la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne<sup>126</sup>, constituant ce que nous pouvons appeler

---

<sup>121</sup> L'Irlande et le Royaume-Uni ont décidé « d'opter-in », ce qui n'est pas le cas du Danemark.

<sup>122</sup> Cela peut concerner des actes procéduraux ou matériels, des actes coercitifs ou non coercitifs, v. D. REBUT, *Droit pénal international*, 1ère éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 135.

<sup>123</sup> Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avr. 1959, *STE* n° 030.

<sup>124</sup> Si le second protocole additionnel à la Convention, adopté en 2001, consacre la règle des contacts directs, il n'a pas massivement été ratifié par les États parties.

<sup>125</sup> Sur les autres caractéristiques d'une coopération entre États souverains, v. M. FICHERA et C. JANSSENS, « Mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the role of the national judge », *ERA-Forum*, n° 8, 2007, p. 181. V. aussi C. DUCOULOUX-FAVARD, « Urgence pour une coopération judiciaire en matière pénale », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2320. D'autres défauts grèvent l'efficacité de la Convention, v. G. DEMANET, « Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1997, p. 815 et s.

<sup>126</sup> Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE* n° C 197, du 12 juil. 2000, p. 1.



l'entraide judiciaire améliorée. Chaque convention envisage de nombreuses mesures<sup>127</sup> telles que la visioconférence ou l'établissement d'équipes communes d'enquête, auxquelles les autorités judiciaires compétentes peuvent recourir. S'insèrent dans cette architecture déjà dense des acteurs européens intégrés, destinés non seulement à faciliter la transmission des demandes d'entraide par la mise en contact des autorités compétentes, mais aussi à assurer la bonne exécution des mesures requises, en « lissant » les commissions rogatoires afin de se plier aux exigences des deux systèmes<sup>128</sup>. Cette flexibilité permet de favoriser la recevabilité mutuelle de la preuve recueillie, le respect de certaines procédures ou formalités étant parfois indispensable à la réception de la preuve transnationale par le juge pénal<sup>129</sup>.

La souplesse de l'entraide judiciaire, basée sur l'aide que les États souhaitent mutuellement et volontairement s'accorder, fait sa force mais a largement montré ses limites. En effet, en l'absence de délais contraignants fixés par les instruments mais également de sanction en cas d'inexécution de la requête, la procédure peut se révéler très longue<sup>130</sup>. Les autorités compétentes de l'État requis n'étant pas tenues de respecter les formalités visées par la commission rogatoire<sup>131</sup>, l'exécution d'une mesure d'enquête peut s'avérer vaine si les éléments recueillis ne peuvent pas être utilisés légalement par le juge<sup>132</sup>. Face à ces difficultés, les États membres ont cherché à améliorer et à fluidifier la coopération entre autorités judiciaires dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, par la mise en application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires aux décisions pré-sententielles que sont les mesures d'investigation.

---

<sup>127</sup> V. sur le caractère fragmenté de l'entraide judiciaire et les différentes mesures prévues, J. R. SPENCER, «An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering», *ERA-Forum*, Special Issue, 2005, p. 29.

<sup>128</sup> Eurojust peut en effet intervenir dans le but d'aider les autorités judiciaires à modifier leurs commissions rogatoires afin de se plier aux exigences de l'État requis, v. M. BENLOLO-CARABOT et T. L. HERNANDEZ, «Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Europol et Eurojust.», in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 29.

<sup>129</sup> Pour un exemple de l'application réussie des exigences de l'État requis, v. L. HARRIS, «Mutual Recognition from a Practical Point of View: Cosmetic or Radical Change?», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 106.

<sup>130</sup> S. GLESS, «Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger», in F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2009, p. 157.

<sup>131</sup> Cette possibilité a été introduite par la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000.

<sup>132</sup> C'est le cas par exemple des perquisitions et des saisies, v. F. TRAVAILLOT, «L'assistance mutuelle dans l'Union européenne - La pratique française», *ERA-Forum*, Special issue, 2005, p. 82.

**13. La recherche et l'obtention transfrontière des preuves : la virtualité de la reconnaissance mutuelle** <sup>133</sup>. Dès le Conseil européen de Tampere en 1999, la reconnaissance mutuelle des demandes de recherche de preuve, plus largement des preuves légalement recueillies, a été souhaitée dans un véritable espace européen de justice<sup>134</sup>. Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires sententielles et pré-sententielles, érigé lors de ce même Conseil comme la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale<sup>135</sup>, repose sur l'idée que « même si un autre État peut ne pas traiter une affaire donnée de façon identique, voire analogue à son propre État, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalant aux décisions de ce dernier »<sup>136</sup>. En d'autres termes, une décision judiciaire légalement émise par une autorité compétente d'un État membre a un effet plein et direct sur le territoire des autres États membres, sans qu'aucune homologation soit nécessaire<sup>137</sup>, en vertu de l'attachement que chaque État porte aux hautes exigences de protection des droits fondamentaux, source de confiance réciproque. En faisant reposer la coopération judiciaire sur cette équivalence et sur la confiance mutuelle<sup>138</sup> des États membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs, le principe vise ainsi à préserver la diversité des régimes nationaux composant l'espace pénal européen<sup>139</sup>.

En dépit de la réitération de cette promesse politique lors du Conseil européen de La Haye en 2004, aucun instrument visant à la recherche et au recueil de la preuve par le biais d'une mesure d'enquête transnationale n'est aujourd'hui à la disposition des autorités judiciaires. Dans l'effervescence de l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, un premier instrument relatif au gel des avoirs et des preuves fut adopté en 2003<sup>140</sup>. Son impact fut très limité : celui-ci ne visant qu'à la préservation des preuves et non

---

<sup>133</sup> Face à l'absence d'effectivité des instruments de reconnaissance mutuelle en matière de preuve, Monsieur le Professeur Spencer parle de « droit virtuel », J. R. SPENCER, «An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering», *op. cit.*, p. 28.

<sup>134</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 36.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pt. 33

<sup>136</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 juil. 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales dans le domaine pénal, COM(2000) 495 final, pt. 3.1.

<sup>137</sup> M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in D. FLORE (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Chartre, 2003, p. 87.

<sup>138</sup> Sur la notion de confiance mutuelle, v. D. FLORE, «La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"omega" d'une justice pénale européenne ?», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17 et s.

<sup>139</sup> A. WEYEMBERGH, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 40.

<sup>140</sup> Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des biens ou d'éléments de preuve, JOUE n° L 196 du 2 août 2003, p. 45.

à leur transfert, il ne présente qu'un faible intérêt et ne fut pas massivement transposé par les États membres<sup>141</sup>. Le second instrument édicté en la matière connut le même insuccès. Adoptée en 2008, la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves<sup>142</sup> est plus ambitieuse en ce qu'elle permet le transfert de preuves déjà recueillies par les autorités d'un État membre<sup>143</sup>. Cependant, son champ d'application restreint est en inadéquation avec la pratique judiciaire : aucune audition ou interrogatoire, aucune constatation physique, aucun prélèvement, aucune interception de télécommunications, qui sont pourtant des mesures d'enquête courantes, ne peuvent être requis<sup>144</sup>. De ce fait, cet instrument n'a jamais représenté une alternative à l'entraide judiciaire<sup>145</sup>, ce qui explique sûrement le peu d'enthousiasme des États membres à le transposer dans leur législation interne. En signe de désaveu, les discussions relatives à un nouvel instrument furent lancées seulement quelques mois après l'adoption de la décision-cadre<sup>146</sup>. Après quatre années de négociations, la directive relative à la décision d'enquête européenne est sur le point d'être adoptée et remplacerait la plupart des instruments existants. Si une clarification de la matière mérite d'être félicitée, tout autant qu'une simplification de la procédure de recherche et de recueil de la preuve transfrontière, toute la problématique relative à la preuve de l'infraction transnationale reste entière : si la preuve « européenne » peut être recueillie, peut-elle être légalement utilisée par le juge pénal de l'État de réception et fonder une condamnation dans le respect des principes et des valeurs d'un État de droit ?

### § 3 : Prouver l'infraction transnationale : la clé du succès de l'espace pénal européen

Avant de délimiter la problématique de la recevabilité de la preuve de l'infraction transnationale dans l'espace pénal européen (B), il convient tout d'abord d'identifier les

---

<sup>141</sup> R. A. MORAN MARTINEZ, «The freezing of property and evidence in criminal proceedings», in M. DE HOYOS SANCHO (éd.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, 1ère éd., Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 395.

<sup>142</sup> Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, *JOUE* n° L 350 du 30 déc. 2008, p. 72.

<sup>143</sup> Art. 1 § 1, *ibid.* : le mandat européen d'obtention de preuves est une « décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre afin d'obtenir des objets, des documents et des données d'un autre État membre ».

<sup>144</sup> I. DE LUCAS MARTIN, «Evidence in criminal proceedings in the context of the European Union», in M. DE HOYOS SANCHO (éd.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 418.

<sup>145</sup> Il ne remplacerait qu'une partie de l'entraide judiciaire, v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2011, *op. cit.*, p. 714.

<sup>146</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, Bruxelles, le 10 juin 2009, COM(2009) 262 final, p. 18.

conflits qui pourront être rencontrés dans l'étude de la légalité de la preuve transnationale (A).

A. La légalité de la preuve transnationale : la confrontation des droits nationaux et du droit européen

**14. L'identification des sources des tensions relatives à la légalité de la preuve transnationale.** L'objectif d'efficacité recherché par les instruments de coopération judiciaire relatifs à la preuve pénale est caractéristique de la tendance sécuritaire suivie par le développement du droit pénal européen, mais également par l'évolution des droits nationaux<sup>147</sup>. Ainsi, portées par la volonté des États membres soucieux d'éviter l'impunité de l'infraction transfrontière<sup>148</sup>, les réformes successives de l'entraide judiciaire ont toutes eu pour ambition première d'améliorer la coopération entre les autorités nationales, en facilitant l'exécution de mesures d'enquête transnationales. Or, la phase post-transfert de la preuve a été largement négligée jusqu'à présent, malgré le fléchissement opéré par le traité de Lisbonne<sup>149</sup> : les divergences nationales pouvant affecter la recevabilité mutuelle de la preuve transnationale, fondées notamment sur des degrés variables de protection des droits fondamentaux, ont été sous-estimées, particulièrement par les instruments de reconnaissance mutuelle<sup>150</sup>. Certes, la consécration supranationale par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de principes fondamentaux tels que la présomption d'innocence, le principe du contradictoire, ou le respect des droits de la défense, a joué un rôle déterminant dans le rapprochement des droits procéduraux nationaux. Le renforcement progressif et continu des garanties procédurales par l'interprétation extensive que la Cour de Strasbourg donne de l'article 6 de la Convention a ainsi étoffé un socle commun de principes et de standards définissant une procédure

---

<sup>147</sup> Sur le développement d'une procédure pénale « bis », dédiée à la lutte contre les formes graves de criminalité, v. C. LAZERGES, «La dérive de la procédure pénale», *RSC*, 2003, p. 644 et s. V. aussi J.-Y. CHEVALLIER, «Vol au dessus d'un nid de réformes : observations sur les réformes en rafale, l'adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité», in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 253 et s.

<sup>148</sup> La nécessité de protéger l'ordre public national semble avoir été le moyen pour les États membres de porter atteinte à leur souveraineté en matière pénale. Comme le soulève, Monsieur le Professeur Labayle, « ce n'est qu'à l'instant où la règle commune apparaît comme la condition existentielle du succès, comme en matière d'immigration, que les États se résolvent à l'accepter », H. LABAYLE, «La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice», in *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2010, *op. cit.*, p. 14.

<sup>149</sup> En effet, l'art. 83 § 2 a) du TFUE envisage l'adoption de règles minimales communes portant sur la recevabilité mutuelle des preuves pénales entre les États membres

<sup>150</sup> S. GLESS, «Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger», in *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, 2009, *op. cit.*, p. 161.

équitable<sup>151</sup>. Pour autant, ce socle est-il suffisant pour surmonter les spécificités procédurales des États membres et permettre une libre circulation et recevabilité de la preuve dans l'espace pénal européen ? La régularité d'une preuve se limite-t-elle au respect de garanties procédurales communes ?

Par ailleurs, la complexité de l'arsenal normatif relatif à la coopération judiciaire résultant de l'accumulation incohérente de strates d'instruments est génératrice d'illégalités, auxquelles l'autorité exerçant un contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve a été brutalement confrontée. S'il est vrai que la recevabilité de la preuve est une question fondamentalement nationale, que la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais voulu aborder de front<sup>152</sup>, la construction de l'espace pénal européen ne peut se fonder sur le développement unique de l'efficacité de l'action répressive, laissant les États seuls responsables du respect des droits de l'homme en matière pénale. Une telle situation fait peser le risque d'un déficit flagrant quant à la protection des droits fondamentaux dans l'espace pénal européen, qui déséquilibré, ne serait qu'un espace de répression, et non un Espace de liberté, de sécurité et de justice.

## B. La problématique de la recevabilité mutuelle des preuves pénales

**15. L'identification d'une problématique.** L'ensemble de ces développements nous amène à la formulation d'une problématique : au sein l'espace pénal européen, dans quelle mesure un élément de preuve recueilli dans un État membre peut-il être légalement utilisé par une juridiction répressive compétente d'un autre État membre ? Plus précisément, compte tenu de la diversité des régimes nationaux le composant, la recevabilité mutuelle de la preuve pénale est-elle accessible dans un espace pénal européen respectueux des droits fondamentaux ? La question sous-jacente ici est évidemment celle de la protection des droits de la défense dans une procédure répressive transfrontière : la recherche, le recueil, puis l'utilisation d'une preuve transnationale sont-ils compatibles avec une protection effective des droits de la défense ?

**16. La présentation de la démarche adoptée.** Si la cause de la problématique est l'intensification de la coopération judiciaire en vue d'une répression efficace de l'infraction transnationale, son origine réside dans l'inadéquation supposée ou les défaillances présumées

---

<sup>151</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, «Conclusions», in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 330.

<sup>152</sup> CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, Série A n° 140, § 46 : « Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régit pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit interne ».

des régimes nationaux du droit de la preuve. Aussi, le choix de fonder ce travail de recherche sur une étude comparative des droits nationaux est apparu comme évident. L'enjeu premier est alors de démontrer si les divergences procédurales constituent un obstacle à la recevabilité mutuelle des preuves pénales dans l'espace pénal européen. Une étude comparative d'envergure n'étant pas envisageable dans le cadre de cette thèse, nous nous sommes concentré sur les régimes de trois États membres, n'excluant cependant pas quelques digressions à titre d'exemple. Ainsi, la Belgique, la France, et le Royaume-Uni<sup>153</sup>, pays non seulement représentatifs des deux « familles » procédurales traditionnellement opposées, mais également activement impliqués dans la coopération judiciaire en matière pénale, sont les trois États membres sur lesquels l'étude comparative se concentrera<sup>154</sup>. L'intérêt ici est de montrer les éventuelles incompatibilités procédurales au sein de l'espace pénal européen<sup>155</sup> mais aussi d'identifier les rapprochements du droit de la preuve et la convergence des régimes nationaux vers un modèle unique et critiquable de recevabilité de la preuve, fut-elle illégalement recueillie.

Sur la base de cette première étude scientifique, les convergences mais également les défaillances nationales pourront par la suite être confrontées au développement inégal, incohérent mais surtout inadapté de la coopération judiciaire. En effet, face aux crises traversées par le droit interne de la preuve, aborder en profondeur les instruments organisant l'obtention de la preuve européenne semble nécessaire afin d'identifier les failles de la construction de la légalité de la preuve européenne et d'y proposer, dans une démarche plus engagée, des solutions.

**17. Le plan de l'étude.** L'approche comparative de la légalité de la preuve nationale conduira dans un premier temps à présenter l'érosion des disparités entre les régimes des États membres, favorable à la libre circulation de la preuve dans l'espace pénal européen (Partie 1). La légalité de la preuve nationale pourra par la suite être confrontée au développement inachevé de la légalité de la preuve européenne, afin de présenter les

---

<sup>153</sup> En ce qui concerne le Royaume-Uni, seul le système anglais a été étudié en profondeur, par souci de simplification.

<sup>154</sup> Aussi, il convient déjà de préciser que les résultats de cette étude seront inévitablement influencés par une comparaison limitée des régimes nationaux, et qu'ils pourront éventuellement être contestés par l'exemple d'autres États membres.

<sup>155</sup> Face aux critiques qui peuvent être exprimées à l'encontre de la libre circulation de la preuve dans l'espace pénal européen, il est nécessaire de ne pas s'en tenir aux incompatibilités apparentes sans une véritable étude de la légalité de la preuve nationale. C'est pourtant la démarche sur laquelle se fondent certains auteurs, s'en tenant simplement à un postulat d'incompatibilité pour critiquer l'admissibilité mutuelle de la preuve entre les États membres, v. C. CLAVERIE-ROUSSET, «The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States», *EuCLR*, vol. 2, 2013, p. 161.

solutions qui peuvent être envisagées en vue de la recevabilité mutuelle des preuves entre les États membres (Partie 2).





## PREMIÈRE PARTIE

# LA LÉGALITÉ DE LA PREUVE « NATIONALE » : L'ÉROSION DES DISPARITÉS ENTRE LES RÉGIMES DES ÉTATS MEMBRES

**18. De la suspicion des divergences vers l'affirmation des convergences.** La diversité de l'espace pénal européen s'exprime à première vue avec force en matière pénale procédurale. Si l'opposition classique entre l'accusatoire et l'inquisitoire a depuis longtemps été remise en cause<sup>156</sup>, les vestiges des deux grandes familles procédurales en Europe constituées par les droits de *common law* et les droits romano-germaniques sont toujours présents et marquent la légalité de la preuve. Tel est le cas par exemple du rôle du juge pénal, lequel prend traditionnellement celui d'« arbitre de la preuve » dans les régimes de tradition accusatoire, alors qu'il est activement impliqué dans la recherche de la preuve dans les régimes issus de l'inquisitoire. L'oralité de la preuve, exigée dans les régimes de *common law*, peut également être opposée à l'importance de l'écrit et de la constitution d'un dossier pénal, dans les régimes de droit romano-germanique. Des dissemblances, voire des incompatibilités sont donc attendues entre les droits des États membres, celles-ci pouvant constituer un frein à la recevabilité mutuelle des preuves dans l'espace pénal européen.

Pourtant, ce sont les rapprochements des droits nationaux et non leurs divergences qui seront révélés par l'étude du droit probatoire dans les États membres choisis. Grâce à la consécration supranationale d'un modèle universel de procès équitable, par l'affirmation de

---

<sup>156</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 715 et s.

principes supérieurs tels que la présomption d'innocence ou le respect de l'égalité des armes, les régimes nationaux ont progressivement convergé vers la reconnaissance commune de principes directeurs du droit probatoire (Titre 1), s'exprimant concrètement par la minimisation des spécificités internes relatives à la recevabilité de la preuve (Titre 2).

## TITRE 1

# LA RECONNAISSANCE COMMUNE DE PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PROBATOIRE

19. **L'influence grandissante des droits fondamentaux sur la matière pénale.** La notion de droits fondamentaux est une notion juridique difficile à définir qui, dans sa conception la plus courante, désigne un ensemble hétéroclite de droits et de libertés, ayant en commun leur caractère essentiel et le fait qu'ils soient perçus comme « importants »<sup>157</sup>. Proclamés par diverses sources juridiques<sup>158</sup>, c'est une catégorie qui n'est jamais circonscrite et dont la liste varie d'une source à l'autre<sup>159</sup>. Les droits de l'homme, ou droits de la personne, s'ils sont parfois synonymes de droits fondamentaux, apparaissent également comme une notion floue, mais présentent néanmoins certaines caractéristiques : ce sont des droits des individus face à la puissance publique, qui ne peut y porter atteinte, ils sont reconnus à tout être humain, et ne sont susceptibles de limitations que dans des cas exceptionnels<sup>160</sup>. Il n'est pas envisageable ici de présenter exhaustivement l'ensemble des droits fondamentaux liés à la matière pénale. Aussi, nous nous en tiendrons essentiellement aux droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>161</sup>.

Bien que la protection des droits de l'homme à l'échelle supranationale soit apparue après la Seconde Guerre mondiale<sup>162</sup>, la prise en considération de l'individu et la reconnaissance de ses droits est allée croissante dès la fin du Moyen-Âge, appelant à repenser

---

<sup>157</sup> D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., Paris, PUF, 2003, v° droits fondamentaux.

<sup>158</sup> Sur ce point, v. R. DE GOUTTES, «L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ?», in Université Robert Schuman de Strasbourg - Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 139 et s.

<sup>159</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, 2011, v° fondamental.

<sup>160</sup> J. FIALAIRE et É. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, 2005, p. 24.

<sup>161</sup> Cette approche est volontairement restrictive, à l'exemple de celle adoptée par certains auteurs, v. S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, OUP, 2005, p. 3 et s.

<sup>162</sup> D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, *op. cit.*, v° droits de l'homme.

la sévérité caractéristique de la répression pénale. Ainsi, l'humanisation de la matière pénale est à l'origine du rapprochement des systèmes probatoires en Europe. Alors que le droit pénal est traditionnellement craint pour les atteintes qu'il porte aux droits de l'homme pour les besoins de protection de l'ordre public<sup>163</sup>, la montée des droits de l'homme en tant que « bouclier » depuis la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>164</sup> a transformé la matière, constituant une protection contre le droit pénal. Une protection contre l'arbitraire de l'Ancien Régime tout d'abord, plus particulièrement des incriminations et des sanctions, mais également contre l'injustice des poursuites et des procédures judiciaires<sup>165</sup>. En servant de « bouclier » contre les excès du droit pénal, les droits de l'homme ont influencé le développement de la matière procédurale par l'exigence de garanties<sup>166</sup>, pénétrant toutes les phases du processus répressif.

Ces préoccupations relatives à la protection des droits fondamentaux de la personne en matière pénale ont pour but de rechercher une meilleure justice répressive : une justice équilibrée, entre la protection des intérêts de la société et ceux des individus, mais également une justice équitable, respectueuse de la personne poursuivie et des droits dont elle bénéficie dans toute procédure pénale. Ces améliorations rejaillissant sur l'ensemble de la procédure pénale, les régimes nationaux vont ainsi converger grâce à l'humanisation de la recherche de la vérité (Chapitre 1). C'est également le rejet d'une justice peu respectueuse de la personne poursuivie qui justifia l'abandon du système de preuves légales, au profit de la libre admissibilité des preuves (Chapitre 2).

---

<sup>163</sup> A. PROTHAIS, «Les principes d'un droit pénal humanitaire à vocation universelle», in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 154.

<sup>164</sup> Y. CARTUYVELS, «Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ?», in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 23. Le XVIII<sup>ème</sup> siècle est en effet considéré comme la phase de l'émergence et de l'affirmation des droits de première génération, v. J. FIALAIRE et É. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 2005, *op. cit.*, p. 50 et s.

<sup>165</sup> A. PROTHAIS, «Les principes d'un droit pénal humanitaire à vocation universelle», in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 154 et s.

<sup>166</sup> F. OST, «Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme», in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 8.

## Chapitre 1 : La convergence des régimes nationaux par l'humanisation de la recherche de la vérité

**20. Les droits fondamentaux en matière pénale.** S'il est un élément déterminant dans le rapprochement des procédures répressives, c'est incontestablement la prise en compte grandissante des droits fondamentaux de l'individu. Transcendant les frontières procédurales entre les États de *common law* et les États de droit continental, la protection des droits de l'homme constitue une barrière contre l'arbitraire et les abus de l'arsenal répressif<sup>167</sup>. Cette protection conditionne ainsi l'existence de règles procédurales, promesse de stabilité, sécurité, et fiabilité et donc plus largement, garantie d'une bonne justice pénale<sup>168</sup>. L'influence du droit international fut alors capitale<sup>169</sup> : les échanges spontanés de « bonnes pratiques » au niveau national ont été complétés par l'affirmation supranationale de principes substantiels et procéduraux, au service de l'individu impliqué dans une procédure répressive. Les tentations sont pourtant bien réelles, les sirènes sécuritaires offrant aux autorités dirigeantes l'opportunité attendue pour s'éloigner du régime commun et justifier la mise en difficulté des droits fondamentaux de certains individus au profit de la protection d'autres. Aussi, la mesure et le respect des droits fondamentaux restent un repère commun d'appréciation des procédures répressives.

L'objectif de toute procédure répressive est la manifestation de la vérité. L'humanisation de la procédure pénale affecte donc en profondeur les règles relatives à la recherche de la vérité, c'est-à-dire la matière probatoire. C'est donc par l'étude de la prise en compte grandissante des droits fondamentaux en matière pénale procédurale que nous pourrions identifier les mouvements de rapprochement des régimes probatoires : le premier résultant de la recherche d'une procédure équilibrée et optimale, ménageant divers intérêts parfois opposés<sup>170</sup> (Section 1), le second découlant de la rencontre d'une procédure équitable (Section 2).

---

<sup>167</sup> A. PROTHAIS, «Les principes d'un droit pénal humanitaire à vocation universelle», in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 154.

<sup>168</sup> La procédure pénale est la procédure de garantie d'une bonne justice, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 5.

<sup>169</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, «Conclusions», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 328.

<sup>170</sup> L'oral et l'écrit, le secret et le public, la liberté et la sécurité, l'efficacité et la protection des droits de la défense.

## Section 1 : Le rapprochement spontané par la recherche d'une procédure équilibrée

**21. Un rapprochement spontané.** Il peut être surprenant de parler d'un rapprochement spontané des procédures répressives en Europe. Ce terme laisse en effet supposer un caractère aléatoire voire « chanceux » du rapprochement en ce que les impulsions normatives nationales ont étonnamment convergé vers un même point. Or ici, le rapprochement est spontané en ce qu'il ne résulte d'aucun mouvement harmonisateur supranational. En effet, il découle de la volonté propre de chaque État de parvenir à une procédure pénale juste et équilibrée, pesant les différents intérêts en jeu aux fins de stabilité et de sécurité juridique. Ce rapprochement spontané ne signifie pas cependant que les différents systèmes européens ont évolué indépendamment les uns des autres. Au contraire, la recherche d'une meilleure procédure répressive a conduit à l'adoption d'idées nouvelles, à la mise en place de règles procédurales plus avantageuses, largement inspirées des régimes voisins<sup>171</sup>.

Ainsi, la recherche d'une procédure équilibrée s'est concentrée en premier lieu sur l'abandon de certaines caractéristiques des procédures lacunaires accusatoires et inquisitoires (§ 1). Plus récemment, l'équilibre procédural s'est orienté vers la nécessité d'opérer une mise en balance des intérêts en jeu, l'efficacité de la procédure dans la recherche de la vérité, opposée à la protection grandissante des droits fondamentaux des individus et plus particulièrement ceux du suspect (§ 2).

§ 1 : L'équilibre entre accusatoire et inquisitoire : vers une procédure mixte et contradictoire

**22. L'identification des facteurs de rapprochement par l'étude historique.** Espérer entreprendre une analyse comparative des règles procédurales relatives à la preuve pénale en Belgique, en France et au Royaume-Uni sans se pencher sur les évolutions historiques du droit pénal formel serait amputer l'étude d'un intérêt certain. En effet, si l'on pourra démontrer par la suite que les règles modernes relatives à l'administration de la preuve

---

<sup>171</sup> On parlera alors de réception volontaire du droit étranger. Pour un exemple d'étude de réception du droit étranger hors de l'Union européenne, v. S. BOURAOUI, « Droit pénal, Droits de l'Homme et démocratie : le cas de la Tunisie », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, CEDEJ, Le Caire, 1994, p. 97 et s., disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/cedej/396>>

présentent désormais de nombreuses similitudes dans l'espace pénal européen<sup>172</sup>, un aperçu historique nous permet d'identifier les premiers facteurs ayant contribué au rapprochement des législations nationales, facteurs pouvant aujourd'hui contribuer à une harmonisation accrue des procédures.

Aux fins de cette entreprise, une présentation succincte des caractéristiques des différents régimes procéduraux permet de mesurer l'étendue des différences des systèmes originels. Celle-ci suit la distinction classique entre le régime de la procédure inquisitoire et celui de la procédure accusatoire, ces deux modèles ayant alternativement rythmé les évolutions procédurales en Europe. Dans leur conception la plus pure, les caractéristiques des modèles accusatoires et inquisitoires s'opposent en tout point, ces différences rejaillissant sur la question de la preuve (A). Cependant, sans être définitivement abandonnée, cette distinction ne reflète plus la réalité du paysage normatif. Sans pour autant parvenir à l'uniformisation, les procédures se mêlent, circulent, s'empruntent, et présentent aujourd'hui de nombreuses similarités (B).

#### A. L'opposition des procédures accusatoires et inquisitoires sur les règles de preuve

La procédure accusatoire est souvent associée à un modèle de société archaïque, correspondant à un stade primitif de civilisation juridique<sup>173</sup>, alors qu'elle inspire encore largement la procédure pénale dans les États de *common law* de par les qualités qu'elle présente (1). Le modèle inquisitoire, caractéristique des cultures plus évoluées<sup>174</sup>, a été marqué par les abus d'un système peu protecteur de l'accusé et excessivement formaliste, s'appuyant sur des moyens de preuves durs et sévères (2).

##### 1. Le modèle accusatoire

Après un bref aperçu des caractéristiques de la procédure accusatoire, illustrée par des exemples de sa mise en œuvre (a), une rapide présentation des modes de preuves montrera l'importance de l'oralité et du respect du contradictoire (b).

---

<sup>172</sup> Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 et Partie 1, Titre 2.

<sup>173</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1980, p. 11. V. également J. PRADEL, «Inquisitoire - Accusatoire : une redoutable complexité», *R.I.D.P.*, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trim., 1997, p. 214. : la procédure accusatoire est « la plus ancienne historiquement à cause de l'absence d'État dans les vieilles civilisations ».

<sup>174</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 11.

**23. Traits principaux de la procédure accusatoire.** La procédure accusatoire est basée sur un sentiment de méfiance envers l'État, plus précisément son implication dans la Justice. Elle est entièrement tournée vers le peuple et repose sur une conception égalitaire des individus, lesquels participent à la marche des affaires publiques<sup>175</sup>. Pour s'en tenir à une description succincte, elle est caractérisée par trois traits principaux : elle est orale, publique et contradictoire<sup>176</sup>. Tous les citoyens de la société peuvent assister à la procédure, écouter et comprendre les débats contradictoires entre l'accusateur et l'accusé, qui ont une place centrale<sup>177</sup>. La procédure ne s'ouvre qu'après une dénonciation de l'accusateur, qui était au départ la victime ou la famille de la victime, un témoin, puis tout citoyen<sup>178</sup> et le procès se poursuit sous la forme d'un duel<sup>179</sup>. Le juge ne peut décider lui-même de poursuivre des faits qui lui paraissent répréhensibles : son rôle est d'arbitrer les débats<sup>180</sup>.

**24. Les manifestations de la procédure accusatoire en Europe.** Le plus souvent dans une conception plus atténuée, les principes de l'accusatoire ont eu largement l'occasion d'être mis en œuvre, et ceci dans plusieurs parties de l'Europe à des périodes différentes. Historiquement, la procédure accusatoire est la plus ancienne, dont on trouve des traces dans la Grèce classique et la Rome primitive<sup>181</sup>. En France, jusqu'à la chute de l'empire romain, la procédure était hybride<sup>182</sup>. Suite aux invasions barbares, la procédure criminelle germanique, essentiellement accusatoire, a fortement influencé la justice franque, en matière civile comme en matière pénale<sup>183</sup>. C'était également le cas en Belgique, la principauté de Liège ayant été

---

<sup>175</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 23<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 49.

<sup>176</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 11.

<sup>177</sup> Le procès pénal prend la forme d'un « duel » entre les deux parties privées, J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, PUF, 1990, p. 11.

<sup>178</sup> La procédure accusatoire présente l'inconvénient de sacrifier les intérêts de la répression car en l'absence d'accusateur, il n'y aura pas de poursuites, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 11.

<sup>179</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 15.

<sup>180</sup> Le juge ne joue aucun rôle actif, il se borne à déclarer, à la fin de l'instance, de quel côté se trouve le droit, J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 11.

<sup>181</sup> Au II<sup>ème</sup> s. avant J.-C., la répression était déjà confiée à des jurys, tirés au sort le jour de l'audience, v. A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 18.

<sup>182</sup> La répression pénale publique appartenait à l'origine aux magistrats supérieurs : ceux-ci avaient toute latitude concernant les non-citoyens pour effectuer une enquête expéditive. Cependant, l'instruction à l'égard d'un citoyen devait être publique, sous le contrôle de l'assemblée du peuple, tout comme la vérification de la sanction, v. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 24. Puis l'avènement de la justice impériale consacra le « droit pénal public » : les juges impériaux pouvaient d'office rechercher les auteurs des délits publics, et l'empereur avait le pouvoir de réformer leurs jugements, v. *Ibid.*, p. 28 et s.

<sup>183</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 51.



fortement influencée par la monarchie carolingienne dont elle a fait partie<sup>184</sup>. La procédure y était alors orale et publique, les preuves étaient fournies par les parties exclusivement<sup>185</sup>.

Enfin, s'il ne fallait retenir qu'un seul exemple de la mise en œuvre de l'accusatoire, c'est certainement le système anglais qui serait choisi<sup>186</sup>. Très tôt<sup>187</sup>, la procédure pénale anglaise a développé les caractéristiques propres à la procédure accusatoire, qui ont par la suite imprégné la procédure pénale moderne comme le jugement par les pairs, ou l'appréciation des preuves apportées par les parties privées<sup>188</sup>. Les considérations relatives à l'individu et à ses droits ont peu à peu infiltré toute la procédure pénale<sup>189</sup>. En 1215, la *Magna Carta* fut édictée par le peuple anglais dans le but de protéger les individus contre l'arbitraire de la royauté. En officialisant la pratique, la Charte pérennise le jugement par les pairs préalable à toute condamnation<sup>190</sup>, repoussant les théories du droit romain et laissant au Roi le rôle de conservateur général de la paix<sup>191</sup>. L'*habeas corpus* et le *Bill of Rights* viendront plus tard compléter l'arsenal procédural en protégeant un peu plus le défendeur<sup>192</sup>. Alors que la Belgique et la France se sont tournées vers l'inquisitoire à la fin du Moyen-Âge, l'Angleterre est restée très attachée aux caractères majeurs du système accusatoire<sup>193</sup> comme le rôle d'arbitre du juge, ou encore la nature orale de la procédure et plus particulièrement des preuves.

#### *b. La consécration de l'aveu*

**25. Preuves « rationnelles » et preuves « irrationnelles ».** La question de la preuve dans les premières manifestations de la procédure accusatoire était simple, reposant principalement sur l'aveu. La preuve n'était pas écrite, l'écriture étant au départ peu répandue

---

<sup>184</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4ème éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 24.

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> Les réformes récentes de l'organisation judiciaire en Italie permettraient également de prendre cet État comme exemple, la procédure étant largement dominée par les principes de l'accusatoire.

<sup>187</sup> La loi *Assize of Clarendon*, en 1166, a marqué le début de la transformation de la procédure pénale en posant les fondements du *trial on indictment* et donc l'intervention du jury, modèle classique du droit pénal anglais, J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998, p. 5. Pour une étude approfondie de l'histoire de la procédure anglaise, et ce point plus particulièrement, v. J. F. STEPHEN, *A history of the criminal law of England*, I, Londres, Macmillan and co., 1883, p. 251.

<sup>188</sup> Pourtant, le jury de jugement n'était pas à l'origine une institution de jugement neutre par les pairs mais au contraire, une manifestation de l'autorité du Roi, J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 8.

<sup>189</sup> La justice anglaise évita d'ailleurs la torture, telles que les États continentaux l'ont connue, *ibid.*, p. 6.

<sup>190</sup> Art. 39 de la Grande Charte de 1215.

<sup>191</sup> A. DU BOYS, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, tome III, Paris, Durand, 1860, p. 149.

<sup>192</sup> L'*habeas corpus* a concrétisé la remise en vigueur des garanties légales contre l'arbitraire dans les jugements, R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998, p. 28.

<sup>193</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (éd.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 164.

dans les sociétés primitives. L'aveu était alors la preuve par excellence<sup>194</sup>, suffisant à fonder une condamnation<sup>195</sup>. En revanche, la dénégation de l'accusé compliquait considérablement la question probatoire : si la preuve par témoignage était recherchée, elle était loin de pouvoir remplacer l'aveu<sup>196</sup>. À défaut de preuves dites « rationnelles », la conviction des juges devait être établie par d'autres procédés probatoires, les preuves dites « irrationnelles », fondées sur un raisonnement religieux<sup>197</sup>. Ainsi, deux moyens de preuves, le serment purgatoire et les ordalies<sup>198</sup> ont dominé le système probatoire durant une large partie du Moyen-Âge<sup>199</sup>. Par le serment purgatoire, le suspect et ses cojureurs<sup>200</sup> juraient de son innocence en prenant Dieu à partie, toute parjure entraînant une sanction divine<sup>201</sup>. Les ordalies constituaient le mode de preuve subsidiaire<sup>202</sup>, impliquant également l'intervention de Dieu et destinées à manifester la pureté ou l'impureté des parties au moyen d'épreuves physiques<sup>203</sup>. Le duel judiciaire était une forme d'ordalie, Dieu intervenant en faveur du juste qui devait alors gagner le combat<sup>204</sup>. Dans une moindre mesure, la preuve orale reste aujourd'hui encore la preuve par excellence au Royaume-Uni. L'aveu et le témoignage sont des moyens de preuve privilégiés, bien que strictement encadrés. Ainsi, l'aveu permet ainsi l'ouverture du mécanisme du *plea bargaining*<sup>205</sup>, et les témoignages oraux lors de l'audience sont les seules déclarations admissibles<sup>206</sup>.

Alors que dans la procédure accusatoire, les argumentations des parties et la présentation de leurs preuves ressemblaient à une bataille orale, à laquelle le public assistait,

---

<sup>194</sup> Au Royaume-Uni, encore aujourd'hui, l'aveu peut fonder une condamnation comme c'est le cas avec la procédure du plaider coupable, *guilty plea*.

<sup>195</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 24.

<sup>196</sup> « Les causes du discrédit de la preuve testimonial résident d'une part dans le caractère rudimentaire et semi-anarchique des sociétés barbares, incapables d'offrir une protection efficace aux témoins, d'autre part dans les pratiques de solidarité en usage dans ces sociétés, qui interdiront de témoigner contre un homme de son groupe ou provoqueront des faux témoignages. », *ibid.*, p. 25.

<sup>197</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 71.

<sup>198</sup> Sur le serment, les ordalies et le duel judiciaire, v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 92 et s.

<sup>199</sup> La justice anglaise avait également recours aux ordalies et à l'appel au jugement de Dieu, J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 5.

<sup>200</sup> Les cojureurs n'étaient pas des témoins, mais des garants de l'intégrité et de la sincérité de l'accusé, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 25.

<sup>201</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 72.

<sup>202</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*

<sup>203</sup> Parmi les ordalies les plus populaires on trouvait par exemple l'épreuve de l'eau bouillante et du fer rouge, qui consistaient à brûler l'accusé et vérifier quelques jours plus tard s'il avait cicatrisé, grâce à l'intervention de Dieu, pour prouver son innocence. L'ordalie de l'eau froide consistait à jeter l'accusé pieds et poings liés dans une rivière, le fait qu'il surnage prouvant sa culpabilité et son rejet par les dieux aquatiques. V. *Ibid.*, p. 26.

<sup>204</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 74.

<sup>205</sup> Le plaider coupable, v. J.-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2ème éd., Paris, La maison du dictionnaire, 2011, v° *plea bargaining*.

<sup>206</sup> Ce principe a été tempéré, mais la preuve par oui-dire n'est toujours pas, en principe, un moyen de preuve admissible.

la procédure inquisitoire se développant dans les pays continentaux prenait le chemin opposé.

## 2. Le modèle inquisitoire

Complètement opposées à celle de la procédure accusatoire, les caractéristiques de la procédure inquisitoire étaient dominées par le souci d'effectivité de la répression (a). Ainsi, la preuve orale a été peu à peu délaissée au profit de l'écrit (b).

### *a. Caractéristiques et mise en œuvre*

**26. Traits principaux de la procédure inquisitoire.** Contrairement à la procédure accusatoire, la procédure inquisitoire est tournée vers l'efficacité de la réponse pénale. Elle séduit les régimes à tendance autoritaire, où l'intérêt de la société voire de l'État prime sur les droits individuels de ceux qui la composent<sup>207</sup>. Elle est essentiellement caractérisée par le secret, l'écrit et l'absence de contradictoire<sup>208</sup>, plus particulièrement avant le jugement, dans la phase préparatoire au procès. La publicité et le contradictoire sont perçus comme un frein à l'efficacité de la procédure répressive. Le magistrat qui dirige l'instruction est le cœur du mouvement répressif et agit unilatéralement pour ce qui est de la recherche des indices et des preuves, mais également concernant l'ouverture du procès, agissant d'office, au nom de l'intérêt général<sup>209</sup>. Le dossier constitué rassemble toutes les pièces écrites, les procès-verbaux des actes d'enquête effectués, notamment les auditions. La victime passe au second plan, et le magistrat prononce une peine au nom de la société<sup>210</sup>. Ainsi, l'accusé et les témoins ne savaient parfois même pas pour quelle affaire ils devaient répondre<sup>211</sup>.

**27. Les manifestations de la procédure inquisitoire en Europe.** La justice pénale française de la fin de l'Ancien régime était complexe, assise entre l'influence du droit romain et le droit canonique<sup>212</sup>, les coutumes régionales et un Roi partiellement influent. Néanmoins, les règles de l'inquisitoire ont peu à peu chassé l'accusatoire dans la plupart des pays

---

<sup>207</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 56.

<sup>208</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 12.

<sup>209</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 16. Néanmoins, la dénonciation d'un crime par la voix publique était dans les premiers temps nécessaire aux déclenchement des poursuites, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 50.

<sup>210</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 16.

<sup>211</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 44.

<sup>212</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 135.

d'Europe continentale à partir du XIII<sup>ème</sup> siècle<sup>213</sup>, sous l'influence de la justice ecclésiastique<sup>214</sup>. Les règles procédurales et coutumières sont finalement consacrées par l'ordonnance criminelle d'août 1670<sup>215</sup>. En effet, l'ordonnance criminelle de 1670 précise le déroulement de la procédure en différenciant et règlementant cinq étapes : la mise en mouvement de l'action publique, l'instruction préparatoire, l'instruction définitive, les jugements, et les recours<sup>216</sup>. Plus précisément, elle prévoit certaines mesures comme la consignation par écrit des constatations dans des procès-verbaux ajoutés ensuite au dossier, ou encore la tenue de l'interrogatoire des témoins par les procureurs du roi ou des seigneurs et ceci à charge ou à décharge<sup>217</sup>.

*b. De l'aveu obtenu sous la torture à l'instruction écrite*

**28. Le déclin des preuves irrationnelles au profit des preuves rationnelles.** Le développement de l'inquisitoire à partir du XIII<sup>ème</sup> siècle en Europe continentale a profondément modifié la question probatoire, que ce soit au niveau des moyens de preuves admissibles, de leur force probante, ou de leur obtention. Concernant les moyens de preuves sur lesquels s'appuie le juge, l'enracinement de la procédure inquisitoire au détriment de la procédure accusatoire dans l'Ancien régime fut accompagné par l'abandon des preuves irrationnelles comme le serment purgatoire ou l'ordalie<sup>218</sup>, et par le développement des preuves « plus conformes à la raison »<sup>219</sup>, telles que l'aveu et le témoignage. L'aveu est longtemps resté la *probatio probatissima*<sup>220</sup>. Il pouvait être explicite et résulter d'une déclaration orale du suspect, ou implicite, déduit de sa fuite<sup>221</sup>. À défaut d'aveu, la preuve de l'infraction pouvait être rapportée par témoignage, dont la conception fut plus élaborée. Le témoin devait avoir vu ou entendu les faits constitutifs du délit, ce qui exclut tout moyen de preuve

---

<sup>213</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 55.

<sup>214</sup> « c'est cette mutation de la procédure canonique qui a ensuite déterminé, par imitation, l'évolution de la procédure laïque vers le système inquisitoire au cours des XII<sup>ème</sup> et XIV<sup>ème</sup> siècles », J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 132 et 133. V. également sur les caractéristiques de la justice ecclésiastique et leur influence sur la justice laïque, A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 47 et s.

<sup>215</sup> L'ordonnance de Blois de 1498 et l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 avaient déjà clarifié la procédure médiévale V. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 146 et s.

<sup>216</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 208 et s.

<sup>217</sup> Titres IV et VI de l'ordonnance criminelle du 26 août 1670.

<sup>218</sup> Le duel judiciaire cependant, survécut beaucoup plus longtemps. De façon anecdotique, le duel est encore prévu et puni par le droit luxembourgeois, aux articles 423 et s. du Code pénal.

<sup>219</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 190.

<sup>220</sup> La preuve la plus probante, *ibid.*, p. 192.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 193.

par oui-dire<sup>222</sup>. L'appréciation des preuves n'était pas libre mais guidée par le système de preuves légales, attribuant à toutes les preuves une valeur prédéterminée<sup>223</sup>. Cependant, plus que les moyens de preuves admissibles dans la procédure inquisitoire, c'est principalement leur mode d'obtention qui marqua l'histoire du droit pénal. Le juge a joué un rôle important tout au long de cette période dans la recherche des preuves à charge, notamment par le recours à la torture<sup>224</sup>. La torture, ou question, était étroitement encadrée, et n'était utilisée que lorsque la personne était suspectée d'un grand crime<sup>225</sup>, sur la base d'une demi-preuve<sup>226</sup>. Le but était d'obtenir l'aveu de la personne torturée, indispensable à la constitution d'une preuve complète<sup>227</sup> et qu'il soit réitéré en dehors de la question<sup>228</sup>.

**29. La modernisation de la recherche de la preuve.** Au cours du XVII<sup>ème</sup> siècle, le rôle du juge dans la recherche de la preuve évolua<sup>229</sup> : il organisait la collecte des procès-verbaux et autres preuves durant l'instruction préparatoire et définitive, notamment par l'audition de l'accusé et des témoins. Ces procès-verbaux étaient alors ajoutés au dossier et pouvaient servir à prouver la culpabilité de l'accusé. La caractéristique principale de cette recherche des preuves est son respect scrupuleux du secret de l'enquête, les déclarations orales n'étant pas publiques. Il faut cependant remarquer que le juge était soumis à une exigence de loyauté dans la mesure où il ne devait tendre aucun piège à l'accusé lors des interrogatoires, éviter la ruse, la compassion, ou même la suggestion de réponses<sup>230</sup>.

Il est incontestable que les conceptions strictes des modèles inquisitoires et accusatoires ne peuvent trouver à s'appliquer dans les formes étatiques modernes. C'est en laissant la voie ouverte à la modernisation et à de nouvelles considérations individuelles que la procédure inquisitoire des pays continentaux s'est humanisée. L'adoption de quelques règles issues de l'inquisitoire a également permis aux pays de *common law* d'offrir d'avantage de garanties formelles aux personnes mises en cause devant une juridiction répressive.

---

<sup>222</sup> De plus, le témoin devait être « irrécusable », excluant les infâmes, les étrangers (inconnus), et les femmes de mauvaise vie. Les témoignages des femmes étaient occasionnellement acceptés sous certaines conditions, *ibid.*

<sup>223</sup> C. AMBROISE-CASTEROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, Paris, PUF, 2011, p. 18.

<sup>224</sup> « la torture judiciaire est une conséquence – paradoxale mais terriblement logique – du système de preuves légales, conçu à l'origine pour protéger le prévenu contre la subjectivité des juges : c'est justement parce qu'ils n'ont pas le droit de se fier à leur intime conviction qu'il leur fait un aveu 'en forme' », J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 198.

<sup>225</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 63.

<sup>226</sup> Comme par exemple, un seul témoin oculaire, conforté par des indices matériels ou moraux, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 198.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>228</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 64.

<sup>229</sup> Avec l'ordonnance criminelle de 1670.

<sup>230</sup> A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 96.

## B. L'évaporation de la distinction accusatoire/inquisitoire dans l'humanisation et la modernisation de la procédure pénale

Les systèmes nationaux ne constituent pas un circuit complètement hermétique, soumis aux seules évolutions sociologiques et politiques au sein de leur propre territoire. Ils sont perméables aux idées nouvelles issues des pays voisins et la recherche d'une amélioration de la procédure a conduit à l'élaboration d'un compromis entre l'accusatoire et l'inquisitoire (1). Cette circulation des concepts est toujours en mouvement, les législateurs nationaux étant réceptifs, aux succès des conceptions voisines (2).

### 1. L'établissement d'un compromis : la consécration d'une procédure mixte

La prise de conscience des abus de l'inquisitoire et des défauts de l'accusatoire (a) a été bénéfique : les avantages des deux systèmes ont circulé, jusqu'à la mise en place de compromis présentant de nombreux points communs (b).

#### *a. Les défaillances des régimes accusatoires et inquisitoires*

### **30. L'inadéquation de l'accusatoire et de l'inquisitoire aux régimes modernes.**

La modernisation des sociétés n'a pu laisser aux modèles accusatoires et inquisitoires « purs » la liberté de s'implanter durablement. Si la procédure accusatoire peut être estimée la plus protectrice des droits de l'accusé<sup>231</sup>, elle est cependant critiquable sur certains points<sup>232</sup>. Tout d'abord, la question de la mise en marche de l'appareil répressif par un accusateur privé est contestable et laisse libre cours aux dénonciations abusives<sup>233</sup>. Par ailleurs, la spontanéité des preuves orales présente des lacunes. Une déclaration orale peut perdre en qualité avec l'écoulement d'un certain temps, alors que la consignation par écrit d'un témoignage peut éviter l'oubli, ou la déformation involontaire. Concernant la phase de jugement, l'absence d'écrit ne permet pas de prendre le recul nécessaire pour évaluer les faits en toute impartialité, sans influence émotionnelle et la question d'un éventuel recours reste difficilement envisageable sans recommencer entièrement le processus. Le jugement par les

---

<sup>231</sup> En effet, la discussion contradictoire des preuves et le jugement par les pairs sont deux exemples des caractéristiques de la procédure accusatoire particulièrement favorables à l'accusé.

<sup>232</sup> De plus, nous éviterons l'idéalisation de la procédure pénale anglaise, la matière ayant traversé des périodes plus sombres, excluant la discussion contradictoire des preuves, accumulant les difficultés techniques et anomalies, et privilégiant les peines barbares. V. J. HOSTETTLER, *A History of Criminal Justice in England and Wales*, Sheffield-on-Loddon, Waterside press, 2009, p. 94 et 95.

<sup>233</sup> C'est pour palier les défaillances de l'accusation privée que le pape Innocent III introduisit la procédure *per inquisitionem*, ne s'ouvrant qu'à l'initiative du juge, dès le XIII<sup>e</sup> siècle, C. AMBROISE-CASTEROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 15.

pairs demande par ailleurs la disponibilité totale de l'ensemble de la société pour juger de toutes les affaires pénales, ce qui n'est concrètement pas possible aujourd'hui. De plus, la complexité de la criminalité et de la législation nécessite une formation spécifique des juges.

La procédure inquisitoire n'est pas exempte de défauts non plus. Le caractère secret et non-contradictoire ne permet pas à l'accusé d'organiser sa défense et le laisse dans une position inférieure à l'accusation, qui détient tous les éléments clés du procès<sup>234</sup>. Par ailleurs, l'écrit n'a pas le même impact qu'une déclaration orale faite au procès : il déforme, ne transcrit pas les doutes de l'intonation ou les hésitations du témoin<sup>235</sup>. Il peut alors être plus facile de mentir devant un enquêteur que lors d'une audience. Par conséquent, si les vestiges du système accusatoire restent bien présents dans la procédure criminelle de *common law*, les systèmes continentaux ont peu à peu introduit des éléments issus de l'accusatoire, pour arriver à un modèle mixte, plus soucieux des droits des individus.

*b. La création d'un système répressif humain, ouvert au contradictoire*

**31. L'humanisation de la matière pénale.** Comme le souligne Monsieur le Professeur Carbasse, jusqu'au début du XVIII<sup>ème</sup> siècle, « ce qu'on appelle une bonne justice, c'est une justice prompte et rigoureuse » : le besoin d'une répression efficace des crimes supplantant toute autre considération<sup>236</sup>. Cependant, tant les abus répétés de la Justice pénale de l'Ancien régime, que la prise de conscience des avantages offerts par le modèle anglais dont certains faisaient l'éloge, ont conduit à un renversement du déséquilibre existant vers la considération de l'Homme dans le procès pénal<sup>237</sup>. Ainsi, le rayonnement du mouvement d'humanisation de la matière pénale de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle a largement contribué à rapprocher les procédures. La philosophie des Lumières plaçant l'homme au plus haut niveau des valeurs s'est infiltrée et a imprégné la majeure partie des pays européens<sup>238</sup>. Si l'ouvrage de référence reste le célèbre *Des délits et des peines* de Beccaria<sup>239</sup>, critiquant l'arbitraire et les excès des juges qu'il qualifie de « petits tyrans »<sup>240</sup>, ce mouvement

---

<sup>234</sup> Vers le fin l'Ancien régime, la communication des actes de procédure était refusée à l'accusé, la procédure étant entièrement secrète, et le principe du contradictoire avait complètement disparu. *Ibid.*, p. 17.

<sup>235</sup> S. GUICHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 48.

<sup>236</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 303.

<sup>237</sup> « C'est désormais l'Homme qui compte, et donc en justice, l'accusé. », *ibid.*

<sup>238</sup> R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, 1998, *op. cit.*, p. 45 et s.

<sup>239</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764.

<sup>240</sup> C. LARRÈRE, «Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria», in M. PORRET (éd.), *Beccaria et la culture juridique des lumières*, Genève, Droz, 1997, p. 89. Beccaria condamne également la torture au nom de la présomption d'innocence car torturer un suspect, c'est déjà le traiter en coupable, *ibid.*, p. 97.

réformateur prend naissance en Angleterre et en France grâce aux œuvres de John Locke et de Montesquieu, appelant à la modération en matière répressive et au respect de la présomption d'innocence<sup>241</sup>. Les abus, la sévérité et l'inconstance<sup>242</sup> des procédures inquisitoires antérieures avaient alors pourri les systèmes répressifs, ce qui a permis à ces pensées de se développer et de s'épandre dans toute l'Europe.

La révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ont placé l'individu au centre de tout, parfois même jusqu'à l'excès. En effet, le libéralisme de la justice pénale révolutionnaire a couronné le fléchissement de l'inquisitoire entamé au cours du XVIII<sup>ème</sup> siècle au profit des principes de l'accusatoire, inspirés par le modèle anglais<sup>243</sup>. La protection des libertés individuelles est alors apparue comme le point central de l'organisation judiciaire. Dès 1789, l'assistance d'un avocat devint obligatoire dès le premier interrogatoire du prévenu, et l'instruction devint publique et contradictoire<sup>244</sup>. Le jury criminel suivit peu de temps après. La période impériale est venue tempérer cette exacerbation de l'individu pour aboutir à un modèle mixte, où l'inquisitoire et l'accusatoire trouvent leur place<sup>245</sup>, concrétisé par le Code d'instruction criminelle de 1808 puis deux ans plus tard, par le Code pénal. Ces changements ont profondément marqué la question de la preuve en matière pénale : à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, le système des preuves légales disparut définitivement, et la preuve doit désormais servir à forger l'intime conviction des juges qui dépend alors de sa plénitude et de sa suffisance<sup>246</sup>. Par ailleurs, la mise en lumière de certaines erreurs judiciaires<sup>247</sup> a montré les abus du régime probatoire prérévolutionnaire.

---

<sup>241</sup> « Sous les rois des Francs, Clotaire fit une loi pour qu'un accusé ne pût être condamné sans être oui ; ce qui prouve une pratique contraire dans quelque cas particulier, ou chez quelque peuple barbare. Ce fut Charondas qui introduisit les jugemens contre les faux témoignages. Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus. », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XII, Chapitre 2.

<sup>242</sup> La fin de l'ancien régime en France a été fortement marquée par l'arbitraire des juges, d'abord justifié par l'imprécision des ordonnances pénales, puis perçu comme un caprice et symbole des maux du système répressif de cette époque, V. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 182 et 305.

<sup>243</sup> L'instruction publique est préconisée, sous le contrôle des citoyens, la procédure est souhaitée plus rapide et orale et l'assistance de l'accusé par un défenseur voulue, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 407.

<sup>244</sup> E. BERGER, *La justice pénale sous la Révolution, Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, p. 20.

<sup>245</sup> La phase précédant le procès est dominée par l'inquisitoire et le secret de l'instruction menée par un magistrat, tandis que l'audience est marquée par les traits de l'accusatoire : l'oralité, la publicité et le contradictoire.

<sup>246</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 400 et s.

<sup>247</sup> C'est le cas par exemple des affaires Calas et Sirven, deux cas d'erreur judiciaire du XVIII<sup>ème</sup> siècle rendues célèbres par la publicité de Voltaire. Dans la première, dénoncée par Voltaire dans son *Traité* pour la tolérance, Jean Calas a été torturé puis condamné à mort sans preuve, pour le meurtre de son fils. Dans la seconde, le couple Sirven a été condamné par contumace pour le meurtre de leur fille, également sans preuve. V. A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, 1980, *op. cit.*, p. 127.



Ainsi, après une vague d'abolition de la torture<sup>248</sup>, la codification napoléonienne est alors venu apporter rigueur et sécurité juridique, en abolissant les archaïsmes et l'arbitraire des preuves sous le modèle inquisitoire : si la phase de recherche des preuves reste inquisitoire, leur appréciation lors de la phase de jugement est orale, publique et contradictoire<sup>249</sup>. Dans le même temps, la jurisprudence anglaise forge peu à peu des règles d'exclusion des preuves pénales, sous l'impulsion des avocats de la défense désireux de mieux protéger leurs clients<sup>250</sup>.

Le rayonnement du Code d'instruction criminelle a couronné le cheminement de ces idées nouvelles en influençant nombre de codifications nationales<sup>251</sup>. Ce phénomène est toujours d'actualité, les réglementations voisines représentant une source d'inspiration pour les législateurs en quête d'améliorations procédurales.

## 2. Le rapprochement progressif et autonome des procédures pénales

S'il est indéniable que les fondements des procédures accusatoires et inquisitoires restent solidement ancrés dans les systèmes répressifs en Europe<sup>252</sup>, la recherche perpétuelle d'une meilleure justice conduit inévitablement au rapprochement des législations. L'internationalisation de la répression pénale n'y est pas étrangère : la criminalité internationale et organisée a explosé tandis que l'influence des textes internationaux sur le droit pénal national est allée grandissante. Ainsi, nombre de ces réformes résultent d'un besoin de protection de l'individu et de l'établissement de garanties, mais également de la nécessité de réformer la législation sur le plan technique en offrant plus de prérogatives aux autorités enquêtrices. Toutes les phases de la procédure sont touchées par ce phénomène d'interpénétration des règles issues de l'inquisitoire ou de l'accusatoire, que ce soit lors des investigations (a) ou dans la phase sententielle (b).

### *a. La phase précédant l'audience*

**32. Le rapprochement des règles relatives à la phase pré-sententielle.** Lors de l'enquête et de l'instruction, les manifestations de rapprochement sont bien identifiables. Les

---

<sup>248</sup> En Autriche par exemple, en 1776 ou en Hollande en 1798, voir R. MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, *op.cit.*, p.53.

<sup>249</sup> S. GUICHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 59.

<sup>250</sup> J. HOSTETTLER, *A History of Criminal Justice in England and Wales*, 2009, *op. cit.*, p. 225 et s.

<sup>251</sup> Le Code de procédure pénale en Espagne de 1882, est largement inspiré du Code d'instruction criminelle français, ce qui explique l'attachement des deux pays au juge d'instruction. C'est le cas également des Codes d'instruction criminelle belge et luxembourgeois.

<sup>252</sup> Comme le rappelle Jean Pradel, la procédure pénale fait partie de la culture d'un peuple, elle est un produit national. Voir : J. PRADEL, «Inquisitoire - Accusatoire : une redoutable complexité», *op. cit.*, p. 216.

procédures inquisitoires ne sont plus aussi attachées au secret qui entoure la recherche de la preuve, dans le but d'assurer une meilleure protection de l'égalité des armes et du contradictoire. Ainsi, la défense n'est plus exclue des investigations puisque l'avocat de la défense dispose d'un droit d'accès au dossier dès la mise en examen et avant l'ouverture de la phase sententielle, rappelant la phase de *disclosure* au Royaume-Uni<sup>253</sup>. Il peut également assister aux interrogatoires du suspect<sup>254</sup>. Ces deux modes d'intervention de l'avocat de la défense dans la phase pré-sententielle montrent la fin du secret entourant la phase d'instruction inquisitoriale. Par ailleurs, il apparaît que la figure emblématique de la procédure inquisitoire, le juge d'instruction, est vivement contestée dans plusieurs États<sup>255</sup>. La suppression du juge d'instruction en Allemagne et le transfert de la mission d'investigation au procureur et aux services de police servent d'exemple aux partisans d'une réforme similaire en France et en Espagne<sup>256</sup>. En effet, le maintien du magistrat instructeur apparaît aujourd'hui désuet et inadapté à la procédure contemporaine des États mais également au niveau européen<sup>257</sup> et international<sup>258</sup>. L'abandon du juge d'instruction en tant que magistrat « enquêteur », qu'il soit soutenu<sup>259</sup> ou remis en question<sup>260</sup>, est ainsi régulièrement proposé, afin de lui laisser le rôle de juge de l'instruction, qui serait menée par le Ministère public. Le juge ne serait qu'un gardien des libertés individuelles et de la légalité des actes procéduraux. Une solution intermédiaire a été de réduire les pouvoirs du magistrat instructeur au profit des parties privées et du Procureur, qui peuvent alors demander l'exécution d'actes d'investigations supplémentaires<sup>261</sup>. Ce dernier exemple témoigne de l'altération de

---

<sup>253</sup> Cf. Première partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

<sup>254</sup> C'était le cas en Espagne (art. 520 de la *Ley de Enjuiciamiento criminal*), c'est désormais le cas en France et en Belgique.

<sup>255</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 842.

<sup>256</sup> En 1988 déjà, il avait été proposé que l'instruction passe aux mains du ministère public, mais ces dispositions avaient été censurées lors des discussions parlementaires. V. Rapport du Sénat n° LC 195, « L'instruction des affaires pénales », Les documents de travail du sénat, Série Législation comparée, mars 2009., disponible sur <http://www.senat.fr/lc/lc195/lc195.pdf>.

<sup>257</sup> Ainsi est adopté un projet de Procureur européen, et non de juge d'instruction européen.

<sup>258</sup> Le Procureur près la Cour pénale internationale, Luis MORENA-OCAMPO, conduit les enquêtes et poursuites devant la Cour.

<sup>259</sup> « En bref, le modèle classique est obsolète. Il nous faut donc proposer que le parquet ne soit pas seulement l'autorité chargée de l'enquête mais qu'il en soit le véritable directeur, le maître absolu de cette dernière », J. L. GOMEZ COLOMER et F. GONCALVEZ, « La procédure pénale face au principe accusatoire : la position adoptée par le Ministère public en Espagne et dans les principaux pays latino-américains », *R.I.D.P.*, 1er et 2ème trim., 1997, p. 78.

<sup>260</sup> V. P. CONTE, « Les galeux de la République – À propos de 'l'affaire d'Outreau' », *JCP*, n° 1, 11 jan. 2006, I, p. 101 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 469. V. également une critique des arguments en faveur de la suppression du juge d'instruction, C. MAURO, « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJ Pénal*, n° 10, 2010, p. 433.

<sup>261</sup> J. PRADEL, « Inquisitoire - Accusatoire : une redoutable complexité », *op. cit.*, p. 225.

l'inquisitoire : à l'image des parties privées dans les systèmes accusatoires, le droit français leur donne la possibilité de participer indirectement à la recherche des preuves.

Parallèlement, la procédure pénale anglaise s'est « continentalisée »<sup>262</sup> par l'introduction d'une figure proche du Ministère public<sup>263</sup>, le *Crown Prosecution Service* (CPS)<sup>264</sup>. Cet organe vient priver les services de police du pouvoir d'exercer les poursuites<sup>265</sup> en se basant sur le dossier d'enquête, écrit, établi par la police, mais également sur les preuves rapportées par les parties. Bien qu'il ne puisse pas donner d'ordres à la police, il peut cependant amener à rectifier les faiblesses probatoires lorsque cela est possible. Par ailleurs, une place plus importante est accordée aux témoignages rapportés par écrit, comme c'est le cas des témoignages anonymes, lorsque la présence du témoin à l'audience représente un danger<sup>266</sup>.

### *b. L'audience et la décision juridictionnelle*

**33. Le rapprochement des règles relatives à la phase sententielle.** Si la phase préparatoire au procès pénal annonce des rapprochements significatifs entre les procédures nationales, notamment dans la recherche des preuves, la phase juridictionnelle les conforte. L'importation des jurys populaires en France reste l'exemple le plus marquant. Plébiscités par Montesquieu<sup>267</sup>, ils ont été introduits en France suite au mouvement « d'anglomanie » du XVIII<sup>ème</sup> siècle, où le jury était considéré comme très protecteur des droits des citoyens. Après l'expérimentation du jury d'accusation et du jury de jugement<sup>268</sup>, seul le second perdura pour le jugement des crimes devant la Cour d'assises. Un autre exemple illustre « l'accusatorialisation » de la procédure continentale : en France et en Belgique, le procureur et l'avocat de la défense peuvent désormais successivement interroger les témoins, experts et parties directement, ce qui n'est pas sans rappeler le système de *cross-examination*, cher à la

---

<sup>262</sup> Dans la plupart des États continentaux, le procureur est une autorité déjà bien établie et puissante, comme c'est le cas aux Pays-Bas, v. F. PAKES, *Comparative Criminal Justice*, 2<sup>ème</sup> éd., Cullumpton, Willan publishing, 2010, p. 65.

<sup>263</sup> Introduit par le *Prosecution of Offences Act 1985*, chapitre 23.

<sup>264</sup> Sur les fonctions du CPS, v. *The Code for Crown Prosecutors*, Edition française, Fév. 2010, disponible en ligne <http://www.cps.gov.uk/publications/docs/code2010french.pdf>

<sup>265</sup> Les policiers demeurent cependant compétents au regard du déclenchement de l'action publique : si la police décide de ne pas poursuivre, le CPS n'a aucun pouvoir lui permettant de déclencher l'action publique. Il ne peut que continuer ou arrêter les poursuites. V. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 366.

<sup>266</sup> Ce point sera abordé plus longuement dans le chapitre suivant.

<sup>267</sup> « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert », MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre 6, p. 296.

<sup>268</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 321.

procédure de *common law*<sup>269</sup>. Enfin, le développement de la procédure de « plaider coupable » montre également l'exportation de concepts issus du système accusatoire<sup>270</sup>. C'est le cas de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en France, introduite en 2004<sup>271</sup> et du *patteggiamento* en Italie<sup>272</sup>. Inspirée de la procédure du *plea bargaining*, figure du système anglo-saxon, elle permet à l'auteur d'une infraction<sup>273</sup> qui reconnaît les faits de « transiger » avec le Ministère public sur la sanction qui sera prononcée, le juge n'intervenant que pour homologuer cette décision.

Le Royaume-Uni a alors connu l'évolution inverse : le juge-arbitre a peu à peu gagné un rôle actif dans la recherche de la vérité. Ainsi, l'interrogation des témoins à l'audience n'est plus le monopole des parties. S'il l'estime nécessaire pour l'intérêt de la justice, le juge peut décider d'entendre un témoin qui n'a été cité ni par l'accusation, ni par la défense<sup>274</sup>. Enfin, le juge peut également demander l'établissement de rapports d'expertise supplémentaires pour conforter sa prise de décision<sup>275</sup>.

**34. Conclusion du paragraphe 1.** Affirmer qu'un modèle unique gouverne les procédures répressives en Europe serait erroné, les traditions procédurales étant encore solidement ancrées dans la culture juridique nationale. Pour autant, par la modernisation et l'humanisation des procédures pénales, les divergences majeures se sont peu à peu estompées, les régimes s'allégeant de certaines caractéristiques désavantageuses propres aux régimes accusatoire et inquisitoire. Les critères de démarcation se sont brouillés : « les régimes inquisitoires 's'accusatorialisent' et les régimes accusatoires 's'inquisitorialisent' »<sup>276</sup>. Comme le soulève à juste titre Madame le Professeur Tulkens, « les lignes de partage ont

---

<sup>269</sup> Cf. dans la même partie, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>270</sup> Pour une étude approfondie sur la justice négociée, ses formes, ses limites et ses manifestations en Europe, v. F. TULKENS, «Negotiated justice», in M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (éd.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 641 et s.

<sup>271</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4599 et s. Pour une étude de droit comparé entre les systèmes français et anglais, v. A. TALEB, «Les procédures de guilty plea : plaidoyer pour le développement des formes de justice 'négociée' au sein des procédures pénales modernes», *R.I.D.P.*, vol. 83, 2012, p. 89 et s.

<sup>272</sup> A. JACOBS, «Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée», *R.I.D.P.*, vol. 83, 2012, p. 49.

<sup>273</sup> Seulement pour les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, art. 495-7 du CPP français.

<sup>274</sup> R. v. Russell-Jones [1995] Cr App Rep 538 et R. v. Wellingborough Magistrates' court ex p Francois [1994] 158 JP 813.

<sup>275</sup> « Tout cela montre la neutralité paradoxale du juge anglais, puisqu'il doit à la fois tenir compte de la preuve qui est administrée par les parties et en même temps l'ignorer puisqu'il doit découvrir la vérité par lui-même si nécessaire », M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1ère éd., Paris, PUF, 1995, p. 443.

<sup>276</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 113.

éclaté : la seule caractéristique commune qui subsiste est peut-être celle du flou et de l'hétérogénéité »<sup>277</sup>.

Ce phénomène de rapprochement des règles entourant la preuve par une modernisation de la procédure pénale est mu par une recherche constante d'équilibre : équilibre entre la protection des droits fondamentaux, et les pouvoirs des autorités judiciaires dans leur mission de protection efficace de l'ordre public. Cette balance d'intérêt est une préoccupation majeure pour chaque État.

§ 2 : L'équilibre entre efficacité et droits fondamentaux dans la recherche de la vérité

**35. L'opposition de notions inconciliables.** La procédure pénale est tirillée entre deux exigences qui semblent inconciliables : la protection des intérêts de la société d'une part, assurée par les forces répressives étatiques, et la protection des droits fondamentaux des individus d'autre part, venant limiter les pouvoirs des forces publiques. La recherche constante de cet équilibre est un phénomène commun à tous les États démocratiques, bien que soumis aux différences de culture juridique. Ainsi, donner à la protection des droits fondamentaux la possibilité de constituer un véritable contrepoids face aux prérogatives des autorités répressives n'a pas toujours été un choix évident : profondément ancré au Royaume-Uni<sup>278</sup>, il a été une véritable résolution politique<sup>279</sup> en France. Le maintien d'une procédure pénale équilibrée est pourtant nécessaire, malgré les intérêts opposés que « liberté » et « sécurité » semblent poursuivre (A). Cependant, les politiques criminelles nationales et internationales récentes ne laissent transparaître qu'une image de déséquilibre : la recherche des preuves doit être efficace, et la protection des droits individuels peine à contrebalancer cette augmentation des pouvoirs de l'accusation (B).

---

<sup>277</sup> F. TULKENS, «La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux», in M. DELMAS-MARTY (dir), *Procès pénal et droits de l'homme - vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 37.

<sup>278</sup> La procédure anglaise ne peut cependant être idéalisée sous couvert d'une culture juridique attachée à la protection des individus contre l'arbitraire de la répression pénale. Les effets pervers du système anglais au regard du *plea bargaining* ou les excès commis par la police montrent que la protection des droits fondamentaux n'y est pas parfaite. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 160 et s.

<sup>279</sup> V. MALABAT, « Droit pénal et droits fondamentaux », *Droit pénal*, n°9, Sept. 2011, repère 8.

A. La nécessité d'un équilibre entre efficacité et protection des droits fondamentaux

En apparence, tout semble opposer ces deux notions : l'une sert l'accusation, et tourmente la défense, l'autre protège la défense et freine l'accusation (1). Pourtant, elles sont interdépendantes, et participent au bon déroulement de l'enquête : une protection accrue des droits du suspect pourra contribuer à l'efficacité de l'enquête, et inversement, l'efficacité dans la collecte des preuves et leur bonne administration semblent être une condition majeure pour une pleine protection des droits individuels (2).

### 1. L'apparente opposition de ces notions

Dans tout État démocratique, la procédure pénale a pour finalité de concilier l'inconciliable : la sécurité, et la liberté<sup>280</sup>. L'État doit assurer la sécurité de ses citoyens par la répression des infractions, répression indissociable de la recherche des preuves de l'infraction (a). Dans le même temps, il se doit de protéger la liberté des individus, y compris des personnes suspectées d'avoir commis une infraction (b).

#### *a. L'efficace recherche de la vérité, condition de la protection de la société*

**36. La protection de l'intérêt de la société.** Dans les systèmes de procédures archaïques, la vengeance privée dominait. Si une personne commettait un acte répréhensible, la victime ou sa famille avait alors toute légitimité pour réparer le dommage elle-même. Ce n'est qu'à partir du XII<sup>ème</sup> siècle que la renaissance d'un droit pénal public s'amorce<sup>281</sup>. En effet, dans le paysage morcelé de la justice pénale et civile de cette époque<sup>282</sup>, les juristes du roi ont tenté d'asseoir sa compétence sur un concept accessible selon lequel le roi représente l'État et l'intérêt commun<sup>283</sup> et à ce titre, doit à tous la sécurité et la justice<sup>284</sup>. Par

---

<sup>280</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 2. V. aussi R. GASSIN, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 110. : « La conception classique du but de la procédure pénale est dite objective parce qu'elle gravite exclusivement – ou quasi exclusivement – autour de l'acte infractionnel et de son imputabilité à un individu. Dans cette perspective, le problème qu'elle entend résoudre est celui de la contradiction fondamentale qui existe entre les intérêts de la société et ceux des individus. »

<sup>281</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 91.

<sup>282</sup> La justice était alors seigneuriale, ecclésiastique, et royale.

<sup>283</sup> C. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 41. V. également A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours (1882)*, réédition éd., Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010, p. 21.

conséquent, toute offense faite à un individu était une offense faite au roi et à l'État qu'il représentait<sup>285</sup>. La sanction de l'offense n'était alors plus confinée à la sphère privée, le trouble causé portant atteinte à l'intérêt commun. L'idée de sanction étatique pour un trouble à l'intérêt de la société était née<sup>286</sup>.

Aujourd'hui, la sécurité de l'État, la sécurité de la société, plus précisément des citoyens qui la composent, est un des objectifs majeurs de tout État démocratique. Le législateur, dans la limite des pouvoirs qui lui sont dévolus, établit un cadre normatif au sein duquel la sécurité de la société est assurée. Les lois pénales viennent alors délimiter cette sphère de sécurité et sanctionner toute violation de ces règles. Ainsi, lorsqu'une infraction est détectée, les autorités étatiques ont pour mission de trouver l'auteur de l'infraction et de recueillir les éléments nécessaires à la preuve de sa culpabilité pour que sanction juridictionnelle s'en suive. Les règles de procédure pénale sont alors entièrement dédiées à la recherche et au jugement des délinquants<sup>287</sup> et vont donner aux autorités investies de cette mission les moyens d'enquêter, instruire, puis juger le délinquant. Or, il serait intolérable que cette mission souffre d'inefficacité<sup>288</sup>.

**37. La protection efficace de l'intérêt de la société.** Si l'efficacité en matière pénale peut recouvrir bien des aspects<sup>289</sup>, l'efficacité en matière procédurale concerne principalement l'enquête ou l'instruction et donc l'administration de la preuve. Elle va se traduire par l'ampleur et la cohérence<sup>290</sup> des prérogatives accordées aux autorités chargées d'effectuer des actes d'enquête et d'instruction. L'efficacité passe d'abord par la rapidité d'action des autorités dès la connaissance d'un fait constitutif d'une infraction<sup>291</sup>. Ainsi,

---

<sup>284</sup> A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours (1882)*, 2010, *op. cit.*, p. 21.

<sup>285</sup> C. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, 2008, *op. cit.*, p. 43.

<sup>286</sup> Au delà de ces brefs éléments historiques, le droit de punir a fait l'objet d'études philosophiques et historiques qui ne peuvent être abordées dans le cadre de cette thèse. V. par exemple M. FOUCAULT, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 ; F. CHAUVAUD, *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012.

<sup>287</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2010, p. 319.

<sup>288</sup> La mise en état des affaires pénales, rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », Éd. La documentation française, 1991, p. 11.

<sup>289</sup> Par exemple, l'efficacité de la répression est la forte probabilité d'être pris et sanctionné en cas d'infraction, J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 136.

<sup>290</sup> La cohérence implique une bonne répartition des compétences, v. *ibid.*, p. 143.

<sup>291</sup> Concernant les objectifs poursuivis par le droit de la procédure pénale : « Il s'agit d'abord de faire en sorte que les auteurs des infractions soient recherchés, découverts, poursuivis et jugés avec rapidité et certitude. Il s'agira de rechercher la vérité. C'est un souci d'efficacité : veiller à l'application effective de la loi pénale une fois l'infraction réalisée », H-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd., Bruges, La Chartre, 2008, p. 10.

l'enquête ne saurait être retardée par l'accomplissement de formalités excessives sous peine d'altérer la qualité des preuves recueillies, voire d'empêcher leur obtention. Plus que tout, ce sont les moyens mis à disposition des autorités qui vont permettre la recherche efficace des preuves. L'auteur d'une infraction aura tendance à cacher les actes commis, brouiller les pistes, essayer de détruire tous les éléments permettant d'établir sa culpabilité dans le but d'échapper à d'éventuelles poursuites pénales. Dans la recherche de ces éléments de preuves, les autorités doivent pouvoir jouir de prérogatives importantes et de plus en plus permissives. La criminalité a évolué et force donc les autorités judiciaires à s'adapter<sup>292</sup>. Les moyens utilisés par les criminels pour accomplir leurs méfaits sont de plus en plus complexes et élaborés de façon à passer « entre les mailles du filet répressif » des États. Des infractions comme le blanchiment d'argent ou le trafic de stupéfiants répondent aujourd'hui à des mécanismes extrêmement sophistiqués d'opérations consécutives. Il paraît difficilement concevable que les autorités enquêtrices ne puissent jouir de mesures intrusives comme la consultation de relevés bancaires ou les écoutes téléphoniques pour faire face à ce genre de comportements. Pour finir, la gravité de la criminalité contemporaine peut pousser le législateur à munir les agents nationaux de pouvoirs « extraordinaires », en raison du danger pesant sur la sécurité des citoyens et sur le maintien de l'ordre public, incitant à la « surenchère » des mesures d'enquête<sup>293</sup>.

Cependant, si l'efficacité dans la recherche des preuves est légitime au regard du maintien de l'ordre public et de la sécurité des individus, elle ne peut justifier les atteintes démesurées aux droits des individus concernés par ces mesures d'enquête. Le respect de leurs droits fondamentaux va donc venir limiter et encadrer les pouvoirs des enquêteurs.

*b. Le respect des droits fondamentaux : la protection des libertés de l'individu*

**38. Le respect des droits fondamentaux comme limite à la recherche de la vérité.** L'archaïsme d'une société qui ne protège pas suffisamment les droits des individus lors de poursuites pénales a largement montré ses limites avec l'exemple de la procédure inquisitoire pure. En effet, la confiance en l'appareil répressif ne peut être instaurée si le juge n'incarne pas la sagesse, la mesure, et l'impartialité. On ne saurait confier la sécurité de l'ordre public à une institution instable, influençable, qui pourrait se retourner contre quiconque est soupçonné, à tort ou à raison, d'avoir commis une infraction. L'appareil répressif ne peut inspirer la peur, ni être caractérisé par sa sévérité extrême ou ses abus. Il en

---

<sup>292</sup> Par exemple en développant la surveillance et la recherche d'autres d'infractions sur les réseaux sociaux.

<sup>293</sup> V. par exemple M. GARRIGOS-KERJAN, « La tendance sécuritaire dans la lutte contre le terrorisme », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 187.



va également de la bonne exécution des décisions rendues, la sanction « sera d'autant mieux comprise que la procédure aura été parfaite, respectueuse des droits de chacun »<sup>294</sup>.

Le succès du rituel judiciaire passe donc par l'instauration de règles organisant la procédure répressive dans son ensemble et donc les investigations, tout en restant protectrices des droits des personnes impliquées. En effet, la recherche efficace de la vérité est l'objectif essentiel de la procédure pénale, mais pas à n'importe quel prix<sup>295</sup>. La fin<sup>296</sup>, si louable soit-elle, ne justifie pas tous les moyens et la protection de l'intérêt général ne peut justifier des atteintes démesurées et non nécessaires aux intérêts d'un individu<sup>297</sup>. Pour autant, certaines atteintes sont inévitables et essentielles<sup>298</sup>. Il faut « concilier les garanties nécessaires à la conservation de l'ordre dans la société, et les garanties que réclame en même temps la liberté civile ; il faut que l'accusation ait les moyens de rechercher et de convaincre ; que la défense ait les moyens de se justifier »<sup>299</sup>. Ce point est délicat : les intérêts de la société et ceux des individus vont être mis en balance. Cette quête perpétuelle d'un équilibre entre sécurité et liberté, entre efficacité et droits fondamentaux anime les systèmes répressifs contemporains<sup>300</sup>.

**39. L'influence de la protection des droits fondamentaux sur la matière probatoire.** Le respect de libertés fondamentales des individus représente un bouclier face aux abus éventuels des autorités étatiques dans l'accomplissement de leur mission. La recherche des preuves doit être étroitement encadrée par des règles à la fois permissives pour les autorités enquêtrices, et protectrices des droits individuels. La recevabilité de la preuve pourra alors être conditionnée par le respect de ces règles. L'exemple des déclarations orales

---

<sup>294</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 3.

<sup>295</sup> La mise en état des affaires pénales, rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », *op. cit.*, p.11. Également : « L'efficacité à n'importe quel prix ou à n'importe quelle condition n'est pas conforme à la conscience sociale et n'est pas admise par le législateur : 'la fin ne justifie pas les moyens' », H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 2008, *op. cit.*, p. 10.

<sup>296</sup> Poursuivre et punir les auteurs d'une infraction.

<sup>297</sup> La Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé dans la décision *Jallob c. Allemagne* du 11 juil. 2006 « les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant », voir CEDH, 11 juil. 2006, *Jallob c. Allemagne*, req. n°54810/00, Recueil des arrêts et des décisions 2006-IX, § 97.

<sup>298</sup> Le Conseil Constitutionnel français a eu l'occasion de se prononcer sur ce point concernant la garde à vue, affirmant que la conciliation entre l'objectif de recherche des auteurs infractions (et donc la nécessité du placement en garde à vue) et l'assistance restreinte d'un avocat pendant cette mesure n'était pas déséquilibrée. V. Décision n°2011-191/194/195/196/197 QPC du 18 nov. 2011.

<sup>299</sup> F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, Charles, 1845, p. 5.

<sup>300</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs été confrontée au problème du conflit entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société, la question principale étant « de savoir si, de nos jours, l'on doit donner à la Convention une interprétation plus 'souple', enfin de permettre à la société de satisfaire à ses besoins en matière de sécurité et de lutte contre la criminalité », v. P. LEMMENS, « Quelques réflexions au sujet des garanties procédurales en matière pénale », in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 201 et s.

faites par le suspect et le témoin illustre parfaitement le poids des droits fondamentaux et le frein exercé sur les autorités. L'aveu est longtemps resté la preuve par excellence. Il a une valeur toute particulière dans les systèmes de *common law*, celui-ci étant le sésame pour l'ouverture d'une procédure de « plaider coupable », qui représente une large partie des jugements au Royaume-Uni<sup>301</sup>. Il est aisé d'imaginer que, dans le but d'apporter une réponse pénale efficace et rapide suite à une infraction, l'obtention d'un aveu soit très importante pour les autorités judiciaires. Dans l'hypothèse où les droits du suspect ne seraient pas ou peu garantis, une multitude de stratagèmes pourraient intervenir pour provoquer l'aveu : mensonge, chantage, pression psychologique, torture physique. Si des indices ont convaincu les autorités enquêtrices de la culpabilité, à tort ou à raison, les interrogatoires pourraient par la suite être orientés de façon à tromper le suspect, à le faire craquer<sup>302</sup>. Outre la présomption de culpabilité pesant sur l'individu qui n'a pas encore été condamné par une juridiction pénale, les déclarations recueillies ne présenteraient pas toute la fiabilité et l'intégrité nécessaires à la bonne conduite d'un procès. Il est certain qu'une déclaration faite dans ces conditions a de fortes chances d'être viciée. Par ailleurs, reformuler des propos, ou les retranscrire dans d'autres termes, pourraient également les déformer et donc fausser la teneur des déclarations. C'est la raison pour laquelle les interrogatoires de police sont étroitement encadrés, dans le respect des droits de la défense, plus particulièrement lorsque ceux-ci sont conduits dans le cadre de mesures privatives de libertés comme la garde à vue<sup>303</sup>. Si ces règles ne peuvent écarter toute violation des droits fondamentaux dans les premiers stades de la procédure répressive, toute dérive des autorités pourra être sanctionnée par la nullité des éléments recueillis.

Ces impératifs apparemment inconciliables<sup>304</sup> sont-ils voués à poursuivre des intérêts opposés ? D'après la commission Justice pénale et droits de l'homme, il s'agit plutôt de bipolarité<sup>305</sup>. Il convient d'admettre que les exigences d'efficacité des mesures d'investigations et les exigences de protection des droits du suspect œuvrent l'une pour l'autre, dans le but global de l'amélioration de la justice pénale. Plus qu'un équilibre, cette aide mutuelle est un

---

<sup>301</sup> Dans plus de la moitié des affaires devant la *Crown Court* (pour les infractions les plus graves), et 90% des affaires devant la *Magistrates' Court*, les accusés plaident coupable, J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 448.

<sup>302</sup> Aux Etats-Unis, l'organisation *The Innocence Project* lutte contre ce phénomène en tentant de prouver l'innocence de personnes condamnées à des peines de prison à l'aide de tests ADN. Depuis 20 ans, plusieurs centaines de personnes ont été innocentées. Nombre d'entre elles (25%) avaient été condamnées sur la base d'aveux de culpabilité recueillis sous la contrainte, la peur, la menace d'une lourde sentence, ou la méconnaissance du droit. V. <http://www.innocenceproject.org/>.

<sup>303</sup> Ce point sera abordé plus longuement dans la Deuxième partie, Titre 2, Chapitre 2, la question ayant suscité de nombreuses réformes récentes tendant vers un régime plus protecteur des droits de la défense.

<sup>304</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 2.

<sup>305</sup> La mise en état des affaires pénales, rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 12.

cercle vertueux que tous les États gagnent à respecter. Ainsi, l'efficacité des mesures prises par les autorités judiciaires, bien qu'attentatoires aux libertés d'un individu, permet la protection d'autres libertés qui découlent du droit au procès équitable, protégé par l'article 6 de la Convention EDH.

## 2. Deux notions convergeant vers une meilleure justice pénale

Les exigences d'efficacité et de protection des droits fondamentaux sont conciliables en tant que « poids » d'une même balance judiciaire. Ces notions peuvent cependant être envisagées comme deux mouvements non pas opposés, mais œuvrant alternativement l'un pour l'autre : l'efficacité pour une meilleure protection des droits des individus (a) et inversement, le respect des libertés fondamentales pour une répression efficace (b).

### *a. L'efficacité au service des droits individuels*

**40. Efficacité et protection de la personne poursuivie.** L'efficacité de la procédure pénale, attribut de la sécurité que l'État garantit à ses citoyens en sanctionnant toute atteinte à l'ordre public<sup>306</sup>, peut d'abord être envisagée comme l'ennemie des droits fondamentaux, prétexte à l'extension démesurée des prérogatives des autorités enquêtrices<sup>307</sup>. Cependant, efficacité n'est pas synonyme de sévérité ou d'abus. Une procédure efficace renvoie également à une « machine judiciaire » qui fonctionne parfaitement, dont les mécanismes sont sûrs et rodés. Elle implique une technicité des règles sans une complexité exagérée<sup>308</sup>, une officialisation des pratiques pour plus de clarté, une certaine rigueur sans une dureté excessive. Cette exigence devient alors l'alliée de la défense, en fournissant des règles précises sur lesquelles se fonder pour contester tout manquement à la procédure d'investigation. Par exemple en France, la loi sur le renforcement de l'efficacité de la procédure pénale de 1999 a offert aux parties la possibilité de soulever des nullités de procédure devant le tribunal

---

<sup>306</sup> « Sécurité » est parfois employée comme un synonyme de « sûreté ». Or la sûreté est entendue dans cette étude comme une composante des libertés fondamentales, alors que la sécurité renvoie au maintien de l'ordre public. Sur la délimitation de ces deux notions, v. P. DEVOLVÉ, « Sécurité et sûreté », *RFDA*, n° 6, 2011, p. 1085.

<sup>307</sup> « L'efficacité poussée à son paroxysme serait même un danger pour les libertés », J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 144.

<sup>308</sup> « Si l'action de la justice était embarrassée par des précautions excessives, par des formes multipliées, elle n'aurait nulle puissance : tantôt l'accusé, enlacé dans ces formalités, ne pourrait en dégager sa défense ; tantôt il s'en ferait un refuge contre le châtement. », F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle, op.cit.*, p.5.

correctionnel, et donc d'écarter les preuves illégalement recueillies<sup>309</sup> : l'efficacité de la justice rejoint aussi la protection accrue des droits de la défense.

Efficacité et droits fondamentaux ne sont alors pas incompatibles mais deux attributs d'une même procédure. C'est ainsi que dans le cadre de la promotion et de la protection des droits fondamentaux au sein du Conseil de l'Europe, une Commission européenne pour l'efficacité de la justice a été créée en 2002<sup>310</sup>. Un meilleur fonctionnement de la justice pénale contribue à une meilleure protection des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement du droit à un procès équitable. En effet, l'article 6 de la Convention offre le droit à être jugé et entendu dans un délai raisonnable. Sans tomber dans le piège d'une justice expéditive n'offrant aucun recul dans l'appréciation des preuves, une procédure efficace et rapide est dans l'intérêt de la personne poursuivie. Elle est plus rapidement fixée sur son sort, ce qui évite la répétition de mesures privatives de liberté préalables au procès pénal. En outre, plus l'enquête est longue, plus la valeur et la force probatoire de certaines preuves recueillies diminuent, les souvenirs des témoins sont moins vivaces, les chances de trouver de nouveaux éléments valables s'amenuisent.

**41. Efficacité et protection des autres parties au procès<sup>311</sup>.** Dans une toute autre optique, l'efficacité de la réponse pénale, débouchant sur le prononcé rapide de la culpabilité ou de l'innocence d'une personne, est dans l'intérêt des victimes, de leur entourage, mais également des tiers comme les témoins<sup>312</sup>. Le maintien d'autorités enquêtrices instables et non fiables, dont les actes effectués sont viciés et inutilisables lors d'un procès pénal, conduit à l'impunité des éventuels auteurs d'une infraction, pouvant représenter une menace à la sécurité des victimes ou de ceux qui ont témoigné en leur défaveur. Par ailleurs, l'impunité peut pousser à la réitération d'un acte criminel, l'auteur de l'infraction n'ayant pas été

---

<sup>309</sup> Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JO* n° 244 du 20 oct. 1999 p. 15647, modifiant l'art. 385 du CPP.

<sup>310</sup> Conseil de l'Europe, Résolution Res(2002)12 établissant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), adoptée par le Comité des Ministres le 18 sept. 2002, § 2 : « Toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour respecter l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme en garantissant à chacun des procédures judiciaires dans un délai raisonnable tout en respectant les autres garanties inhérentes au procès équitable. A cet égard, des dispositions devraient être prises pour éviter les retards injustifiés dans les procédures judiciaires et pour réduire leur coût. L'efficacité de la justice doit être garantie et, à cet effet, les dispositions contenues dans les instruments juridiques internationaux pertinents du Conseil de l'Europe cités à l'annexe II devraient, entre autres, être prises en considération. »

<sup>311</sup> Plus largement, l'efficacité de la justice dans la protection de l'ordre public protège les individus composant la société. V. O. SCHRAMECK, « Sécurité et liberté », *R.F.D.A.*, n° 6, 2011, p. 1093 : « Assurément, il n'y a pas de liberté dans l'insécurité qui paralyserait la vie quotidienne ».

<sup>312</sup> La mise en état des affaires pénales, rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 12.

sanctionné pour ses agissements antérieurs, constituant indirectement une incitation à la délinquance.

*b. Les droits fondamentaux au service de l'efficacité*

**42. L'inefficacité d'une procédure peu protectrice des droits fondamentaux.** Le manque d'attention accordée aux libertés fondamentales dans la procédure inquisitoire a montré les conséquences négatives et contre-productives sur le système répressif par le passé. En effet, un système abusif et peu respectueux des droits individuels a conduit à la révolte de la population en 1789<sup>313</sup>, sans pour autant apporter une solution efficace et durable à la délinquance. Par ailleurs, l'appareil répressif injuste peut devenir un outil de vengeance privée. L'accusateur peut tirer profit du peu de garanties accordées à celui qu'il accuse pour parvenir à ses fins. De plus, la faiblesse ou l'absence de contrôle juridictionnel, et donc de remise en cause du travail du magistrat instructeur, est un handicap certain pour l'efficacité de la justice pénale. Enfin, l'objectif d'une procédure répressive n'est pas de trouver un coupable à tout prix, ni de remplir les établissements pénitentiaires. Une explosion des condamnations n'est pas le gage d'une procédure efficace mais plutôt d'un durcissement de la politique pénale. L'« escalade répressive », au détriment des libertés fondamentales, ne mène pas forcément à la qualité de la réponse pénale : l'efficacité semble passer par l'amélioration de la prévention, en se concentrant sur les moyens<sup>314</sup>.

Les bénéfices d'une protection accrue des droits des individus se retrouvent à plusieurs niveaux. D'un point de vue formel, établir des normes protectrices de la personne mise en cause mène à une clarification des règles et une meilleure accessibilité. Cette formalisation normative est doublement nécessaire : pour les autorités judiciaires qui disposeront alors d'un « guide de conduite » leur permettant d'accomplir leur mission efficacement, mais également pour la défense, qui pourra contester tout manquement à ces règles. Plus généralement, la confiance des individus en l'institution judiciaire est nécessaire pour son bon fonctionnement. Les mesures d'enquêtes attentatoires aux libertés fondamentales, comme les perquisitions ou les saisies de correspondance, seront d'autant mieux acceptées qu'elles seront jugées strictement nécessaires et étroitement encadrées. De même, s'il est utopiste d'envisager la coopération volontaire et spontanée des auteurs d'infractions, la personne suspectée ou accusée sera plus encline à fournir des éléments et à participer à la recherche des preuves si elle sait que ses droits sont pleinement protégés. La

---

<sup>313</sup> « Si le droit pénal contemporain doit beaucoup, sur certains points, à la doctrine classique, il ne s'en est pas moins construit à partir d'une critique globale du droit de l'Ancien Régime », J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, *op. cit.*, p. 301.

<sup>314</sup> R. BADINTER, « De la demande de liberté à l'exigence de sécurité », *Le Débat*, n°143, 2007, p. 28.

présence de son avocat peut rassurer un gardé à vue et lui permettre de s'exprimer plus clairement et plus sereinement devant les forces policières. De même, l'avocat pourra veiller à ce que le droit à ne pas s'auto incriminer soit respecté, ce qui évitera des aveux trop rapides, suivis d'une rétractation, qui sera alors contraire à l'efficacité de l'enquête.

Si l'on peut trouver un point de convergence entre les États membres dans la recherche perpétuelle de cet équilibre et la nécessité d'établir une juste mesure entre ces deux objectifs pour optimiser la recherche de la vérité et le recueil des preuves, l'échec relatif dans le traitement de la question est un constat également commun aux États concernés.

## B. Le déséquilibre en faveur de l'efficacité de la recherche de la vérité

La lutte contre l'insécurité semble avoir lourdement influencé le législateur national<sup>315</sup> mais également le législateur européen<sup>316</sup> en matière pénale, à l'égard tant du volet matériel que formel. La politique de l'Union européenne a-t-elle pesé sur celle des États membres ou le basculement répressif des États membres a-t-il encouragé une dynamique européenne ? Quelle que soit l'origine de ce mouvement normatif, ce constat de déséquilibre entre efficacité et protection des droits fondamentaux est sans conteste un point de convergence sur lequel États membres et l'Union européenne se rejoignent : par l'instrumentalisation des droits fondamentaux (1), les règles entourant la recherche des preuves se durcissent (2).

### 1. L'instrumentalisation des droits fondamentaux

**43. La délimitation ajustable des droits fondamentaux protégés.** La protection des libertés individuelles est envisagée traditionnellement comme une limite à la puissance des autorités enquêtrices dans la recherche de la vérité. Cependant, la garantie des droits fondamentaux des individus peut être instrumentalisée<sup>317</sup> dans la lutte contre l'insécurité

---

<sup>315</sup> « La lutte contre l'insécurité semble peser de plus en plus lourdement sur l'esprit des lois pénales et devenir à la fois la carte et la boussole autour de laquelle doivent se dessiner les questions et les réponses dont le droit pénal et la procédure pénale sont en charge », J. DANET, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, n° 25, 2003, p. 37.

<sup>316</sup> Comme le souligne J. PRADEL, l'internationalisation du crime a appelé à l'internationalisation de la répression et à l'élaboration d'instruments de coopération interétatiques destinés à améliorer la lutte contre la criminalité organisée, J. PRADEL, « Les grandes tendances de l'eupéanisation des systèmes pénaux nationaux », n° 3-4, *Les cahiers de Droit*, vol. 50, 2009, p. 1017. Ce point sera abordé plus longuement lors de l'étude de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans la deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>317</sup> C. GUILLAIN et D. VANDERMEERSCH, « Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 378.

jusqu'à perdre leur objectif premier : protéger les individus les plus vulnérables, en l'occurrence, ceux visés par une procédure pénale. Les droits fondamentaux protégés pourront alternativement être ceux de la victime et plus généralement des individus composant la société, ou ceux de la personne mise en cause dans une affaire pénale. Cette ambivalence va permettre d'accentuer sur l'objectif « sécurité » plutôt que « liberté »<sup>318</sup>.

L'intérêt d'une protection des droits fondamentaux de l'accusé poussée à l'extrême est difficilement identifiable. Croire qu'un respect des droits des suspects passe par un formalisme trop rigoureux est erroné. Il est vrai que l'encadrement des actes d'enquêtes par des règles strictes permet de contenir les abus éventuels des autorités enquêtrices. Néanmoins, ce formalisme ne peut servir de façade, les droits fondamentaux ne pouvant s'accommoder d'une seule protection de forme et non de fond<sup>319</sup>. C'est une vigilance constante qui est attendue de la part des enquêteurs et des autorités juridictionnelles pour éviter d'arriver au résultat contraire. Parallèlement, trop de formalisme dans la protection des droits fondamentaux peut nuire à l'enquête<sup>320</sup>. Il est en effet difficilement justifiable d'entraver les autorités enquêtrices par des démarches procédurales interminables, dans le seul but de protéger les droits des suspects, sous peine de priver le processus répressif de toute effectivité. Par ailleurs, une instabilité juridique et une complexification de la procédure ne sont pas profitables au suspect. C'était l'argument retenu par le Gouvernement français à l'égard à la proposition de directive relative au droit d'accès à un avocat de 2011<sup>321</sup>. Selon une note établie conjointement avec les autorités belge, irlandaise, néerlandaise et britannique, la protection des garanties procédurales ne saurait créer des « difficultés substantielles pour la mise en œuvre effective des enquêtes et procédures pénales »<sup>322</sup>. Elles estimaient alors qu'une telle mesure, en imposant l'intervention de l'avocat de la défense dès le début de toute

---

<sup>318</sup> De nombreux discours politiques brandissent la sécurité comme condition première de la liberté, O. SCHRAMMECK, « Sécurité et liberté », *op. cit.*, p. 1093 et s.

<sup>319</sup> Laquelle doit être assurée par un contrôle juridictionnel effectif du respect des règles formelles, ce qui sera largement remis en cause dans la suite de cette étude.

<sup>320</sup> La juste mesure dans cette tâche est évidemment indispensable : un formalisme accru mais creux serait alors contre productif, ralentissant les autorités judiciaires dans leur recherche de preuves par « une paperasserie croissante et chronophage », C. GUILLAIN et D. VANDERMEERSCH, « Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, 2007, *op. cit.*, p. 390. V. aussi J.-P. JEAN, « De l'efficacité en droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 144.

<sup>321</sup> Malgré des négociations difficiles, la directive relative au droit d'accès à un avocat a finalement été adoptée le 22 oct. 2013, v. la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294 du 6 nov. 2013, p. 1.

<sup>322</sup> Rapport d'information du Sénat n°279, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement de d'administration générale, sur les projets européens de réforme de Schengen et du droit pénal, enregistré à la Présidence du Sénat le 20 jan. 2012, p. 23.

procédure, causerait des retards dans l'enquête, pour peu de bénéfices réels au final pour le suspect<sup>323</sup>.

Lorsque le champ des droits fondamentaux est envisagé plus largement, se détachant des considérations relatives à la défense, leur protection peut également être avancée pour justifier un déséquilibre du procès pénal<sup>324</sup>. Alors qu'en matière procédurale, ils sont plus souvent mis en avant pour leur fonction « bouclier », de façon à protéger le suspect des dérives éventuelles des agents étatiques, la protection des libertés individuelles en général peut également justifier l'accroissement des pouvoirs des enquêteurs. En effet, le droit pénal vient sanctionner une violation de la loi sensée protéger la société dans son ensemble et les individus qui la composent. La protection de leurs droits les plus fondamentaux, comme le droit à la vie, ou le droit à la propriété privé doit donc être assurée peu importe le contexte, quitte à créer un déséquilibre. Cette mission va alors servir de prétexte à un durcissement de la législation pénale, par la « sacralisation de la sécurité et de la vie »<sup>325</sup>. Ainsi, la protection des droits substantiels de l'homme prend le dessus sur les garanties procédurales accordées au suspect, qui deviennent alors secondaires.

**44. Les manifestations de l'instrumentalisation des droits fondamentaux.** Ce phénomène marque profondément la matière pénale en Europe depuis quelques années. La faute est imputable à un contexte criminel tendu. L'explosion de la criminalité internationale, et plus particulièrement du terrorisme<sup>326</sup> a grandement joué dans la création d'un climat d'insécurité sous-jacent<sup>327</sup>. La petite et la grande délinquance sont devenues un problème social et l'efficacité répressive est donc érigée comme la ligne directrice des réformes contemporaines en matière pénale<sup>328</sup>. Toute atteinte majeure à l'ordre public peut être utilisée par les gouvernants pour asseoir une politique pénale sévère, le discours sécuritaire étant très

---

<sup>323</sup> Le coût de la mise en place d'une telle réforme était mis en avant. Cet argument est difficilement justifiable, la présence de l'avocat lors des premiers instants de la procédure constituant un véritable rempart contre les violations des droits de la défense, à un stade où la personne suspectée est la plus vulnérable. Les preuves recueillies lorsque le suspect bénéficie de l'assistance d'un avocat ont d'ailleurs moins de chances d'être exclues par la suite et évitent la répétition inutile et coûteuse d'actes d'enquête.

<sup>324</sup> « Mais la montée des droits de la victime et le souci de protéger le public contre les menaces réelles et potentielles de la criminalité alimentent aussi la dimension sécuritaire des droits de l'homme, privilégiant sa fonction 'épée' », C. GUILLAIN et D. VANDERMEERSCH, « Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, 2007, *op. cit.*, p. 378.

<sup>325</sup> F. OST, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, 2007, *op. cit.*, p. 11.

<sup>326</sup> Sur les 15 dernières années, quelques attentats ont marqué les esprits comme ceux de New York et Madrid en 2001, ou encore Londres en 2005, donnant l'impulsion à un mouvement législateur réformateur.

<sup>327</sup> Sur l'augmentation des mesures préventives au Royaume-Uni, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, v. A. ASHWORTH, « Four threats to the presumption of innocence », *The international journal of evidence and proof*, vol. 10, 2006, p. 275.

<sup>328</sup> R. COLSON, « La fabrique des procédures pénales - Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive », *RSC*, n° 2, 2010, p. 378.



populaire, surtout en période électorale<sup>329</sup>. C'est ainsi que, suite à une médiatisation à outrance, certains faits marquants, suscitent l'émoi de l'opinion publique et offrent ainsi aux gouvernants la possibilité de durcir les législations pénales pour la contenter<sup>330</sup>. Cette démarche opportuniste et radicale semble satisfaire ce besoin de sévérité, mais les dérives occasionnées viennent parfois en balayer violemment les effets.

Témoignage de ces dérives certaines erreurs judiciaires, mettant en lumière tous les vices d'une procédure trop soucieuse de trouver un coupable. Au Royaume-Uni, dans un contexte tendu avec l'Irlande du nord, plusieurs cas de bavure policière ont scandalisé l'opinion publique et souligné le manque de protection des droits de la défense. Deux des plus grands scandales judiciaires que le système anglais ait connus furent les affaires des six de Birmingham et des quatre de Guildford<sup>331</sup>, où des innocents furent emprisonnés plusieurs années pour des actes de terrorisme qu'ils n'avaient pas commis. Les abus des forces policières pour obtenir des aveux<sup>332</sup> ont alors montré la nécessité de réformer ce système inégal, où les pouvoirs exorbitants des enquêteurs n'étaient pas encadrés par des garanties suffisantes. Deux commissions royales ont donc été missionnées pour se pencher sur la question et parvenir à un meilleur équilibre entre les pouvoirs de l'accusation et les droits de la défense<sup>333</sup>. En France, l'affaire d'Outreau, plus récente, a montré les dangers d'une politique axée sur la répression plutôt que sur la protection des droits procéduraux du suspect. En effet, la fin des années 1990 a été marquée par un renforcement de la lutte contre la pédophilie. Les angoisses sécuritaires des citoyens ont entraîné un durcissement des lois répressives, un accroissement des pouvoirs de l'accusation tout en rognant les droits de la défense<sup>334</sup>. Dès son commencement en 2001, l'affaire Outreau a déchaîné les passions<sup>335</sup> et les médias en raison de son envergure : un réseau pédophile en passe d'être démantelé, dont

---

<sup>329</sup> Le sévère maintien de l'ordre dans un contexte difficile fut une des promesses qui conduisit Margaret Thatcher à la tête du Royaume-Uni. Plus récemment, les violences urbaines de 2005 en France ont donné l'occasion à Nicolas Sarkozy, alors Ministre de l'intérieur, d'occuper le devant de la scène politique et d'orienter l'élection présidentielle de 2007 vers la question de la sécurité. Aussi, au niveau européen, les attentats newyorkais du 11 sept. 2001 ont offert un climat propice à l'adoption rapide de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen du 13 juin 2002.

<sup>330</sup> V. à ce sujet P.-A. ALBRECHT et S. BRAUM, « Deficiencies in the Development of European Criminal Law », *European Law Journal*, vol. 5, n° 3, sept. 1999, p. 297. : « *Criminal law serves as an instrument to individualise social problems and globally occurring risks. Systemic problems whose solution should be a matter of politics, are instead laid at the door of the individual* ».

<sup>331</sup> S'ajoutent les affaires « des 3 de Cardiff », « des sept Maguire », et du meurtre de Maxwell Confait.

<sup>332</sup> La *Court of Appeal* qui a annulé la condamnation en 1991 s'est basée le manque de preuves scientifiques et sur l'inadmissibilité des déclarations recueillies par les policiers, obtenues illégalement, v. L. BOLM-COOPER, *The Birmingham Six and other cases*, Duckworth & Co, Londres, 1997, p. 9.

<sup>333</sup> R. COLSON, « La fabrique des procédures pénales - Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive », *op. cit.*, p. 373.

<sup>334</sup> R. BADINTER, « De la demande de liberté à l'exigence de sécurité », *op. cit.*, p. 25.

<sup>335</sup> Le 17 jan. 2002, une campagne contre la pédophilie est lancée « Se taire, c'est laisser faire », en réponse à l'affaire en cours. Pour une chronologie de l'affaire, v. B. VERGEZ-CHAIGNON, « L'affaire d'Outreau 2000-2006 », *Le débat*, n°163, 2007, p. 79.

des actes s'étendaient jusqu'en Belgique. Pas moins de dix-sept adultes avaient alors été inculpés de pédophilie et la plupart soumis à des mesures de détention provisoire, sur la simple base des dénonciations d'enfants, appuyées par celles de leur mère, et des rapports d'expertises psychiatriques. Aucune preuve matérielle n'était venue corroborer ces déclarations. Au terme d'une véritable « chasse aux sorcières », la Cour d'appel de Paris a acquitté 13<sup>336</sup> des 17 accusés en 2005<sup>337</sup>. Cette triste affaire a eu le mérite de mettre en lumière les insuffisances du système judiciaire aveuglé par son désir de trouver un coupable : droits de la défense bafoués, atteintes répétées à la présomption d'innocence par l'institution judiciaire et par la presse, ou encore instruction à charge.

## 2. Les conséquences de ces dérives sécuritaires sur la question probatoire

**45. Le développement de mesures d'investigation extraordinaires<sup>338</sup>.** Depuis 2001, le combat contre le terrorisme est assumé et renforcé : le législateur et la doctrine évoquent la « lutte »<sup>339</sup> ou la « guerre »<sup>340</sup> contre le terrorisme, et ce vocabulaire exceptionnel reflète parfaitement l'ampleur des normes élaborées au nom de cette guerre. Suite aux attentats qui ont ébranlé la communauté internationale, une politique de réaction s'est développée. Les volontés nationales ont appuyé l'action de l'Union européenne, appelant ainsi au durcissement des législations nationales. Le plan d'action de 2001 du Conseil européen réuni en session extraordinaire a posé les bases de la volonté politique, les mesures européennes<sup>341</sup> mais également nationales<sup>342</sup> ont suivi et les conséquences sur les procédures nationales ont été capitales. L'enquête pénale et le recueil des preuves ont pris une toute autre dimension où la fin justifie presque tous les moyens. Ce phénomène se retrouve dans plusieurs États membres.

---

<sup>336</sup> L'un d'eux s'est donné la mort en prison après 14 mois de détention préventive.

<sup>337</sup> Pour une explication plus complète de cette affaire, v. également R. MUCHEMBLED, « Outreau : un procès en sorcellerie de notre temps », *Le Débat*, n°143, 2007, p. 63.

<sup>338</sup> Ou d'une procédure pénale « bis », C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *op. cit.*, p. 644.

<sup>339</sup> Pour quelques exemples, v. C. GIRARD (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme - Etat des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

<sup>340</sup> S. COHEN, « Pourquoi les démocraties en guerre contre le terrorisme violent-elles les droits de l'homme », *Critique internationale*, 2008, n° 41, p. 9.

<sup>341</sup> Pour en citer quelques-unes : Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE*, n° L 164 du 22 juin 2002, p. 3 ; Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* n° L 190 du 18 juil. 2002, p. 1.

<sup>342</sup> Par exemple, en France, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, ou au Royaume-Uni le *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* ou le *Prevention of Terrorism Act 2005*.

En Belgique<sup>343</sup> tout d'abord, la loi du 6 janvier 2003<sup>344</sup> relative aux méthodes particulières de recherche a profité du contexte pour faire table rase du désordre normatif<sup>345</sup> en la matière en autorisant le recours à des procédés d'investigation particulièrement attentatoires aux libertés fondamentales. Cette large réforme élargit considérablement les techniques d'enquête offertes aux autorités judiciaires dans le cadre de la lutte contre la grande criminalité. Sont alors concernées l'observation, l'infiltration, le recours aux indicateurs<sup>346</sup>. Ces trois techniques sont complétées par d'autres méthodes d'enquête qui sont l'interception du courrier, les contrôles visuels directs, les écoutes directes, l'intervention différée, et la récolte de données concernant des comptes bancaires et des transactions bancaires<sup>347</sup>. On devine rapidement l'intérêt de telles techniques lors d'investigations relatives à quelque activité terroriste ou de criminalité organisée. Pour cette raison, le cadre de mise en œuvre de ces mesures est relativement strict et chapeauté par le respect de certains principes comme celui de proportionnalité ou subsidiarité. Cependant, il est indéniable que leur caractère opaque et confidentiel représente un danger certain pour les droits des individus, que ce soit le droit à la protection de la vie privée ou le respect de la présomption d'innocence. Par exemple, le contrôle visuel direct permet aux autorités compétentes de pénétrer dans un lieu privé à l'insu du propriétaire, mesure encore « plus intrusive dans la vie privée que la perquisition »<sup>348</sup>. Par ailleurs, bien que la provocation policière<sup>349</sup> soit interdite, la frontière avec certaines techniques reste très mince.

Des moyens d'enquête similaires sont présents en Espagne et en France. En Espagne, la procédure pénale postfranquiste est très protectrice des droits du suspect, protégés constitutionnellement. Néanmoins, les troubles internes liés aux mouvements criminels indépendantistes ont poussé l'État à autoriser des mesures exceptionnelles dans la recherche des preuves dans les affaires de terrorisme<sup>350</sup>. Par exemple, l'article 282bis de la *Ley*

---

<sup>343</sup> Sur un droit pénal d'exception en Belgique, v. A. JACOBS, «Les procédures d'exception et l'instruction en droit belge», in J.-P. CERÉ (dir.), *Procédures pénales d'exception et droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 157 et s.

<sup>344</sup> Loi du 6 jan. 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, ayant fait l'objet de plusieurs modifications par la suite, notamment suite à plusieurs censures par la Cour constitutionnelle.

<sup>345</sup> M. DE RUE, «La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : premiers commentaires», *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 9-10, 2003, p. 1107.

<sup>346</sup> Art. 47ter du CIC.

<sup>347</sup> Respectivement aux articles 46ter, 89ter, 90ter, 40bis et 46quater du CIC.

<sup>348</sup> M. DE RUE, «La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : premiers commentaires», *op. cit.*, p. 1114.

<sup>349</sup> Selon la Cour de Cassation, la provocation à commettre une infraction consiste soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera l'infraction, v. Cass, 7 fév. 1979, Pas. I 1979, p. 665-667.

<sup>350</sup> J. A. E. VERVAELE, « Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme », *Utrecht Law Review*, Vol. 5, n° 2, Oct. 2009, p. 117.

*de enjuiciamiento criminal* prévoit la possibilité pour les fonctionnaires de police d'enquêter en infiltration dans les cas de délinquance organisée. En France, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II, a profondément réformé la procédure pénale d'exception, relative aux activités de délinquance et de criminalité organisée. La loi prévoit par exemple la possibilité de confier l'instruction des affaires relatives au terrorisme à des magistrats spécialisés<sup>351</sup>. Des techniques d'enquête particulières comme l'infiltration ou la surveillance ont également été ajoutées<sup>352</sup>, dans la lignée des États membres voisins.

Au Royaume-Uni, la radicalisation de la réponse pénale a été d'abord freinée par de retentissantes « bavures policières », qui ont alors conduit non pas à une grande réduction des pouvoirs policiers mais à un encadrement plus rigoureux de leurs prérogatives, notamment avec le *Police and Criminal Evidence Act 1994*. Néanmoins, les mesures spéciales liées à la lutte contre le terrorisme sont nombreuses et les dernières propositions relatives à la surveillance des courriers électroniques et de toutes les conversations électroniques montrent que le sujet est loin d'être clos<sup>353</sup>.

**46. Conclusion du paragraphe 2.** Issue de la conciliation entre la sécurité et la liberté, caractéristique du droit pénal<sup>354</sup>, la procédure pénale doit nécessairement être efficace et équilibrée. En effet, la sécurité des citoyens et des intérêts de la société ne saurait souffrir de l'inefficacité des règles procédurales et nécessite une réponse prompte<sup>355</sup> de la part des autorités nationales chargées de la recherche de la vérité. La protection de l'intérêt général ne pouvant se faire au détriment des intérêts individuels et plus généralement, des valeurs fondamentales de la société, les règles procédurales nationales vont devoir rechercher la meilleure conciliation possible entre ces deux préoccupations. Or, il ressort de la succincte comparaison entre les politiques répressives nationales en Europe que cet équilibre est difficile à maintenir, la lutte contre la menace que représentent les infractions graves modernes comme le trafic de stupéfiants ou la criminalité organisée transfrontière appelant à la banalisation de mesures d'urgence qui, « bien qu'elles portent atteinte aux principes de base

---

<sup>351</sup> Art. 706-17 du CPP.

<sup>352</sup> J.-Y. CHEVALLIER, « Vol au dessus d'un nid de réformes : observations sur les réformes en rafale, l'adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 259.

<sup>353</sup> En 2010, le gouvernement britannique a publié une « stratégie nationale de sécurité » (*A Strong Britain in an Age of Uncertainty: The National Security Strategy*), dans laquelle il identifiait le terrorisme comme un des quatre risques les plus importants auquel l'État doit faire face. Pourtant, le *Protection of Freedoms Act 2012* est venu tempérer les pouvoirs exorbitants conférés au policier au regard de la répression du terrorisme, par exemple en réduisant la durée maximale de détention préalable avant la mise en examen et 28 à 14 jours.

<sup>354</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 5.

<sup>355</sup> *Ibid.*

d'un État de droit, visent précisément à sauver à long terme l'État de droit et la démocratie »<sup>356</sup>. Le « tiraillement » de la procédure pénale devient donc une caractéristique commune aux régimes procéduraux modernes et un facteur supplémentaire de rapprochement des règles relatives à la matière probatoire.

**47. Conclusion de la section 1.** L'introduction de considérations humanistes dans la procédure pénale et la prise en compte des droits de l'individu dans la recherche de la preuve s'est faite progressivement jusqu'à l'abandon de l'opposition traditionnelle entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire au profit d'un modèle européen contradictoire<sup>357</sup>. Pourtant l'effacement des frontières entre ces deux modèles procéduraux ne peut à lui seul conduire au rapprochement des procédures pénales nationales, soumises à des exigences politiques et culturelles parfois divergences. Dans la mesure de ces exigences, chaque État détermine le juste équilibre entre la protection efficace de la société qu'il doit assurer et la protection des droits fondamentaux des individus et plus particulièrement du suspect qu'il ne peut oublier. Ce juste équilibre s'exprime pleinement en matière probatoire. La protection efficace de la société tend à doter les autorités étatiques de larges prérogatives au regard de la recherche et du recueil de la preuve, que la défense des droits des individus va venir limiter. Cependant, le maintien de cet équilibre est fragile et soumis aux tentations de sévérité procédurales. En effet, la criminalité s'internationalise et les interactions indispensables entre les États qui en résultent participent au déséquilibre de la procédure pénale, tout autant que le besoin d'efficacité et de rapidité de la répression pour certaines catégories d'infractions, neutralisant partiellement la protection des libertés des individus. En matière probatoire, ce déséquilibre s'exprime par le développement significatif des pouvoirs des enquêteurs et par la multiplication des régimes dérogatoires, justifiant le recours à des techniques d'enquête permissives. Pourtant ce constat n'est pas figé et fait l'objet d'un rééquilibrage constant, principalement sous l'influence de textes internationaux, participant au rapprochement des législations pénales.

---

<sup>356</sup> J. A. E. VERVAELE, «Régulation au sein de l'État providence. La fonction 'bouclier' et la fonction 'épée' de droit pénal en déséquilibre», *Déviance et société*, vol. 21, n° 2, 1997, p. 122.

<sup>357</sup> M. DELMAS-MARTY, «Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels)», in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 82.

## Section 2 : Le rapprochement par la recherche d'une procédure équitable

**48. La définition du procès équitable.** La notion est particulièrement vague<sup>358</sup>. Nécessaire à une bonne administration de la justice, le procès équitable est l'attribut indispensable d'une société démocratique et garantie de son attachement à des valeurs fondamentales qui ne sauraient être sacrifiées au profit de l'opportunité<sup>359</sup>. Pris dans un sens large, l'équité procédurale renvoie à une bonne justice<sup>360</sup>. Le droit à un procès équitable désigne donc « des garanties de bonne organisation et de bon fonctionnement de la justice qui illustrent le principe fondamental de prééminence du droit »<sup>361</sup>. Mais le droit au procès équitable, tel qu'il est prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, « n'est pas seulement un guide d'organisation judiciaire. Il est aussi – sinon davantage – une véritable charte procédurale des droits de l'homme »<sup>362</sup>. L'article 6 renvoie explicitement à certains droits comme le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, mais la Cour a pu étendre les attributs essentiels à l'équité procédurale, comme le respect du droit de se taire, découlant de la présomption d'innocence. Au regard de sa portée, les garanties visées par l'article 6 s'appliquent tant en matière civile que pénale<sup>363</sup>. En matière pénale<sup>364</sup>, le procès équitable ne se limite pas à la phase juridictionnelle mais englobe la procédure répressive dans son ensemble, dès toute accusation portée contre une personne<sup>365</sup>. Ainsi, la Cour EDH retient une conception large de procès, la garde à vue s'analysant en une accusation en matière pénale<sup>366</sup>.

---

<sup>358</sup> S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, *op. cit.*, p. 84. L'auteur renvoie ici à deux composantes essentielles pour une définition étroite : le type de procédure pour laquelle le droit est applicable, et la protection des droits de la défense.

<sup>359</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11ème éd., Paris, PUF, 2012, p. 385.

<sup>360</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 377.

<sup>361</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 120.

<sup>362</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 394.

<sup>363</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 17.

<sup>364</sup> Pour définir « matière pénale », la Cour EDH retient trois critères non cumulatifs : la qualification donnée par le droit interne, la nature même de l'infraction et la gravité de l'enjeu. V. CEDH, 28 juin 1976, *Engels et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Série A n° 22, § 82.

<sup>365</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 499. Sur l'accusation en matière pénale, v. F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 28 et s.

<sup>366</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 400.

#### 49. Un modèle procédural universel influençant l'administration de la preuve.

Proclamé et protégé par des instruments supranationaux, le procès équitable a acquis un statut de modèle procédural universel<sup>367</sup>. En effet, si le mouvement de rapprochement des garanties procédurales et des droits fondamentaux a d'abord été initié par les volontés nationales de parvenir à un système plus efficace et plus humain, l'affirmation de ces garanties à un niveau supérieur a largement contribué à aplanir les différences procédurales entre les États (§ 1). L'influence est telle qu'aujourd'hui, les règles régissant l'obtention, l'administration et l'admissibilité des preuves sont conditionnées par des principes essentiels reconnus par tous les États membres (§ 2).

##### § 1 : Les sources du développement d'un modèle procédural universel<sup>368</sup>

Bien que la protection des droits fondamentaux en matière pénale procédurale trouve ses racines dans des textes nationaux organisant le « *due process of law* »<sup>369</sup> en Angleterre par la Grande Charte de 1215 et l'*Habeas Corpus* de 1679, ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>370</sup> en France, il est indéniable que le véritable essor en la matière est issu du droit international, et plus particulièrement du droit européen. En effet, des sources internationales ont imposé aux législateurs et aux juges nationaux le respect d'un idéal de justice, de garanties indispensables dans une société civilisée<sup>371</sup>. C'est d'abord par le rayonnement des textes consacrés aux droits de l'homme que les procédures nationales relatives à la preuve ont été pénétrées, notamment grâce à la Convention EDH (A). Cependant, cette voie n'est pas la seule envisagée : l'Union européenne, dans son expansion de compétences liées à la matière pénale, prend aussi part à ce mouvement d'eupéanisation des garanties procédurales (B).

---

<sup>367</sup> S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, et al., *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 407.

<sup>368</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 167.

<sup>369</sup> Le « *due process of law* » est l'équivalent du droit à une procédure équitable. Selon une définition traditionnelle, c'est « l'idée que l'on ne peut valablement statuer ou juger qu'en observant les formes d'une procédure régulière », v. E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2ème éd., Paris, PUF, 1999, p. 577. Son respect suppose l'égalité entre la défense et l'accusation, la protection de la défense contre l'arbitraire et les abus de pouvoirs, et la présomption d'innocence jusqu'à preuve de la culpabilité, v. N. CROSS, *Criminal Law and Criminal Justice*, Londres, SAGE publications, 2010, p. 12.

<sup>370</sup> Art. 7 de la DDHC : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. »

<sup>371</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 93.

## A. L'influence du droit international et européen des droits de l'homme

Alors que les droits et libertés fondamentaux de l'homme ont d'abord été proclamés au niveau international (1), c'est sans conteste la Convention européenne des droits de l'homme et l'interprétation extensive et souvent audacieuse qui en est faite par la Cour EDH qui exercent une influence significative sur la législation nationale (2).

### 1. L'influence du droit international

**50. Les instruments internationaux**<sup>372</sup>. S'il est un socle d'idéaux à atteindre, d'objectifs à poursuivre, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>373</sup> de l'Organisation des Nations Unies en est la base fondamentale. Adoptée au sortir de la seconde guerre mondiale, c'est le premier témoignage de l'attachement de la communauté internationale aux droits égaux et inaliénables de l'homme, notamment dans la procédure pénale, pour maintenir la paix retrouvée dans et entre les États. Ainsi, le respect de la présomption d'innocence et des garanties nécessaires à sa défense et le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial, selon une procédure équitable et publique<sup>374</sup>, sont solennellement proclamés par le texte. Cette contribution des Nations Unies a été complétée en 1966 par le Pacte International relatif aux droits civils et politiques<sup>375</sup>. S'il est considéré comme légalement contraignant par l'Organisation des Nations Unies<sup>376</sup>, il apparaît peu dans la jurisprudence nationale<sup>377</sup>.

Ces deux textes ne sont pas les seules manifestations de l'attachement de la communauté internationale aux droits fondamentaux. Le statut de Rome de la Cour pénale

---

<sup>372</sup> Seuls quelques textes internationaux seront abordés, la protection des droits de l'homme étant assurée par une multitude de sources. Pour un aperçu de quelques instruments, v. la présentation de R. DE GOUTTES, «L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ?», in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1996, *op. cit.*, p. 141 et s.

<sup>373</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 à Paris, par les 58 États membres qui constituaient l'Assemblée générale des Nations unies.

<sup>374</sup> Respectivement les articles 11, 8 et 10 de la DUDH.

<sup>375</sup> Par la résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, l'Assemblée générale a adopté et ouvert à la signature deux Pactes internationaux relatifs d'un part, aux droits civils et politiques et d'autre part, aux droits économiques, sociaux et culturels ; tous deux sont entrés en vigueur en 1976. L'art. 14 réfère notamment au droit à bénéficier d'une procédure équitable, au respect de la présomption d'innocence, et aux droits de la défense.

<sup>376</sup> V. <http://www.un.org/fr/documents/udhr/law.shtml>

<sup>377</sup> Le droit au procès équitable étant le plus souvent protégé constitutionnellement, mais également au niveau européen par la Convention européenne des droits de l'homme, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 94. Le constat est similaire en Belgique, v. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, La Chartre, 2012, p. 26.



internationale de 1998 énonce des droits très étendus accordés aux suspects poursuivis par la juridiction de La Haye. Cependant, l'influence de ces textes internationaux est noyée dans l'étendue des règles issues de la Convention du Conseil de l'Europe.

## 2. L'œuvre considérable du Conseil de l'Europe

**51. L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les législations nationales.** La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>378</sup> est devenue en soixante ans un instrument incontournable de la protection des droits fondamentaux en Europe<sup>379</sup>. En effet, l'apport de cet instrument est considérable et l'action de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale a permis la diffusion et la mise en œuvre pratique de nombreux principes. Il ne s'agit pas de conférer à la Cour le rôle de gardien unique des droits fondamentaux en Europe et l'étendue de ses pouvoirs ne fait pas l'unanimité. La récente présidence du Comité des ministres par le Royaume-Uni a été l'occasion pour David Cameron d'appeler à réformer ce système<sup>380</sup>. Néanmoins, les institutions de Strasbourg demeurent une référence et l'interprétation de l'article 6 de la Convention faite par la Cour a largement influencé le droit de la preuve au niveau national<sup>381</sup>.

En France, parallèlement à la consécration juridictionnelle de l'effet direct de la Convention<sup>382</sup>, c'est en réponse à l'influence grandissante de la Cour EDH que le législateur français a introduit les principes issus du droit au procès équitable dans le Code de procédure pénale. Après une consécration jurisprudentielle<sup>383</sup>, la loi de 2000 renforçant la présomption

---

<sup>378</sup> Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *STE* n°005, du 4 nov. 1950.

<sup>379</sup> Outre la possibilité d'invoquer la Convention EDH devant les juges nationaux, l'article 34 énonce le droit au recours individuel devant la Cour EDH.

<sup>380</sup> A l'occasion de son discours du 25 janvier 2012, David Cameron a accentué trois points négatifs. Tout d'abord, l'augmentation croissante de cas soumis à la Cour et de ce fait, l'engloutissement des cas importants et urgents dans la masse de demandes. Plus controversé, il critique l'instrumentalisation de la Cour en quatrième instance, supérieure aux cours nationales suprêmes, mais également le peu de marge de manœuvre qu'il reste aux États dans l'interprétation de la jurisprudence de la Cour et par là-même, le manque de considération et l'atteinte à la crédibilité des cours nationales.

<sup>381</sup> Ce point sera abordé plus longuement, à l'égard du rôle harmonisateur de la Cour EDH en matière probatoire, dans la Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2. Sur l'influence de la Convention et de la jurisprudence de la Cour EDH en matière pénale, v. J. CALLEWAERT, «La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale», in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 135.

<sup>382</sup> R. DE GOUTTES, «Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et réticences», in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une 'union plus étroite'*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 219.

<sup>383</sup> Décision n°71-44 DC du 16 juil. 1971, *JO* du 18 juil. 1971, p. 7114.

d'innocence et la protection des victimes<sup>384</sup> a introduit un article préliminaire au code de procédure pénale. Par cet article, le législateur a matérialisé la protection des droits fondamentaux dans la procédure pénale en énonçant le droit à une procédure équitable et contradictoire, l'égalité des parties, la présomption d'innocence et l'assistance d'un défenseur et enfin, le respect du délai raisonnable. Cet article peut paraître redondant car ces principes étaient déjà garantis par la Convention EDH et les juges nationaux pouvaient s'y référer. Cependant, l'article préliminaire leur confère une place symbolique et fixe une ligne de conduite pour tous les acteurs de l'appareil procédural<sup>385</sup>.

La jurisprudence belge reconnaît également l'effet direct de la Convention en droit interne, mais également sa prééminence sur les actes législatifs et règlements internes antérieurs et postérieurs<sup>386</sup>. De ce fait, celle-ci a largement influencé l'évolution du droit belge en matière pénale<sup>387</sup>, comme en témoigne l'exemple récent de la loi Salduz<sup>388</sup>.

Le Royaume-Uni a tardé à intégrer la Convention européenne dans la législation mais ce manque de consécration formelle n'altère en rien l'ampleur de la diffusion des principes fondamentaux dans la procédure pénale. En effet, la Magna Carta de 1215 a posé les fondations d'une imposante construction jurisprudentielle autour de la protection des droits fondamentaux et notamment, du droit au procès équitable. Ainsi, depuis le XIII<sup>ème</sup> siècle, le droit à être jugé par ses pairs et selon la loi nationale avant tout emprisonnement reste un principe inébranlable<sup>389</sup> de la procédure pénale anglaise, influençant le droit de la preuve. Néanmoins, ce n'est qu'en 1998 avec le *Human Rights Act 1998* que la Convention EDH fut intégrée au droit anglais<sup>390</sup> en consacrant l'obligation pour toutes les autorités d'agir conformément à la Convention<sup>391</sup>. Le texte européen est désormais directement applicable et invocable par ceux estimant leurs droits fondamentaux violés. Par ailleurs, les droits

---

<sup>384</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

<sup>385</sup> P. TRUCHE, « Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale », *Archives de politique criminelle*, 2001, n° 23, p. 9.

<sup>386</sup> R. ERGEC, « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 286.

<sup>387</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 25.

<sup>388</sup> Cf. Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

<sup>389</sup> Peu d'articles restent encore effectifs aujourd'hui mais la clause 29 de la Charte de 1215 énonçant le principe de légalité, l'habeas corpus, et le jugement par les pairs reste toujours en vigueur. V. <http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1cc1929/25/9>.

<sup>390</sup> J. R. SPENCER, « The English system », in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 147.

<sup>391</sup> A. P. SIMESTER et G. R. SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Practice*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 31.

protégés par la Convention priment sur le *common law*<sup>392</sup>, mais également sur la législation antérieure, tout autant que postérieure<sup>393</sup>.

Pour finir, il convient de remarquer que les recours devant la Cour de Strasbourg ne cessent de croître. Si ce phénomène est largement imputable aux défaillances des États dans la protection des droits fondamentaux<sup>394</sup>, il tient peut-être également au fait que de nombreuses condamnations ne sont pas vaines et ont un impact visible soit sur la jurisprudence, soit sur la législation elle-même. L'interprétation créative que la Cour fait de la Convention a permis l'extension significative de la protection de certains droits spécifiques. Bien qu'elle ne s'immisce pas dans la question de la recevabilité des preuves, ses décisions ont pu avoir des répercussions sur le droit de la preuve et sur les règles minimales à observer pour en permettre l'utilisation devant un juge pénal<sup>395</sup>.

Parallèlement à cette immixtion des droits fondamentaux « européens » dans la procédure pénale interne, le développement du droit de l'Union européenne en matière pénale a posé la question de l'absence de garanties accordées dans ce domaine.

## B. L'influence du droit de l'Union européenne<sup>396</sup>

La protection des droits fondamentaux relatifs à la matière pénale dans l'Union européenne est un sujet délicat, où les bonnes intentions politiques se sont heurtées aux difficultés techniques et juridiques relatives à l'adoption d'un instrument adéquat. L'élaboration d'un instrument a été un temps freinée par la frilosité des gouvernants et par les obstacles matériels liés à l'essence même de l'UE (1). C'est avec le développement des compétences de l'Union dans le domaine judiciaire que les garanties procédurales sont devenues un sujet incontournable pour le législateur européen (2).

---

<sup>392</sup> B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, et al., *Human Rights and Criminal Justice*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 183.

<sup>393</sup> *Ibid.*, p. 186. En revanche, dans l'hypothèse où la législation est déclarée incompatible avec la Convention, la juridiction anglaise ne peut la déclarer invalide, mais seulement en écarter l'application, v. A. P. SIMESTER et G. R. SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Practice*, 2007, *op. cit.*, p. 32.

<sup>394</sup> Au 31 décembre 2011, la France comptabilisait 627 condamnations pour violation de la Convention, dont 251 pour violation du droit à un procès équitable. Ces chiffres sont loin devant le Royaume-Uni (279 et 90), la Belgique (120 et 47), et l'Espagne (65 et 32). V. statistiques 1959-2011, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/37EC6A43-A7E7-4732-A5F1-E705900AC611/0/TABLEAU\\_VIOLATIONS\\_FR\\_2011V2.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/37EC6A43-A7E7-4732-A5F1-E705900AC611/0/TABLEAU_VIOLATIONS_FR_2011V2.pdf)

<sup>395</sup> La jurisprudence de la Cour au regard de la recevabilité des preuves pénales sera largement abordée dans la Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

<sup>396</sup> La présentation du rôle de l'Union européenne dans la protection des droits fondamentaux ne sera envisagée ici que brièvement, le rôle harmonisateur de l'UE en la matière sera longuement étudié dans la Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

## 1. Les difficultés inhérentes aux compétences de l'Union européenne

### 52. Le rôle malaisé de l'UE à l'égard de la protection des droits fondamentaux.

Édicté au départ dans un but avoué économique, le traité de Rome n'avait prévu aucune provision relative aux droits fondamentaux. C'est d'abord la Cour de justice de l'Union européenne qui en 1969, a déclaré que « les droits fondamentaux de la personne » sont « compris dans les principes généraux du droit communautaire » et la Cour en assure le respect<sup>397</sup>. Pourtant, la matière pénale restait exclue de cette protection.

Le droit pénal et la protection des garanties relatives sont longtemps restées l'apanage des États membres et non de l'Union. Punir était la compétence régaliennne par excellence et si les dirigeants des États membres avaient consenti à abandonner une partie de leur souveraineté dans certains domaines économiques, le droit pénal et la procédure pénale apparaissaient alors comme intouchables<sup>398</sup>. Par extension, l'Union n'avait alors pas de compétence explicite concernant le respect des droits de l'homme dans les procédures pénales<sup>399</sup>. Parallèlement aux réticences des États membres à concéder quelque compétence pour agir en la matière, le Conseil de l'Europe s'était déjà positionné en tant que fervent défenseur des droits des individus alors que l'Union européenne avait épousé le rôle de bienfaiteur économique. Le rayonnement de la Convention et de la Cour européenne des droits de l'homme laissait peu de place à l'Union pour agir. Il était alors délicat d'édicter un instrument global et efficace sur la protection des droits fondamentaux. Compte-tenu de l'attachement prononcé de l'Union aux droits sauvegardés par la Convention EDH<sup>400</sup> et de la protection assurée par les normes et juridictions nationales, l'utilité d'un tel instrument apparaissait comme limitée. C'est donc en proclamant son attachement à la protection des droits fondamentaux, y compris les droits de la défense et le droit à un procès équitable, tels

---

<sup>397</sup> CJCE, 12 nov. 1969, *Erich Stauder c. Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, Recueil de jurisprudence 1969, p. 419 ; CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, Recueil de jurisprudence 1974, p. 491.

<sup>398</sup> À ce sujet, v. C. BRANTS, «Procedural safeguards in the European union: too little, too late?», in J. A. E. VERVAELE (éd.), *European Evidence Warrant - Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 103.

<sup>399</sup> Ce fut d'ailleurs l'un des arguments avancés par les États réticents à l'adoption de la décision-cadre relative aux garanties procédurales, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 300 et s. Sur les compétences de l'Union en la matière, v. C. BLUMANN, «Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme», *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 11 et s.

<sup>400</sup> L'établissement de l'Union européenne en 1992 vient confirmer cet attachement aux « principes de la liberté, de la démocratie, et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales », mais également, « aux droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », art. 6 du TUE.

qu'ils sont énoncés par la Convention<sup>401</sup>, que le problème a été un temps contenu. La Charte des droits fondamentaux de 2000 a été une première tentative d'affirmer solennellement l'importance des droits fondamentaux pour l'Union, et plus particulièrement des droits procéduraux dans le chapitre « Justice ». Cependant, le caractère non-contraignant de la Charte ne lui permettait pas de représenter un instrument de poids face à la Convention EDH<sup>402</sup>.

Par ailleurs, l'évolution de la législation européenne en matière pénale a été tributaire d'évènements extérieurs qui ont poussé l'Union à se laisser absorber par ses objectifs sécuritaires, en laissant la balance se déséquilibrer aux dépens des droits individuels. La matière pénale est un point de négociation sensible et l'adoption d'instruments accentués sur l'efficacité de la coopération et donc de la répression pénale doit énormément au contexte politique, comme ce fut le cas par exemple en matière de terrorisme<sup>403</sup>. Pourtant, c'est grâce à ces développements axés sur la répression, que la question des droits des individus concernés par ces mesures répressives est devenue essentielle.

## 2. Vers le développement d'une protection plus ciblée<sup>404</sup>

**53. L'échec d'une approche globale<sup>405</sup>.** La protection des droits fondamentaux a suivi l'extension des compétences de l'Union en matière pénale, et plus particulièrement dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale. La fin des années 1970 marque un véritable tournant dans la construction européenne : elle ne doit plus se résumer à une union économique et marchande, mais acquérir une dimension judiciaire<sup>406</sup>. Ce nouvel espace

---

<sup>401</sup> « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. », art. 6 § 2 du TUE.

<sup>402</sup> Cf. § n° 410 et 411.

<sup>403</sup> Un auteur décrit ce mouvement comme une synergie textuelle privilégiant l'effectivité et l'efficacité de la lutte contre le terrorisme, v. J. AUVRET-FINCK, « Le cadre juridique de référence de la lutte contre le terrorisme », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'union européenne et la lutte contre le terrorisme - État des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 18.

<sup>404</sup> Pour un aperçu du développement progressif de la protection des garanties procédurales dans l'Union européenne, v. J. BLACKSTOCK, « Procedural Safeguards in the European Union: a Road well travelled? », *EuCLR*, vol. 2, n° 1, 2012, p. 20 et s.

<sup>405</sup> V. à ce sujet H. LABAYLE, « Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage », in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (éd.), *Individuals guaranteed in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 153 et s.

<sup>406</sup> Les années 1970 sont marquées par le développement de la coopération judiciaire en matière de criminalité grave, sous l'impulsion de dirigeants inquiets par la montée du terrorisme. V. J. CHARPENTIER, « Vers un espace judiciaire européen », *Annuaire français de droit international*, vol. 24, 1978, p. 928.

judiciaire unique<sup>407</sup> en devenir allait déboucher sur une prise de conscience tardive de la nécessité de protéger les droits des individus<sup>408</sup> à l'échelle de l'Union européenne. Par ailleurs, la consécration du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires comme la pierre angulaire de la coopération tant en matière civile que pénale a été l'élément clé<sup>409</sup>. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle est basé sur la confiance que les États se portent mutuellement. Or il ne peut y avoir de confiance si la protection des droits fondamentaux n'est pas assurée uniformément. Ainsi, le véritable chantier de l'Union en matière de garanties procédurales a débuté par une consultation des États membres.

Dès 2003, le livre vert de la Commission, sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne<sup>410</sup> cible les points de discordance et propose alors de traiter certaines questions prioritairement. Cependant, l'arrivée de dix États membres supplémentaires a compliqué un peu plus la tâche, qui était déjà ardue. Ainsi, la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, du 28 avril 2004<sup>411</sup> est restée à l'état de tentative normative ambitieuse.

**54. Le succès d'une approche ciblée.** Le Traité de Lisbonne et le Conseil européen de Stockholm ont pu insuffler un peu de dynamisme, suite à ces déceptions<sup>412</sup>. Par la consécration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 tout d'abord. Au départ privée d'application effective, la Charte des droits fondamentaux a pris tout son sens grâce au Traité de Lisbonne, qui l'a rendue juridiquement contraignante<sup>413</sup>. Elle s'applique d'abord « aux institutions, organes et organismes de

---

<sup>407</sup> C'est le 5 décembre 1977, lors du Conseil européen de Bruxelles, que Valéry GISCARD D'ESTAING énonce le concept d'espace judiciaire européen, et notamment l'automatisme de l'extradition au sein de cet espace.

<sup>408</sup> A l'inverse de la logique suivie par le Conseil de l'Europe, qui a d'abord mis en avant la protection des droits fondamentaux, puis œuvré dans l'établissement d'un espace judiciaire européen, notamment via les conventions sur l'extradition et sur l'entraide judiciaire de 1957 et 1959.

<sup>409</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 33.

<sup>410</sup> Commission européenne, Livre vert relatif aux garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 19 fév. 2003, COM(2003) 75 final.

<sup>411</sup> Commission européenne, proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 28 avr. 2004, COM(2004) 328 final, 2004/0113 (CNS).

<sup>412</sup> « Avec l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, du traité de Lisbonne sur l'Union européenne, les perspectives de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union ont radicalement changé », G. RAIMONDI, « Union européenne et convention européenne des droits de l'homme après Lisbonne », in D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 485.

<sup>413</sup> Art. 6 du TUE.

l'Union »<sup>414</sup>, mais la Commission peut désormais lancer des procédures d'infraction contre un État membre qui ne respectera pas la Charte dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Son contenu est proche de la Convention EDH et doit d'ailleurs être interprété de la même façon<sup>415</sup>. Outre plusieurs articles « classiques » consacrés à la protection des droits substantiels comme l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants<sup>416</sup> ou encore le droit à la vie privée et familiale<sup>417</sup>, un volet entier est dédié aux droits procéduraux et reprend l'article 6 de la Convention EDH. L'article 48 protège solennellement la présomption d'innocence et les droits de la défense. Plus original, l'article 8 de la Charte énonce la protection des données à caractère personnel et leur traitement loyal. Bien que non spécifique à la procédure pénale, cet article revêt une importance particulière dans le cadre du transfert de données pouvant constituer des éléments de preuve. Il est évident que la future adhésion de l'UE à la Convention EDH aura également des conséquences sur la protection des droits fondamentaux dans l'UE<sup>418</sup>.

Parallèlement à cette consécration tardive de la charte, des mesures plus spécifiques aux droits procéduraux sont programmées. La résolution du Conseil relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales<sup>419</sup> a donné le ton, en reprenant les axes prioritaires du précédent livre vert. Une série de six mesures était alors envisagées, orientées vers le renforcement des droits de la défense et portaient sur : la traduction et l'interprétation, l'information relative aux droits et à l'accusation, l'assistance d'un conseiller juridique et l'accès à l'aide juridictionnelle, la communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires, les garanties particulières pour les suspects ou les personnes poursuivies qui sont vulnérables, et enfin, la détention provisoire<sup>420</sup>. C'est dans le cadre de cette feuille de route que trois directives ont été adoptées. La première fut la directive relative au droit à l'interprétation et à la traduction<sup>421</sup>, la deuxième relative au droit à l'information dans le cadre

---

<sup>414</sup> Ar. 51 de la Charte.

<sup>415</sup> Art. 52. 3. de la Charte.

<sup>416</sup> Art. 4 de la Charte et art. 3 de la Convention EDH.

<sup>417</sup> Art. 7 de la Charte et art. 8 de la Convention EDH.

<sup>418</sup> Cette question sera traitée dans la Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

<sup>419</sup> Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° C 295, du 4 déc. 2009, p. 1. Cette feuille de route a été annexée au programme de Stockholm, suite au Conseil européen du 10 et 11 décembre 2009.

<sup>420</sup> Concernant la détention provisoire, la Commission est invitée à présenter une livre vert et non une mesure législative.

<sup>421</sup> Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 280, du 26 oct. 2010, p. 1.

des procédures pénales<sup>422</sup>, et la troisième relative au droit d'accès un avocat dans le cadre de procédure pénale et au droit de communiquer après l'arrestation<sup>423</sup>. Bien que ces mesures soient considérées comme nécessaires par la plupart des États membres, les disparités entre les régimes juridiques en présence ont rendu difficile leur négociation, plus particulièrement celle relative à l'assistance juridique<sup>424</sup>. Néanmoins, ce nouvel entrain de la Commission témoigne de l'importance que l'Union attache à la protection des droits procéduraux fondamentaux, et a été confirmé récemment par les propositions visant à renforcer les garanties aux citoyens dans le cadre de procédures pénales, comme la présomption d'innocence, ou le droit d'assister à son procès<sup>425</sup>.

**55. Conclusion du paragraphe 1.** Si la protection des droits fondamentaux en matière pénale a été amorcée au niveau national par une dynamique d'humanisation et de modernisation de la réponse répressive, la consécration d'une procédure équitable au niveau supranational a largement contribué à l'implantation d'un modèle procédural universel, juste et équitable<sup>426</sup>. Le procès équitable est un concept large et renvoie à plusieurs droits procéduraux garantis aux différentes phases du processus répressif et donc à l'égard de l'administration des preuves pénales. Ainsi, il est possible de dégager quelques principes essentiels, que chaque législation interne met en application dans une apparente uniformité.

§ 2 : Les principes essentiels du procès équitable régissant la matière probatoire

**56. La portée étendue du droit à un procès équitable.** Les composantes du procès équitable ne sont pas aisément identifiables, en ce qu'elles relèvent plus largement d'une bonne justice<sup>427</sup>. Néanmoins, l'article 6 de la Convention EDH donne les

---

<sup>422</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 142, du 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 1.

<sup>423</sup> Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294 du 6 nov. 2013, p. 1.

<sup>424</sup> Voir Partie 2, Titre 1, sur l'harmonisation des garanties procédurales.

<sup>425</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles le 27 nov. 2013, IP/13/1157.

<sup>426</sup> Les instruments internationaux « ont beaucoup contribué, sinon au rapprochement des procédures, tout au moins, au-delà de leur diversité maintenue, à la construction d'un fond procédural qui s'impose à tous les États soumis à l'emprise de ces instruments internationaux », S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, et al., *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 2007, *op. cit.*, p. 408.

<sup>427</sup> En effet, un procès inéquitable conduit souvent à une grave injustice. Mais les termes de « procès équitable » sont caractérisés par un flou considérable, S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, *op. cit.*, p. 84.



caractéristiques essentielles à la protection de l'équité de la procédure et va ainsi guider la délimitation des composantes du procès équitable. Sur la portée du droit à un procès équitable, une première précision s'impose : l'équité recherchée ne se limite pas au simple procès, mais à la procédure complète. En effet, offrir une phase sententielle équitable n'aurait que peu de sens si les stades antérieurs avaient été marqués par des violations graves des garanties procédurales. La Cour EDH estime ainsi que le respect du droit au procès équitable ne se limite pas à la phase de jugement et doit être assuré dès l'accusation<sup>428</sup>, et donc dès la première arrestation ou les premiers interrogatoires<sup>429</sup>. Les services de police, le parquet et magistrats instructeurs sont alors tenus de respecter ce principe dans l'exercice de leurs prérogatives d'enquête et d'instruction.

Par conséquent, la recherche, le recueil et plus largement l'administration de la preuve sont guidés par les principes découlant du droit à une procédure équitable, dont le respect conditionne la recevabilité devant le juge pénal. Parmi les composantes du procès équitable, deux principes généraux se révèlent primordiaux au regard de la matière probatoire : le droit à la présomption d'innocence et le droit au respect du contradictoire, influant sur l'administration de la preuve (A). Les droits accordés à la défense, dont le respect est déterminant au maintien du caractère équitable de la procédure, conditionnent également la matière probatoire au niveau national, principalement au regard de la recherche de la preuve (B).

#### A. Les principes essentiels influant sur l'administration de la preuve

**57. Justification de la distinction.** Il peut paraître inopportun d'exclure le droit à la présomption d'innocence et le respect du contradictoire des droits dont jouit la défense. En effet, la personne soupçonnée ou accusée d'avoir commis une infraction bénéficie du droit à être considéré innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, mais également de la possibilité de discuter contradictoirement les éléments à charge. Pourtant, alors que les droits de la défense tels qu'ils sont énoncés à l'article 6 § 3 de la Convention EDH semblent tracer une ligne de conduite pour les autorités judiciaires dans le cadre de l'obtention de la preuve, principalement vis-à-vis de l'accusé, les deux principes susvisés touchent la preuve plus largement et renvoient à son administration et aux conditions de sa présentation devant

---

<sup>428</sup> CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, Série A, n°275.

<sup>429</sup> L'accusation a pu être définie par la Cour comme « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale » ou « ayant des répercussions importantes sur la situation du suspect », N. MOLE et C. HARBY, « Le droit à un procès équitable, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Précis sur les droits de l'homme n°3*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2007, p. 21.

le juge pénal. Si cette distinction est virtuelle, tous les principes abordés participant à la garantie d'une procédure équitable, il conviendra d'aborder en premier lieu la présomption d'innocence (1), et le principe du contradictoire (2).

### 1. La présomption d'innocence

**58. Signification du principe.** La présomption d'innocence est un principe universellement<sup>430</sup> reconnu de la procédure pénale. Ce principe signifie que « tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable »<sup>431</sup>, ou jusqu'à ce que la culpabilité ait été établie « au delà de tout doute raisonnable »<sup>432</sup>. Au regard de l'administration de la preuve pénale, l'impact de ce principe est considérable : d'une part, la charge de la preuve pèse sur l'accusation (a), et d'autre part, les autorités doivent rechercher les preuves à charge et à décharge (b).

#### a. La charge de la preuve

**59. La nécessité pour l'accusation de prouver la culpabilité.** Sur la question probatoire, la présomption d'innocence est traditionnellement mise en avant concernant la question de la charge de la preuve<sup>433</sup>. Toute personne poursuivie étant considérée comme innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été prononcée définitivement par une juridiction compétente, parce que les juges sont intimement convaincus, ou convaincus « au delà de tout doute raisonnable »<sup>434</sup>, c'est à la partie poursuivante de rapporter la preuve de sa culpabilité. Néanmoins, cette obligation de prouver ne dispense pas la défense de rapporter la preuve de son innocence : celui qui réfute les éléments rapportés par l'accusation doit être en mesure de prouver ses moyens de défense. En pratique, le rôle de la défense est actif et non réactif : elle

---

<sup>430</sup> Art. 11 de la DUDH, art. 6 § 2 de la Convention EDH, art. 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>431</sup> Art. 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

<sup>432</sup> Formule préférée par le Royaume-Uni, G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, Guildford, College of Law Publishing, 2007, p. 419. Cette formule ne signifie pas que la certitude absolue des juges est recherchée, mais que la culpabilité doit être suffisamment prouvée afin que le juge ou le jury « se sentent sûrs » de leur décision, v. A. ASHWORTH, «Four threats to the presumption of innocence», *op. cit.*, p. 251.

<sup>433</sup> Un adage résume la question du fardeau de la preuve : *actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor*, signifiant d'une part que la charge de la preuve pèse sur l'accusation, mais pèse sur le défendeur lorsque celui-ci invoque une exception. Ce principe est complété par un deuxième : *in dubio pro reo*, le doute doit profiter à l'accusé. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 154 et s.

<sup>434</sup> Sur le rapprochement de ces deux notions, v. E. ZAPPALA, «Présomption d'innocence entre "intime conviction" et "beyond reasonable doubt"», in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 345 et s.

n'attend pas passivement que les preuves de la culpabilité soient réunies et présentées pour les contrer<sup>435</sup>.

Les juridictions européenne et nationales convergent dans l'affirmation de la présomption d'innocence. La Cour EDH a affirmé en 1988 que « la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé »<sup>436</sup>, excluant ainsi toute idée préconçue des juridictions de jugement sur la culpabilité. Au Royaume-Uni, la *House of Lords* a également déclaré dans la célèbre décision *Woolmington* que « dans la toile du droit pénal anglais, le devoir de la partie poursuivante de prouver la culpabilité du défendeur en est le fil d'or »<sup>437</sup>. En France, avant d'être intégré à la législation dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, le Conseil constitutionnel en avait consacré la valeur constitutionnelle<sup>438</sup>, en précisant qu'il incombait à l'accusation de fournir les preuves suffisantes à la déclaration de la culpabilité<sup>439</sup>. En Belgique, si le principe devrait être intégré dans le Code de procédure pénale en projet<sup>440</sup>, il n'est pas encore expressément consacré dans le droit belge mais seulement au niveau jurisprudentiel<sup>441</sup>.

Ce principe n'est pas absolu. Deux limites peuvent être avancées : les présomptions de culpabilité<sup>442</sup>, et le plaider coupable. Les présomptions de culpabilité ne sont pas censurées par la Cour EDH<sup>443</sup> mais ne sont pas forcément autorisées par tous les États membres, comme c'est le cas en Espagne où elles sont inconstitutionnelles<sup>444</sup>. En France en revanche, ce renversement de la charge de la preuve est autorisé par le Conseil Constitutionnel tant que la présomption ne revêt pas un caractère irréfragable<sup>445</sup>. Elles sont également reconnues au Royaume-Uni pour certaines infractions en tant que *reverse burden clauses*, lorsque par exemple, il est plus facile pour la défense de prouver que pour l'accusation

---

<sup>435</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 159. À moins que la défense estime que les preuves présentées par l'accusation sont insuffisantes et qu'elle demande l'acquiescement sur ce fondement, G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 420.

<sup>436</sup> CEDH, 6 déc. 1988, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, req. n°10590/83, Série A n° 146, § 77.

<sup>437</sup> *Woolmington v DPP*, [1935] AC 462, [1935] UKHL 1, « Through-out the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt... ». La présomption d'innocence fait donc partie du Common law bien avant l'intégration de la Convention EDH, A. P. SIMESTER et G. R. SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Practice*, 2007, *op. cit.*, p. 53.

<sup>438</sup> Cons. Const., décision n° 80-127 DC du 20 jan. 1981, *JO* du 22 jan. 1981, p. 308, *Recueil Dalloz*, p. 15.

<sup>439</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 557.

<sup>440</sup> H-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 2008, *op. cit.*, p. 25.

<sup>441</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1132.

<sup>442</sup> Pour des exemples de présomptions de culpabilité en droit comparé, v. J. PRADEL, « La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 611.

<sup>443</sup> CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c. France*, req. n°10519/83, Série A n° 141-A.

<sup>444</sup> C. LAZERGES, « La présomption d'innocence en Europe », *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 131.

<sup>445</sup> Cons. Const., Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *JO* du 19 juin 1999, p. 9018, *Recueil*, p. 75.

de réfuter<sup>446</sup>. Autre dérogation, le cas du *guilty plea* au Royaume-Uni, où l'aveu du suspect supplante les autres éléments de preuve dans la décision de culpabilité<sup>447</sup>, annihilant les doutes que le juge pourrait avoir sur la culpabilité de la personne poursuivie.

*b. Le recueil des preuves à charge et à décharge*

**60. La neutralité dans le recueil des preuves : le rejet de la culpabilité préconçue.** La présomption d'innocence a également des conséquences sur la mission effective des autorités investigatrices, auxquelles l'innocence présumée du suspect s'impose<sup>448</sup>. Celles-ci vont se trouver dans une situation schizophrène où la recherche du coupable d'une infraction va exiger l'accomplissement d'actes qui supposent le suspect coupable, tout en gardant à l'esprit qu'il est pour l'instant innocent. En dépit du fait que l'accusation doit rapporter la preuve de la culpabilité, les autorités judiciaires en amont ont l'obligation de rester impartiales<sup>449</sup> et d'enquêter à charge et à décharge. Elles doivent rechercher les preuves qui l'accablent comme celles qui l'innocentent. Dans ce sens, la présomption d'innocence est sensée protéger le suspect contre des stratagèmes destinés à recueillir des preuves de policier convaincus de la culpabilité. Une condamnation basée sur des preuves exclusivement à charge, sans prendre en considération les preuves à décharge, violerait alors le procès équitable. En pratique, il est aisé pour les enquêteurs de basculer dans la recherche de preuves à charge et c'est principalement l'avocat de la défense qui va œuvrer pour le respect de ce principe.

2. L'égalité des armes et le principe du contradictoire

**61. L'égalité des armes : l'équilibre entre l'accusation et la défense.** L'égalité des armes est une composante essentielle<sup>450</sup> du procès équitable et suppose le maintien d'un juste équilibre entre les parties. Il « implique alors l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions

---

<sup>446</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, Oxford, OUP, 2007, p. 296.

<sup>447</sup> Cf. dans cette Partie, Chapitre 2, Section 1.

<sup>448</sup> CEDH, 10 fév. 1995, *Alenet de Ribemont c. France*, req. n° 15175/89, *Série A* n° 308, § 36 : « ...une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal mais aussi d'autres autorités publiques »

<sup>449</sup> « La présomption d'innocence ne signifie pas qu'il faut croire à l'innocence de la personne, mais que tant qu'elle n'a pas été jugée, elle ne peut être traitée comme un coupable », M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1132.

<sup>450</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 426.

qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>451</sup>. Ainsi, aucune des parties au procès ne peut jouir d'avantages de procédures qui ne seraient accordés à l'autre<sup>452</sup>. Pourtant, l'inégalité des parties est à première vue flagrante. Les pouvoirs d'investigation des policiers, procureurs ou magistrat instructeur sont très permissifs, et la défense ne dispose d'aucun pouvoir coercitif dans le recueil des preuves étayant sa thèse. Il en résulte apparemment une situation déséquilibrée entre l'accusation, disposant d'un faisceau de preuves étoffés, et la défense, n'ayant pu réunir autant d'éléments à décharge. Ce déséquilibre est d'autant plus significatif que dans certains États, ce sont les parties privées qui sont chargées de prouver les faits. L'exemple des expertises de justice montre ce déséquilibre. En France et en Belgique, le choix des experts judiciaires n'est pas libre. Le magistrat instructeur le désigne d'après une liste de professionnels agréés pour donner leur analyse sur un point particulièrement technique. Cette mission est neutre et la défense a la possibilité de demander une contre-expertise. Au Royaume-Uni en revanche, le choix des experts est à la discrétion des parties, qui peuvent recourir à l'expert de leur choix<sup>453</sup> et il est aisé d'imaginer que l'accusation jouit de plus de moyens que la défense pour s'offrir l'expert le plus compétent, ou qui dispose d'un matériel plus performant et donc plus coûteux<sup>454</sup>. Aussi, la Cour EDH a eu l'occasion de se prononcer sur la question en estimant qu'est contraire à l'égalité des armes le fait de ne pas accorder à l'expert de la défense les mêmes prérogatives que celui cité par l'accusation<sup>455</sup>. Que penser alors du recueil de la preuve pénale dans le cadre de la coopération judiciaire ? Les autorités judiciaires ont accès à des mesures d'investigations transfrontières extraordinaires et un réseau dont la partie poursuivie est écartée. Cette exclusion ne constitue-t-elle pas une atteinte à l'égalité des armes ?

Monsieur Franklin Kutu, magistrat belge, souligne que d'une manière générale, il est difficile d'appliquer le principe de l'égalité des armes à la phase préparatoire au procès. En effet, la partie poursuivante agissant dans l'intérêt de la société et la partie poursuivie dans son intérêt personnel, l'égalité des armes n'emporte pas l'obligation de traiter les parties de manière rigoureusement identique et justifie que les autorités judiciaires bénéficient de

---

<sup>451</sup> CEDH, 27 oct. 1993, *Ankerl c. Suisse*, Recueil de arrêts et des décisions 1996-V, § 38.

<sup>452</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 425.

<sup>453</sup> J. R. SPENCER, «Evidence», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 632.

<sup>454</sup> C. CHAMPOD et J. VUILLE, Preuve scientifique en Europe - Admissibilité, appréciation et égalité des armes. Étude comparative sur la preuve scientifique établie pour le bureau du comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) du Conseil de l'Europe, CDPC (2010), mai 2010, p. 88. Cet inconvénient est également soulevé par J. R. SPENCER, précisant que les « batilles d'experts » ont pu être la source d'erreurs judiciaires, *ibid.*, p. 633.

<sup>455</sup> N. MOLE et C. HARBY, « Le droit à un procès équitable, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 51.

pouvoirs étendus<sup>456</sup>. Pourtant, l'aménagement des « pouvoirs d'investigations » de la défense lors de la phase pré-sententielle montre l'importance du respect d'un certain équilibre entre la partie poursuivante et la partie poursuivie dès les premiers stades du processus répressif<sup>457</sup>. Par exemple, pour compenser ce déséquilibre, la défense a la possibilité de demander au magistrat instructeur d'accomplir des mesures d'investigations supplémentaires. C'est le cas en Belgique, où l'inculpé peut demander au juge d'instruction une expertise ou une audition supplémentaire<sup>458</sup>, avant la clôture de l'instruction. En France également, les parties ont la possibilité de demander au juge d'instruction l'exécution d'actes comme un examen psychologique, ou « toutes mesures utiles »<sup>459</sup>. Au Royaume-Uni, la position égale de l'accusation et de la défense à l'audience donne une application du principe de l'égalité des armes réussie à cette étape. Bien que la position privilégiée de la police dans la recherche des preuves donne un avantage à l'accusation, les obligations d'enquêter à charge et à décharge, et de transmettre toutes les preuves à décharges recueillies<sup>460</sup>, auxquelles est soumise l'accusation, viennent participer au respect du principe. Par ailleurs, tous les intervenants au procès sont considérés comme des simples témoins, que ce soit les experts ou les policiers. Le juge n'est qu'un arbitre et tient ainsi compte du fait que les témoins des parties sont choisis parce qu'ils témoignent dans le sens de la partie soutenue<sup>461</sup>.

**62. Le respect du contradictoire dans l'administration de la preuve pénale.** Le respect du caractère contradictoire est également indispensable à l'équité de la procédure et découle du principe de l'égalité des armes<sup>462</sup>. En effet, le principe place les parties sur un pied d'égalité en leur permettant de défendre leurs intérêts et de s'opposer aux arguments de la partie adverse<sup>463</sup>. Les échanges d'une discussion contradictoire évitent ainsi qu'une partie se retrouve dans une situation nettement désavantageuse par rapport à l'autre. L'impact du principe au regard de l'administration de la preuve est considérable, son respect constituant

---

<sup>456</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 429. V. également en ce sens S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, *op. cit.*, p. 96.

<sup>457</sup> Le principe de l'égalité des armes « implique que les parties puissent participer à égalité à la recherche de la preuve », F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 435.

<sup>458</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 460.

<sup>459</sup> Art. 81 du CPP.

<sup>460</sup> M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1995, *op. cit.*, p. 140.

<sup>461</sup> *Ibid.*

<sup>462</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 560. V. également S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 508. : « Et il est vrai que si le contradictoire n'est pas expressément indiqué dans l'article 6, il se déduit nécessairement de l'égalité des armes, laquelle est comprise dans la racine *equus* de l'équité, de l'équilibre. »

<sup>463</sup> L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, LGDJ, 2008, p. 22.

la condition indispensable à la recevabilité de la preuve pénale<sup>464</sup>. En effet, toute présentation au juge d'une pièce, d'un document, d'une preuve par une partie, doit être portée à la connaissance de la partie adverse et librement discutée à l'audience<sup>465</sup>, le juge ne pouvant fonder une condamnation sur des éléments secrets<sup>466</sup>. En ce sens, le principe du contradictoire est la garantie d'une « défense entière »<sup>467</sup> : prendre connaissance des éléments de preuve avant l'audience permet à la défense d'organiser le mieux possible son argumentation pour réfuter et contrer les éléments avancés.

L'accusation ne peut bénéficier de l'avantage de la surprise et doit laisser à la défense la possibilité de préparer sa ligne de défense, afin de discuter et contredire les preuves à charge. De ce fait, la communication des preuves<sup>468</sup> doit intervenir durant la phase préparatoire au procès<sup>469</sup>, pour assurer un débat réellement contradictoire<sup>470</sup>. Dans les États continentaux, le respect du contradictoire va alors dépendre du Ministère public et du magistrat instructeur, car eux seuls sont chargés de recueillir les preuves. Le respect du principe se traduit alors principalement par l'accès au dossier et donc aux preuves recueillies par l'accusation. Cependant, cet accès au dossier ne doit pas entraver l'efficacité de l'enquête pénale et est donc étroitement encadré. Par exemple, en Belgique, l'information préliminaire n'est pas soumise au principe du contradictoire, tandis que lors de l'instruction, l'accès au dossier est possible<sup>471</sup>. En France, la situation est similaire puisque les avocats des parties ont accès au dossier d'instruction après la première audition<sup>472</sup>, et peuvent également obtenir une

---

<sup>464</sup> En France, la preuve déloyale rapportée par les parties privées est considérée comme recevable tant qu'elle est contradictoirement discutée à l'audience, cf. même Partie, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>465</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, req. n° 12952/87, Série A n° 262, § 63 : « le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter ».

<sup>466</sup> C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 4ème éd., Bruxelles, 2011, p. 51.

<sup>467</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 561.

<sup>468</sup> V. CEDH, 25 sept. 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX, § 67 : « Le principe de l'égalité des armes entre l'accusation et la défense, ainsi que le caractère contradictoire du procès, y compris au niveau procédural, constituent des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. Le droit à un procès pénal 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. En outre, l'article 6 § 1 contient l'obligation pour les autorités de poursuite de communiquer à la défense tous les éléments importants, à charge ou à décharge ». La communication des preuves fera l'objet d'une étude plus approfondie dans le Titre 2.

<sup>469</sup> Le principe n'est cependant pas de portée absolue, l'équité de la procédure peut être préservée malgré la non-communication d'une pièce ou l'absence de discussion, mais uniquement dans la mesure où cette faculté n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige et où la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion, v. CEDH, 18 oct. 2007, *Asnar c. France*, req. n° 12316/04, § 26.

<sup>470</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 564.

<sup>471</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 281 et 452 et s.

<sup>472</sup> Audition par le juge d'instruction.

copie « de tout ou partie des pièces et actes du dossier »<sup>473</sup>. C'est généralement l'avocat de la défense qui bénéficie effectivement de ce droit, mais si l'accusé choisit de se défendre seul, il a alors la possibilité d'obtenir une copie du dossier pour organiser sa défense<sup>474</sup>. Au Royaume-Uni, le respect du contradictoire est assuré par le mécanisme de *disclosure*<sup>475</sup>. Cette phase de « révélation » ou d'échange des éléments recueillis en vue de la préparation du procès, permet à la défense de se préparer en connaissance de cause<sup>476</sup>.

Sur la question de la recevabilité des preuves, le respect du contradictoire est primordial. En effet, l'échange préalable en vue d'assurer l'effectivité du contradictoire permet à la défense de prendre connaissance des éléments en possession de l'accusation et ainsi de contester ceux qui auraient été illégalement obtenus. Non seulement l'accès au dossier permet à la défense de réunir des preuves pour réfuter les arguments qui seront avancés à l'audience, mais il permet également d'enclencher la purge des preuves illégalement obtenues en demandant leur exclusion du dossier<sup>477</sup>, notamment en cas de violation des droits de la défense dans la phase de recherche et de recueil de la preuve pénale.

## B. L'influence des droits de la défense sur la recherche de la preuve

**63. Définition du concept**<sup>478</sup>. Parmi les composantes du droit à un procès équitable, le respect de l'égalité des armes entre les parties et de la présomption d'innocence est d'une importance cruciale pour la défense, en ce que ces principes façonnent l'entière matière probatoire, principalement au regard de l'administration de la preuve. La défense bénéficie cependant de droits plus spécifiques, également protégés par l'article 6 de la Convention EDH. Les droits de la défense sont « florilège de prérogatives permettant à la personne poursuivie ou seulement mise en cause d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal »<sup>479</sup>. Le suspect, puis l'accusé, peut bénéficier de l'assistance d'un avocat, qui veillera à la sauvegarde de ses droits. Pour ce faire, il doit être informé des faits qui lui sont reprochés,

---

<sup>473</sup> Art. 114 du CPP.

<sup>474</sup> Crim. 12 juin 1996, *Bull. crim.* 1996, n°248, p. 749, pourvoi n° 96-80.219.

<sup>475</sup> Divulgarion, révélation, en l'occurrence, communication des pièces, v. J.-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2011, *op. cit.*, v° disclosure. Ce point sera envisagé plus en détail dans la même Partie, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>476</sup> I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 351 et s.

<sup>477</sup> « Le prévenu doit pouvoir se défendre tant à propos des éléments de preuve contenus dans le dossier qu'à propos de la manière avec laquelle ces éléments ont été recueillis », F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 573.

<sup>478</sup> V. sur les droits de la défense Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris, Dalloz, 2013.

<sup>479</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 345.



et disposer du temps suffisant pour organiser sa défense<sup>480</sup>. Par ailleurs, tout au long de la procédure, il a le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ce qui inclut le droit de garder le silence mais implicitement, le droit de ne pas dire la vérité.

Ces droits sont unanimement garantis dans les États membres concernés et ont une importance considérable dans les premiers stades du processus judiciaire, s'imposant aux autorités enquêtrices en conditionnant la recherche et le recueil de la preuve pénale. Leur violation peut ainsi entraîner l'exclusion des preuves recueillies. Seront envisagés plus en profondeur le droit au silence (1), le droit à l'assistance d'un avocat (2) et d'un interprète (4), ou encore le droit à faire interroger des témoins à charge et à décharge dans les mêmes conditions (3).

#### 1. Le droit au silence et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

**64. L'importance du respect du droit au silence.** Le droit au silence s'est développé en Europe concomitamment au rejet de la torture judiciaire, dans les procédures de *common law* d'abord, puis plus lentement dans les États continentaux<sup>481</sup>. S'il n'est pas expressément mentionné par l'article 6 de la Convention EDH, la Cour a affirmé que le droit de se taire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination découlent du droit au procès équitable<sup>482</sup>, déduisant le droit de se taire du respect de la présomption d'innocence<sup>483</sup>. Ce sont des normes internationales universellement<sup>484</sup> reconnues, et « leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires »<sup>485</sup>. Ainsi, les autorités enquêtrices ne peuvent forcer le suspect ou l'accusé à faire des déclarations qui pourraient l'incriminer. De même, des déclarations obtenues grâce à des violences ou des menaces ne sauraient être utilisées par le juge pénal sous peine de porter atteinte à l'équité de la procédure<sup>486</sup>. Outre le respect de la

---

<sup>480</sup> CEDH, 19 oct. 2004, *Makhfi c. France*, req. n° 59335/00.

<sup>481</sup> D. CHALUS, « La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », *Revue Juridique Thémis*, 43-2, 2009, p. 338 et s.

<sup>482</sup> M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2007, p. 84. Pour la première affaire consacrant le droit de se taire comme compris dans la notion de procès équitable, v. CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c. France*, req. n° 10828/84, *Série A* n° 256-A, § 44.

<sup>483</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1133.

<sup>484</sup> L'article 14 § 3 g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme le droit « à ne pas être forcé de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

<sup>485</sup> CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, req. n° 19187/91, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996-VI, § 68 ; v. aussi CEDH, 8 fév. 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 14310/88, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996-1, § 45.

<sup>486</sup> CEDH, 11 juil. 2006, *Jallob c. Allemagne*, req. n° 54810/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-IX.

tactique de défense que le silence du suspect ou de l'accusé peut suivre<sup>487</sup>, garantir le droit de se taire à la défense est un gage de qualité des preuves obtenues et plus précisément des aveux, exempts de tout vice et fiables.

**65. L'énoncé du droit au silence.** Plus délicate est la question de l'énoncé du droit au silence, conditionnant l'exercice effectif de ce droit par la défense. Aux Etats-Unis, le célèbre Miranda warning<sup>488</sup>, « *You have the right to remain silent, anything you say or do can and will be held against you in a court of law*<sup>489</sup> », suit immédiatement toute arrestation et l'énoncé du droit au silence est indispensable à la régularité de la mesure. En Europe, il n'existait pas de « pack Miranda » équivalent dans tous les États membres, situation à laquelle la directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales semble remédier<sup>490</sup>. En Belgique, depuis 2011, le suspect auditionné, qu'il soit privé de liberté ou non, est informé du droit de se taire<sup>491</sup>. En France, le chemin vers l'énoncé au droit au silence a été chaotique. Après l'introduction de l'obligation à l'énoncé du droit au silence par la loi du 15 juin 2000, cette obligation d'information a été d'abord remplacée par la faculté de parler, avant d'être purement et simplement abrogée en 2003, pour toute personne placée en garde à vue<sup>492</sup>. Cette situation, en totale rupture avec l'esprit de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, a rapidement été désignée comme violant le droit au procès équitable par la Cour EDH, poussant ainsi le législateur français à modifier à nouveau ce régime en 2004. Par ailleurs, la prévisible décision *Brusco* est venue condamner la France pour avoir utilisé des déclarations faites par un suspect en garde à vue, sans avoir pu bénéficier de l'assistance d'un avocat et après avoir prêté serment, ce qui constituait une violation flagrante du droit à ne pas s'auto-incriminer<sup>493</sup>. Au Royaume-Uni enfin, le droit au silence doit être notifié au

---

<sup>487</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 488.

<sup>488</sup> Dans sa décision *Miranda v. Arizona* du 13 juin 1966, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que toute personne arrêtée devait être pleinement et effectivement informée de ses droits dont le droit de se taire. Toute déclaration du suspect faite sans qu'il ait eu connaissance de ses droits est alors inadmissible et ne peut être utilisée par l'accusation, *Miranda v. Arizona*, 354 U.S. 46 (1966)

<sup>489</sup> Vous avez le droit de garder le silence, tout ce que vous direz ou ferez peut et sera retenu contre vous devant une cour.

<sup>490</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE n° L 142, du 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 1. L'article 3 énonce que les États membres doivent veiller à ce que les suspects et personnes poursuivies reçoivent rapidement des informations relatives à certains droits procéduraux énoncés, dont le droit de garder le silence.

<sup>491</sup> Art. 47 *bis*, § 2 et § 3 du CIC.

<sup>492</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 519.

<sup>493</sup> CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07, § 50 : « Dans ces circonstances, la Cour estime que lorsque le requérant a été placé en garde à vue et a dû prêter serment « de dire toute la vérité, rien que la vérité », celui-ci faisait l'objet d'une « accusation en matière pénale » et bénéficiait du droit de ne pas

suspect par les policiers dès l'arrestation : s'il est mentionné au suspect qu'il a le droit de ne rien dire, il est également informé du fait que son silence pourra éventuellement et sous certaines conditions lui porter préjudice devant un juge pénal<sup>494</sup>.

**66. Les conclusions tirées du silence de l'accusé.** Lorsqu'un suspect exerce son droit de se taire, dans les systèmes où la prise de décision est fondée sur l'intime conviction, le juge et les jurés vont pouvoir interpréter ce silence et lui donner une signification<sup>495</sup>. L'attitude négative de l'accusé risque de lui être ainsi préjudiciable<sup>496</sup>. Au Royaume-Uni, cette question est précisément règlementée. Le *Criminal Justice and Public Order Act 1994* prévoit quelques cas dans lesquelles des conclusions négatives peuvent être tirées du silence de l'accusé<sup>497</sup> : par exemple, lorsque l'accusé omet de mentionner des faits lors des interrogatoires, ou lorsqu'il refuse de justifier la possession d'objets ou substances liés à l'infraction<sup>498</sup>. Cependant, ce silence ne peut être automatiquement interprété comme une preuve de la culpabilité de l'intéressé. La Cour de Strasbourg n'interdit pas les présomptions défavorables déduites de refus de l'accusé de répondre aux questions lors d'un interrogatoire ou d'un procès, tant que ce silence ne représente pas l'unique ou l'essentielle preuve sur laquelle la décision est fondée<sup>499</sup>.

---

contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence garanti par l'article 6 §§ 1 et 3 de la Convention. »

<sup>494</sup> Police and criminal evidence Act 1984, Code C – Code of practice for the detention, treatment, and questioning of persons by police officers, Sect. 10.4 : « *You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence.* »

<sup>495</sup> N. MOLE et C. HARBY, « Le droit à un procès équitable, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 50. V. également S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, et al., *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 2007, *op. cit.*, p. 914. : « il faut tenir compte du fait que le silence ne peut pas ne pas influencer les juges dans leur opinion sur la culpabilité de l'accusé silencieux ».

<sup>496</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1139.

<sup>497</sup> Cette situation est désignée par le terme « *adverse inference* », G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 449.

<sup>498</sup> Pour un énoncé clair des conséquences du silence du suspect, v. M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 76 et s.

<sup>499</sup> CEDH, 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, req. n°14310/88, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996-I § 47 : « D'une part, il est manifestement incompatible avec les interdictions dont il s'agit de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer. D'autre part, il est tout aussi évident pour la Cour que ces interdictions ne peuvent et ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge. »

## 2. Le droit à l'assistance d'un avocat

**67. Un soutien juridique et humain.** Le droit à l'assistance d'un avocat a été un sujet abondamment débattu ces dernières années. En effet, si l'article 6 § 3 b) de la Convention EDH garantit à l'accusé le droit de se défendre lui-même ou de se faire assister par un avocat, gratuitement s'il n'en a pas les moyens, la mise en œuvre de ce principe variait considérablement d'un État à un autre. Les récents développements en la matière, sous l'impulsion de la Cour EDH mais également du législateur de l'Union, ont quelque peu réduit le fossé qui existait entre les systèmes nationaux<sup>500</sup>.

La nécessité de l'assistance d'un avocat pour garantir une procédure équitable n'est plus à démontrer, celui-ci étant considéré comme « un mécanisme essentiel du rouage judiciaire »<sup>501</sup>. Le professionnel du droit représente un rempart contre l'accusation, apportant assistance au mis en cause se trouvant dans la situation vulnérable qu'est celle de l'accusé. L'avocat aide et assiste son client tout au long de la procédure judiciaire<sup>502</sup> et le conseille dans l'exercice de ses droits<sup>503</sup>. Cette assistance doit être effective et se dérouler dans des conditions qui garantissent le droit au procès équitable. L'efficacité de ses démarches est souvent essentielle pour son client et son implication dans certaines affaires où ses compétences professionnelles peuvent être la clé d'une décision de justice favorable. Mais plus important encore, l'avocat va le soutenir dans l'épreuve que peuvent représenter des poursuites pénales. S'il n'est pas l'ami de son client, il reste un interlocuteur privilégié, voire son confident et l'avocat a besoin d'un sens de l'humain, du contact et de la répartie pour l'assister le mieux possible<sup>504</sup>.

**68. Les missions de l'avocat au regard de la recherche des preuves.** Concernant la preuve pénale, la mission de l'avocat est primordiale et présente plusieurs facettes<sup>505</sup>. Il a d'abord un rôle en amont, durant la phase des investigations et du recueil des preuves. De ses premières discussions avec le suspect, l'avocat peut extraire des informations

---

<sup>500</sup> Les évolutions jurisprudentielles nationales et européennes ainsi que les modifications législatives en découlant seront longuement abordées dans la Deuxième Partie, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>501</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 432.

<sup>502</sup> La défense pénale n'est plus limitée au seul procès pénal mais s'étend à la phase préparatoire au procès pénal, dès les premiers stades des investigations.

<sup>503</sup> Sur le rôle et les missions de l'avocat, v. A. SAUGERAS, *Les acteurs de la justice*, Paris, Particulier et Finances Éditions, 2010, p. 40 et s.

<sup>504</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 313.

<sup>505</sup> Dans sa décision *Dayanan c. Turquie*, la Cour EDH précise que la mission de l'avocat recouvre « 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 », CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, requête n°7377/03, § 32.

déterminantes pouvant mener au recueil d'éléments de preuves à décharge<sup>506</sup>. En effet, dans les pays de tradition inquisitoire, il participe indirectement à la recherche des preuves et à la constitution du dossier d'instruction en demandant au magistrat instructeur d'effectuer des mesures supplémentaires<sup>507</sup>. Cette mission est cependant totalement dépendante de la décision du juge d'instruction, et le rôle enquêteur de l'avocat est alors grandement limité<sup>508</sup>. Au Royaume-Uni en revanche, l'aide de l'avocat durant la phase d'investigation prend toute son ampleur, les parties étant traditionnellement seules chargées de la recherche des preuves<sup>509</sup>.

A côté de cette défense « active », il a une mission de défense « passive », dans le sens où il va constituer le bouclier du suspect. L'avocat est l'assurance qu'aucune pression n'a été exercée contre le suspect pour extorquer des aveux, qu'il n'a pas été maltraité dans le but d'obtenir un renseignement quelconque. Il va s'assurer que les autres droits fondamentaux du suspect sont respectés et prévenir les risques d'auto-incrimination<sup>510</sup>. Par ailleurs, son statut privilégié protège certaines données que les enquêteurs auraient pu recueillir et utiliser à l'audience comme les communications qu'il a pu entretenir avec son client<sup>511</sup>. L'intervention de l'avocat est particulièrement délicate dans cette phase policière, période charnière durant laquelle le suspect est le plus vulnérable et les preuves recueillies déterminantes. En affirmant que les droits de la défense s'exerçaient dès la phase pré-sententielle<sup>512</sup>, la Cour de Strasbourg a étendu l'assistance de l'avocat aux phases d'enquête, dès les premiers interrogatoires de la police<sup>513</sup>. Mais la Cour EDH a véritablement commencé le bras de fer avec les législateurs nationaux avec le retentissant arrêt *Salduz c. Turquie*, qu'elle accompagna de la décision *Dayanan c. Turquie*. Par ces deux arrêts, la Cour exige une interprétation et une application précises de l'assistance de l'avocat. Or, la durée et

---

<sup>506</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*

<sup>507</sup> Art. 82-1 du CPP français, et art. 61quinquies du CIC belge.

<sup>508</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 580.

<sup>509</sup> J. R. SPENCER, «Evidence», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 625. L'auteur souligne néanmoins que ce système est moins favorable à l'accusé que ce qu'il n'y paraît, la défense n'ayant que peu de moyens de recueillir des preuves par rapport à la police.

<sup>510</sup> En conseillant à son client de ne pas répondre à certaines questions mal formulées ou imprécises par exemple.

<sup>511</sup> Plusieurs exemples : les perquisitions dans les cabinets d'avocat sont soumises à un régime particulier, v. CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c. Allemagne*, Série A n°251-B ; de même que la surveillance des contacts d'un détenu avec son défenseur constitue une grave ingérence dans l'exercice des droits de la défense, CEDH, 31 jan. 2002, *Lanz c. Autriche*, req. n° 24430/94, § 50 et s.

<sup>512</sup> CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n°46221/99, Série A n°275.

<sup>513</sup> CEDH, 8 fév. 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n°18731/91, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996-1, §66 : « Dans ces conditions, la notion d'équité consacrée par l'article 6 (art. 6) exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police. Dénier cet accès pendant les quarante-huit premières heures de celui-ci, alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est - quelle qu'en soit la justification - incompatible avec les droits que l'article 6 (art. 6) reconnaît à l'accusé » ; v. aussi CEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, *Recueil des arrêts et des décisions* 2005-IV, § 131 et s.

la fréquence des concertations confidentielles accordées ou les pouvoirs effectifs de l'avocat durant les interrogatoires, ses interventions, sont encadrés par des législations nationales parfois divergentes, qui ont récemment du s'adapter à cette révolution<sup>514</sup>.

Enfin, l'avocat a une mission de défense « réactive ». Il endosse le rôle de « l'effronté » qui ose passer au peigne fin le travail effectué par les autorités judiciaires lors des investigations. Dans des conditions strictement définies, il a la possibilité de contester les actes d'instruction qu'il estime illégaux, parce qu'ils violent les règles procédurales ou les droits fondamentaux de l'accusé. Ces actes pourraient alors être annulés et les preuves recueillies exclues du dossier présenté à l'audience de jugement.

### 3. Le droit à l'audition de témoin

**69. La présentation de preuves testimoniales par la défense.** Selon l'article 6 § 3 d) de la Convention EDH, l'accusé a le droit d'interroger ou de 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. Ce principe participe au respect du droit à une procédure contradictoire et à l'égalité des armes<sup>515</sup> : l'accusé doit avoir alors l'occasion de contester et réfuter les déclarations des témoins, et d'avancer les preuves de son innocence avec les mêmes facilités que l'accusation. Si ce concept est complètement intégré dans le système procédural du Royaume-Uni<sup>516</sup>, les États de tradition inquisitoire ont eu quelques réticences à accepter l'intervention de l'accusé dans la matière probatoire. Ainsi, suite à plusieurs condamnations de la Cour EDH, la Cour de cassation française s'est inclinée en censurant le refus des juridictions du fond d'accorder l'audition de deux témoins cités par la défense<sup>517</sup>. Par ailleurs, la Cour ne s'attache pas à la définition que les États donnent à « témoin », celle-ci étant autonome en droit européen<sup>518</sup>, ce qui peut s'avérer plus favorable à la défense.

**70. Les limites du droit à l'audition.** Ce droit n'est cependant pas absolu. La personne mise en cause pourrait abuser de ce privilège et compromettre le bon déroulement

---

<sup>514</sup> Cf. § n° 440 et s.

<sup>515</sup> C'est un aspect particulier du principe du contradictoire, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 488.

<sup>516</sup> À travers la procédure de *cross-examination* (contre-interrogatoire).

<sup>517</sup> La Cour de cassation et la construction juridique européenne, Publications de la Cour de Cassation, Rapport annuel 2006, La documentation française, p. 179-180.

<sup>518</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 545. Elle « s'entend de toute personne dont les dires sont portés à la connaissance des juges et dont ceux-ci tiennent compte pour fonder la condamnation », F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 488.

des investigations et de l'audience. Ainsi, le juge décide souverainement de l'opportunité d'accéder ou non à la demande<sup>519</sup>, de manière à préserver les droits de la défense et l'efficacité de l'action de l'accusation<sup>520</sup>. Par ailleurs, certaines personnes ne peuvent témoigner, souvent la famille proche du suspect est exemptée. Enfin, l'impossibilité de témoigner pour certaines personnes prive l'accusé de l'exercice de ce droit. C'est le cas des témoins décédés avant l'audience ou atteints d'une maladie les empêchant physiquement de venir témoigner. Dans les affaires plus complexes de grande criminalité, comme le trafic de stupéfiants par exemple, certains témoins, craignant des représailles, refusent d'être identifiés par le suspect et donc de participer à un contre-interrogatoire ou d'assister à l'audience. La Cour EDH a eu l'occasion de s'exprimer sur ce cas et n'a pas censuré l'usage de témoignages anonymes dans la preuve d'une infraction mais en a posé les conditions<sup>521</sup>, comme la garantie d'éléments compensateurs à la restriction du droit en question. De plus, outre un motif sérieux justifiant l'absence de témoin, la condamnation ne peut se fonder uniquement ou dans une mesure déterminante sur les déclarations de témoins anonymes que si les garanties procédurales apportées en contrepartie sont solides<sup>522</sup>.

#### 4. Le droit à l'assistance d'un interprète

**71. La nécessité pour le suspect de comprendre la procédure.** Il semble évident que pour permettre au suspect de jouir pleinement des droits qui lui sont accordés, il doit comprendre ce que les autorités judiciaires lui disent. La portée de ce droit ne vise donc pas seulement la phase sententielle mais également les investigations. L'interprétation gratuite ou la traduction concerne alors les actes de la procédure engagée contre lui<sup>523</sup>, mais également les questions orales. En effet, si lors d'un interrogatoire, le suspect n'est pas en mesure de comprendre parfaitement les questions posées, les réponses obtenues ne peuvent être considérées comme fiables et donc ne constituent pas des preuves valables. Cette exigence est dans l'intérêt non seulement de la défense mais également des enquêteurs qui ne peuvent se contenter d'informations approximatives ou fausses. En revanche, l'exercice de ce droit n'est pas absolu. En effet, ce droit n'implique pas « une traduction écrite de toute preuve

---

<sup>519</sup> Ibid.

<sup>520</sup> En Belgique, par exemple, « les témoins pour et contre seront entendus, s'il y a lieu », art. 190 du CIC.

<sup>521</sup> CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c. Pays-Bas*, req. n° 20524/92, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II ; CEDH, 23 avril 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. n° 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III.

<sup>522</sup> CEDH, 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*, req. n° 26766/05 et 22228/06, *Recueil des arrêts et décisions* 2011, § 147. V. également le commentaire de cette décision, O. MICHIELS, «Le principe de la preuve unique ou déterminante», *Rev. Trim. D.H.*, n° 91, 2012, p. 693.

<sup>523</sup> CEDH, 28 nov. 1978, *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, req. n° 6210/73, 6877/75 et 7132/75, *Série A*, n°29, § 48.

documentaire ou pièce officielle du dossier »<sup>524</sup> mais seulement les documents essentiels à la procédure. Le droit à l'interprétation et à la traduction a récemment été renforcé au niveau de l'Union européenne<sup>525</sup>.

À titre d'exemple, la situation dans deux États membres peut être présentée. Dans un État multilingue comme la Belgique, le droit à l'interprétation et à la traduction prend toute son ampleur<sup>526</sup>. L'article 31 de la loi du 15 juin 1935 prévoit que le prévenu jouit de la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix et ceci pour tous les interrogatoires, devant toutes les juridictions<sup>527</sup>. Si, l'article 282 du CIC ne prévoit l'assistance gratuite d'un interprète que pour les procédures devant la Cour d'assises, ce principe peut pourtant être mis en œuvre dans d'autres circonstances, comme lors des auditions devant le juge d'instruction<sup>528</sup>. En Espagne, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète est un droit protégé par l'article 17.3 de la Constitution, garantissant l'énoncé « compréhensible » de ses droits dès le début de sa détention. Cependant, ce droit ne se limite pas à ce cas précis et s'étend par exemple aux entretiens avec l'avocat de la défense, et aux interrogatoires<sup>529</sup>.

**72. Conclusion du paragraphe 2.** L'influence du droit à une procédure équitable sur la gestion de la preuve pénale est indéniable. En effet, certaines composantes nécessaires au maintien de l'équité procédurale guident et règlementent indirectement la recherche et l'obtention de la preuve. C'est le cas des droits dont bénéficie la défense dès les premiers stades des investigations judiciaires : pour illustration, le droit de se taire bride les élans des autorités policières, forcées de respecter le silence du suspect si tel est son choix, celles-ci ne pouvant le forcer à parler afin de recueillir des déclarations qui pourraient constituer des éléments de preuve. Plus généralement, le droit au procès équitable gouverne l'administration de la preuve, de la phase de recueillement à la présentation devant le juge pénal, toute violation grave à ce principe à un stade quelconque de la procédure pouvant conduire à l'exclusion de la preuve par le juge pénal.

---

<sup>524</sup> CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c. Autriche*, req. n° 9783/82, *Série A*, n°168, § 74.

<sup>525</sup> Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 280, du 26 oct. 2010, p. 1.

<sup>526</sup> Au sujet de l'emploi des langues en matière répressive, v. H-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 2008, *op. cit.*, p. 114 et s. .

<sup>527</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1231.

<sup>528</sup> Art. 47 *bis* §1 5. du C.I.C.

<sup>529</sup> X. ABEL LUC, M. RICHARD GONZÁLEZ (dir), *Estudios sobre prueba penal*, Volumen I, *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, 1<sup>ère</sup> éd., Madrid, LA LEY, 2010, p. 388 et s.



**73. Conclusion de la section 2.** L'étude des sources du développement du droit à un procès équitable et de l'impact du principe sur la matière probatoire montre distinctement comment la recherche d'un modèle procédural unique, le procès équitable, a conduit au rapprochement des législations nationales au regard de la protection des droits procéduraux dans l'administration de la preuve pénale<sup>530</sup>. En effet, l'importance grandissante des instruments supranationaux protégeant les droits fondamentaux de la personne poursuivie a réduit la marge de manœuvre des États<sup>531</sup>, tenus de respecter leurs engagements internationaux et européens. S'est ainsi développé un modèle de procédure équitable, soucieux du respect des droits des parties et plus particulièrement de la défense. Ce modèle déborde la phase du procès et s'étend à la phase préparatoire, influençant par conséquent significativement les règles relatives à l'obtention de la preuve, à sa communication et sa présentation au juge pénal. Cette situation témoigne de la convergence et donc des similitudes non négligeables entre les régimes probatoires des États membres.

**74. Conclusion du chapitre 1.** Poussés par le besoin de se doter d'une meilleure justice répressive, équilibrée et équitable, les régimes procéduraux nationaux se sont progressivement rapprochés en Europe, tout du moins dans les grandes caractéristiques<sup>532</sup>. La recherche d'une procédure équilibrée s'est faite au moyen d'une mise en balance de concepts et d'intérêts. Une mise en balance des avantages et inconvénients des systèmes accusatoire et inquisitoire d'une part, conduisant au dépassement de la distinction vers une procédure mixte et contradictoire<sup>533</sup>. D'autre part, sont mis en balance l'efficacité de la procédure répressive, nécessaire à la protection des intérêts de la société et à la sécurité des individus, et la sauvegarde de valeurs dans une société démocratique, par la protection des droits et libertés fondamentales des individus, plus particulièrement des suspects. Ces mouvements de rééquilibrage perpétuels se retrouvent dans les États membres étudiés, transcendant ainsi la distinction entre les systèmes de *common law* et ceux de droit continental. À cette dynamique de convergence s'ajoute « l'européanisation » du modèle procédural

---

<sup>530</sup> Sur la reconnaissance de principes directeurs de la procédure pénale conventionnellement reconnus et son influence sur l'administration de la preuve, v. K. MARTIN-CHENUT et F. DE MELO E SILVA, «La contitutionnalisation/conventionnalisation de la preuve», in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 32 et s.

<sup>531</sup> A. EPINEY, «Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences», in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 148.

<sup>532</sup> A. JACOBS, «Petit tour du monde du contradictoire», in C. RIBEYRE (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal : nouvelles perspectives*, Paris, Cujas, 2012, p. 25.

<sup>533</sup> J. PRADEL souligne que le classement de modèles juridiques en matière pénale ne peut plus se fonder sur la distinction faite entre systèmes accusatoire et inquisitoire, caractéristiques des États de *common law* et des États de tradition romano-germanique. Il préfère alors distinguer les modèles autoritaires fondé sur la confiance absolue dans la répression, des modèles libéraux, plus méfiants à l'égard de la répression. V. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 715 et s.

équitable par l'affirmation de principes fondamentaux relatifs au procès pénal à un niveau supranational, dont les composantes ont fortement influencé l'évolution des règles procédurales au niveau national. Le respect de principes universels des premiers stades du processus judiciaire jusqu'à la phase sententielle ont inévitablement eu des conséquences au regard de l'administration de la preuve, participant un peu plus au rapprochement des régimes probatoires nationaux. Cette convergence est sans conteste propice à l'épanouissement de la coopération judiciaire en matière pénale et à la recevabilité des preuves pénales recueillies à l'étranger. Il convient alors de vérifier ce constat dans le chapitre suivant.

## Chapitre 2 : La convergence des régimes nationaux vers la libre admissibilité de la preuve pénale

**75. Enjeu des différences.** La protection accrue des droits individuels et libertés fondamentales des individus a participé à la convergence des régimes probatoires vers une justice plus équitable, plus humaine, et moins arbitraire. Pour autant, le droit de la preuve ne se résume pas à l'étendue de la protection des garanties procédurales et leur reconnaissance uniformisée n'emporterait pas automatiquement l'homogénéité des règles applicables en matière probatoire. En effet, d'autres considérations affectent la matière. La pratique judiciaire et la difficulté de prouver l'infraction pénale, l'évolution des moyens techniques et l'introduction de la science en matière répressive ou encore l'importance des héritages procéduraux dans l'appréhension de l'écrit et de l'oral, sont autant de facteurs conduisant éventuellement les États à adopter des positions divergentes à l'égard de l'admissibilité des moyens de preuve. Pourtant, dans un contexte infractionnel transnational, la poursuite pénale effective ne saurait souffrir d'une trop grande hétérogénéité des régimes nationaux. Des différences significatives constitueraient un frein à la coopération judiciaire et à la circulation des preuves : l'inadmissibilité d'un moyen de preuve dans l'État de poursuite rendrait impossible sa production à l'audience et par conséquent, son transfert inutile.

**76. Admissibilité et recevabilité.** Les questions de l'admissibilité et de la recevabilité de la preuve sont souvent indifférenciées selon les auteurs ou les États concernés : dans les deux cas, il s'agit de délimiter le domaine des preuves qui pourront être utilisées au procès pénal. Elles seront pourtant abordées distinctement ici, l'analyse comparative se prêtant particulièrement à la différenciation des termes. L'admissibilité renvoie à la nature même du moyen de preuve : c'est la vocation à être pris en considération comme élément de preuve<sup>534</sup>. Plus précisément<sup>535</sup>, une preuve inadmissible, qu'elle soit recueillie dans le respect des droits fondamentaux ou non, ne pourra être versée au dossier ni présentée à l'audience car elle n'est

---

<sup>534</sup> F. KÉFER, «L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal», *Revue de droit social*, n° 2, 2013, p. 199.

<sup>535</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*

pas « reconnue » comme telle<sup>536</sup>. L'admissibilité est ainsi la condition de la recevabilité. La recevabilité renvoie à la régularité de la preuve et à sa faculté à être effectivement appréciée par le juge pénal. La notion est inévitablement liée au contexte dans lequel le moyen de preuve a été obtenu et au respect de la légalité matérielle et formelle régissant sa recherche et son administration. Si la preuve recevable doit nécessairement être admissible, la preuve peut être admissible mais irrecevable<sup>537</sup> : la méconnaissance des règles relatives à sa recherche, son administration et sa production devant le juge pénal, conduisent à son exclusion. La recevabilité est ainsi décidée par une autorité juridictionnelle, après examen formel et matériel<sup>538</sup>. La recevabilité étant dépendante de l'admissibilité, il convient donc d'examiner cette dernière en premier lieu.

**77. Liberté de la preuve pénale.** En matière pénale, il est souvent affirmé que la preuve est libre. Cette assertion, si elle ne sera pas contredite ici, mérite cependant d'être précisée : en matière pénale, l'admissibilité de la preuve est libre. En effet, tout moyen de preuve peut en théorie être produit devant une juridiction de jugement<sup>539</sup>. Alors que la libre admissibilité de la preuve pénale n'était pas un principe uniformément reconnu en Europe, la modernisation de la procédure pénale a conduit à un rapprochement clair des situations nationales vers la consécration quasi totale de la liberté dans la production de la preuve (Section 1). Le recul des moyens de preuves inadmissibles s'est accompagné d'une évolution des moyens de preuves admissibles, se traduisant tant par la modernisation des moyens de preuves traditionnels que par l'apparition de nouveaux moyens de preuves (Section 2).

## Section 1 : Vers l'uniformisation de la libre admissibilité des preuves

**78. Liberté ou légalité de la preuve.** Selon la définition proposée par Monsieur le Professeur Cornu, est considéré comme admissible ce qui, en vertu de la loi, peut être proposé en preuve par un plaideur au soutien de ce qu'il allègue<sup>540</sup>. Le juge ne peut l'écarter a priori. Sur la question de l'admissibilité de la preuve, deux conceptions s'opposent : celle dite de la « liberté de la preuve », ne prévoyant pas de véritable limite à l'admissibilité, et celle dite

---

<sup>536</sup> Par exemple, dans le cadre d'un système de preuve légale, lorsque la loi prévoit que seules les déclarations orales sont admissibles, un procès-verbal d'audition serait considéré comme une preuve inadmissible.

<sup>537</sup> En revanche, la preuve inadmissible est forcément irrecevable.

<sup>538</sup> V. Titre 2 de la même partie.

<sup>539</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 568.

<sup>540</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*

de la « légalité de la preuve », plus rigoureuse. Bien que l'admissibilité légale de la preuve se soit adaptée à la réalité criminelle et montre plus de flexibilité qu'autrefois, la plupart des États ont opté pour la libre admissibilité de la preuve (§ 1), réduisant considérablement la catégorie des preuves inadmissibles (§ 2).

### § 1 : La consécration du principe de la libre admissibilité de la preuve

**79. Preuve morale et preuve légale.** La libre admissibilité des moyens de preuves est un « principe fondamental de la théorie de la preuve », selon lequel les parties bénéficient d'une totale liberté dans le choix des moyens de preuve qui seront présentés devant le juge, quel que soit le fait à prouver<sup>541</sup>. À ce système « des preuves morales » s'oppose traditionnellement celui « des preuves légales », selon lequel la décision du juge est nécessairement liée aux moyens de preuves rapportés.

L'application effective de la légalité dans l'admissibilité de la preuve pénale paraît particulièrement malaisée, les spécificités de la matière ne pouvant supporter que les moyens de preuves admissibles à la disposition des parties soient bridés. Ainsi, les quelques régimes attachés au système de preuves légales prévoient de nombreuses exceptions, supplantant l'opposition classique entre liberté et légalité (A). Pourtant, si la liberté des moyens de preuves admissibles est majoritairement reconnue, son application n'est pas complètement uniforme dans tous les États membres (B).

#### A. Liberté ou légalité de la preuve : une opposition dépassée

Au sujet de la preuve, la matière pénale s'oppose traditionnellement à la matière civile : la liberté de la preuve caractérise la première, tandis que la légalité régirait la procédure de la seconde<sup>542</sup>. Cette distinction s'est brouillée et si aujourd'hui, la matière civile ne présente que de vestiges du principe de légalité, la liberté en matière pénale guide toujours l'admissibilité des preuves dans la plupart des États.

En effet, la liberté des moyens de preuves admissibles est particulièrement adaptée à la spontanéité de l'infraction pénale et en devient un principe nécessaire (1). En témoigne l'interprétation faite par les juridictions des États consacrant la « légalité de la preuve », se rapprochant généralement du principe de liberté (2)

---

<sup>541</sup> J. PATARIN, «Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal», in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956, p. 44.

<sup>542</sup> R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Swinnen, 1988, p. 43. V. également A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, 2010, p. 159 et s.

## 1. La liberté de moyens de preuves admissibles : un principe nécessaire

**80. La nécessaire flexibilité de la preuve en matière pénale.** Si son application ne peut être absolue, la liberté dans l'admissibilité de la preuve est un des principes essentiels et généraux<sup>543</sup> régissant la preuve pénale. À ce statut fondamental, plusieurs raisons.

La première tient à la nature même de l'infraction pénale et à sa spontanéité. Le plus souvent, à la différence du droit civil, l'instantanéité de l'infraction empêche la pré-constitution de preuve<sup>544</sup>. Les atteintes à la loi sont en général des faits juridiques et non des actes juridiques<sup>545</sup> : si la violation est intentionnelle de la part de l'auteur, les effets de droits conséquents, comme la condamnation pénale, ne le sont pas. Aussi, il ne s'agit pas de trancher un litige entre deux personnes concernant l'acte convenu entre elles, mais pour l'accusateur de prouver l'existence des éléments constitutifs d'une infraction, d'une atteinte aux intérêts de la société. Et cette tâche ne sera bien sûr pas facilitée par l'auteur de l'infraction : il va généralement chercher à dissimuler l'infraction elle-même et son implication, brouiller les pistes et effacer les traces. Limiter les moyens de preuve ne ferait que servir les intérêts du délinquant<sup>546</sup>.

Par ailleurs, le recueil des preuves et leur production à l'audience ont pour but principal la manifestation de la vérité<sup>547</sup>, plus impérieuse en matière pénale que dans toute autre branche du droit<sup>548</sup> et justifiant alors le recours au principe de la liberté de la preuve. L'établissement de la vérité est indispensable à la protection de la société par la réponse pénale qui va être mise en œuvre. La poursuite de l'auteur des troubles à l'ordre public ne saurait souffrir d'une limitation matérielle de la preuve sans desservir le but suprême qu'est la protection de la société. De plus, la recherche de la vérité va servir les intérêts de la personne poursuivie, particulièrement lorsque celle-ci n'est pas le coupable recherché<sup>549</sup>. En effet, de

---

<sup>543</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 265.

<sup>544</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 588.

<sup>545</sup> L'acte juridique est un acte de volonté destiné (dans la pensée de son ou de ses auteurs) à produire un effet de droit alors que le fait juridique est un fait quelconque, comme un agissement intentionnel ou non de l'homme, auquel la loi attache une conséquence juridique qui n'a pas été nécessairement recherchée par l'auteur du fait. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.* V. également J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 265. : « l'infraction n'est pas un acte juridique, mais un fait juridique qu'il faut donc pouvoir démontrer par tout moyen ».

<sup>546</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 252.

<sup>547</sup> M. BENILLOUCHE, « Les objectifs du procès pénal », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 20.

<sup>548</sup> J. PATARIN, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, 1956, *op. cit.*, p. 44.

<sup>549</sup> E. MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 26.

cette vérité judiciaire établie pourra être déterminée une peine, affectant considérablement la vie de l'accusé, mais aussi celle des victimes. La découverte de cette vérité, compte tenu de la gravité des conséquences éventuelles, ne peut alors recevoir des limitations similaires à la matière civile<sup>550</sup>. Il serait dangereux qu'un juge puisse décider de la culpabilité, puis punir d'une mesure portant atteinte à la liberté, l'auteur d'une infraction sur la base d'un ensemble de preuves trop limité.

**81. L'appréciation des preuves selon l'intime conviction.** Le principe de la liberté de la preuve prend toute son ampleur lors de l'appréciation de la preuve par le juge pénal, selon son intime conviction. Apparue après la Révolution, ce principe donne au juge la faculté d'apprécier librement et souverainement toutes les preuves qui lui sont présentées<sup>551</sup>, qu'elles soient favorables ou non à l'accusé. Ce principe de la « preuve morale » laisse au juge le soin de décider de la force probante de chaque élément de preuve<sup>552</sup>, celui-ci n'étant pas tenu à une obligation de résultat en fonction des moyens de preuves présentés devant lui. L'impartialité et la réflexion qui caractérisent le travail du magistrat imposent de considérer les éléments dans leur ensemble plutôt qu'isolément. Néanmoins, le juge peut fonder sa décision sur un élément probatoire déterminant qui l'aura convaincu de la culpabilité ou de l'innocence du défendeur. Il peut également estimer que les éléments ne sont pas suffisamment convaincants pour se prononcer et demander l'accomplissement d'actes d'enquête supplémentaires. L'absence de motivation détaillée des décisions est alors souvent la conclusion logique de cette intime et personnelle conviction<sup>553</sup>.

Au Royaume-Uni, l'appréciation des preuves relève également du pouvoir souverain du juge pénal : la nécessité de prouver la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable procède également d'une réflexion globale sur l'ensemble des preuves présentées, le juge n'ayant pas l'obligation d'acquiescer une certitude mais d'atteindre un haut degré de probabilité<sup>554</sup>. Par conséquent, « le concept 'au-delà de tout doute raisonnable' correspond

---

<sup>550</sup> J. PATARIN, «Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal», in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, 1956, *op. cit.*, p. 10.

<sup>551</sup> Toutes les preuves ayant en principe la même valeur. V. *Ibid.*, p. 47.

<sup>552</sup> O. BACHELET, «La hiérarchie des preuves», in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 67.

<sup>553</sup> Comme le prévoit l'article 353 du CPP français, les juges et jurés de la Cour d'assises sont libres dans leur prise de décision : « Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : " Avez-vous une intime conviction ? " ».

<sup>554</sup> O. BACHELET, «La hiérarchie des preuves», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 69.

exactement au concept 'd'intime conviction' »<sup>555</sup>. En Belgique, après avoir consacré le principe de l'intime conviction<sup>556</sup>, la législation prévoit, à l'image du régime anglais, « qu'une condamnation ne peut être prononcée que s'il ressort des éléments de preuve admis que l'accusé est coupable au-delà de tout doute raisonnable des faits qui lui sont incriminés »<sup>557</sup>.

## 2. La légalité des moyens de preuve admissibles : un principe obsolète

**82. La rigueur du système de la preuve légale.** Selon le principe de la légalité de la preuve, la loi fixe les moyens de preuves admissibles et impose au juge une sorte de tarification des preuves<sup>558</sup>, dont la valeur est juridiquement fixée<sup>559</sup>. Ce principe conduit à une certaine automaticité du résultat en fonction du moyen de preuve produit devant le juge. Plus concrètement, dans le cas où les preuves requises sont réunies, le juge est obligé de condamner, même s'il est convaincu de l'innocence de l'accusé<sup>560</sup>. Il n'a aucune liberté d'appréciation<sup>561</sup>. Autant le juge que les parties sont liés et limités par les preuves légalement fixées.

**83. Une application restreinte.** Le système des preuves légales, dominant l'Ancien droit tant en matière civile que pénale<sup>562</sup>, a été aboli en France sous la Révolution, et remplacé par le système des preuves morales<sup>563</sup>. Les exemples d'application de ce principe en Europe sont relativement restreints et ne concernent pas les États membres sur lesquels ces recherches s'orientent. L'Allemagne et les Pays-Bas reconnaissent la légalité du régime des preuves<sup>564</sup>. Par exemple, en Allemagne, les moyens légaux de preuve énumérés par le Code de procédure pénale sont le prévenu, les témoins, les experts, la « prise de vue » et les documents<sup>565</sup>. Leur appréciation par le juge pénal reste en revanche libre<sup>566</sup>. Le Code de

---

<sup>555</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 361.

<sup>556</sup> Ancien art. 342 du CIC, v. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1158.

<sup>557</sup> Art. 327 du CIC.

<sup>558</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 573.

<sup>559</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1128.

<sup>560</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 589.

<sup>561</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 130.

<sup>562</sup> J. PATARIN, «Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal», in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, 1956, *op. cit.*, p. 46.

<sup>563</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 130.

<sup>564</sup> J.-Y. CHEVALLIER, «Rapport de synthèse pour les pays d'Europe continentale», *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 50. Pour une étude plus récente, v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 269.

<sup>565</sup> P. HÜNERFELD, «Le droit allemand», *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 60.



procédure pénale néerlandais prévoit lui aussi que le juge ne peut admettre que les moyens de preuves prévus par le même code qui sont l'observation par le juge lui-même, les déclarations faites par le suspect, les témoignages, les déclarations faites par les experts et les documents<sup>567</sup>.

Cependant, la pratique s'éloigne de cette conception et l'interprétation étendue des listes de preuves tend vers la consécration d'un système de liberté de la preuve. Aux Pays-Bas, la preuve par oui-dire n'est pas une preuve admissible mais la jurisprudence a permis son admission dès 1926, si la preuve est contenue dans un procès-verbal, les procès verbaux pouvant être considérés comme une « variété de documents », cette catégorie de preuve étant prévue par le Code de procédure pénale<sup>568</sup>. C'est également le cas en Allemagne, les juridictions admettant la preuve par oui-dire, ou encore le journal intime de l'accusé, constituant par exemple une catégorie de documents<sup>569</sup>. Ainsi, il est aujourd'hui malaisé de parler de légalité de la preuve en Europe en s'appuyant sur ces trois exemples. Pour autant, la libre admissibilité de la preuve n'en devient pas un principe inconditionnel dans les autres États membres.

## B. Les limites du principe de la libre admissibilité de la preuve

Bien que le principe de libre admissibilité de la preuve ne soit pas expressément consacré en France et en Belgique, il est pourtant reconnu et appliqué uniformément dans la plupart des procédures répressives (1). Le droit anglais est plus nuancé à ce sujet car si la preuve est en principe libre, la procédure du « plaider coupable » vient minimiser sa portée (2).

### 1. La consécration indirecte du principe en France et en Belgique

**84. Les preuves légales, caractéristiques des défauts de la procédure de l'Ancien Régime.** En France et Belgique, le principe de la légalité de la preuve a longtemps dominé la procédure pénale. On en trouvait application dans la procédure inquisitoire de l'Ancien droit, tristement connue pour son arbitraire et sa cruauté. En effet, l'obsession de la preuve parfaite justifiait l'emploi de la torture jusqu'à son obtention, indispensable à toute condamnation. Ce système était arbitraire et néfaste : la preuve imparfaite ne pouvait mener

---

<sup>566</sup> M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1995, *op. cit.*, p. 105 et s.

<sup>567</sup> G. CORTENS, «Le droit néerlandais», *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 273 et s.

<sup>568</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 270.

<sup>569</sup> *Ibid.*

qu'à des décisions intermédiaires, même si la culpabilité ne faisait aucun doute, et la condamnation était inéluctable si les preuves nécessaires étaient réunies<sup>570</sup>. Ce principe a été abandonné lors de la période révolutionnaire<sup>571</sup>, et la liberté de la preuve a été implicitement introduite par le Code d'instruction criminelle de 1808<sup>572</sup>.

**85. La consécration indirecte de la libre admissibilité des preuves.** Dans les deux États, aucun texte législatif ne proclame la libre admissibilité de la preuve pour toutes les procédures répressives, mais la jurisprudence a pallié les carences de la législation.

L'article 427 du Code de procédure pénale français consacre indirectement la liberté de la preuve : « 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 ». Bien que cet article ne concerne que les procédures correctionnelles<sup>573</sup>, la portée de ce principe est étendue à la poursuite de toutes les infractions devant une juridiction répressive<sup>574</sup>. Par ailleurs, même si le législateur peut prescrire certains moyens de preuves ponctuellement, le recours à d'autres moyens de preuve est toujours possible<sup>575</sup>.

En Belgique, la consécration du principe est jurisprudentielle<sup>576</sup>. La Cour de cassation rappelle régulièrement<sup>577</sup> qu' « en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond apprécie en fait la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction, qui lui sont régulièrement soumis et que les parties ont pu librement contredire ; il lui est loisible notamment de refuser crédit aux déclarations du prévenu, dès lors qu'il n'en méconnaît pas les termes »<sup>578</sup>. Exceptionnellement, le Code

---

<sup>570</sup> J. PATARIN, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, 1956, *op. cit.*, p. 45.

<sup>571</sup> Déjà au XV<sup>ème</sup> siècle, le système des preuves légales commençait à se fissurer. À la fin de l'Ancien Régime, les juges pouvaient condamner sur de simples indices, ou des faisceaux d'indices en les additionnant. V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2006, *op. cit.*, p. 400-401. V. également R. SCREVENNS, « La preuve pénale en droit belge », in Université catholique de Louvain - Département des droits de l'homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 61.

<sup>572</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 161.

<sup>573</sup> Par ailleurs, pour Monsieur le Professeur Levasseur, le principe de la libre admissibilité des preuves en matière criminelle découle du principe de l'intime conviction consacré à l'art. 353, les juges n'étant pas liés par les preuves présentées. Ce principe serait la condamnation implicite mais claire du système de preuves légales. v. G. LEVASSEUR, « Le régime de la preuve en droit répressif français », in Université catholique de Louvain - Département des droits de l'homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 29. Or, ces propos peuvent être nuancée en prenant pour exemple le régime allemand, consacrant le régime de preuve légales, appréciées selon l'intime conviction du juge.

<sup>574</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 569.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 570.

<sup>576</sup> L'ancien article 342 du Code d'instruction criminelle, relatif à la cour d'assises prévoyait néanmoins que la preuve du fait litigieux pouvait « être établie par toutes voies de droit ». V. H-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 2008, *op. cit.*, p. 1419.

<sup>577</sup> L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, 2009, *op. cit.*, p. 3.

<sup>578</sup> Cass., 27 fév. 2002, *Pas.* 2002, n° 2, p. 598 ; Cass., 5 mars 2002, *Pas.* 2002, n° 3, p. 636.

d'instruction criminelle renvoie expressément à certains moyens de preuve : par exemple, les contraventions peuvent être prouvées par procès-verbaux et par témoignage<sup>579</sup>. Néanmoins, cette liste est non exhaustive et la Cour de Cassation n'hésite pas à rappeler que ces articles ne sont pas limitatifs<sup>580</sup>.

**86. Un principe tempéré.** Bien que la libre admissibilité de la preuve soit un principe essentiel de la matière probatoire, il n'en est pas l'unique régulateur. En effet, cette liberté est tempérée par le formalisme des règles procédurales encadrant la recherche et l'administration de la preuve et conditionnant sa recevabilité<sup>581</sup>. La vérification du respect de ces règles légales par le juge pénal, exerçant ainsi un contrôle tant sur la forme<sup>582</sup> que sur le fond<sup>583</sup>, laisse à penser que ce principe n'est plus qu'une coquille vide<sup>584</sup>. L'inflation des règles procédurales a pour but d'encadrer les pouvoirs des enquêteurs et limiter les abus éventuels mais la sanction conséquente au non-respect de ces règles ampute la portée de la liberté de la preuve<sup>585</sup>.

## 2. L'application conditionnée du principe au Royaume-Uni

**87. Un double régime.** Au Royaume-Uni, la situation est complexe. Bien que la preuve de la culpabilité puisse être rapportée par tout moyen pertinent<sup>586</sup>, il existe certaines exceptions limitées grevant la libre admissibilité des preuves pénales. S'ajoute à cette première difficulté le fait que les règles concernant la preuve diffèrent selon qu'il s'agit de se prononcer sur la culpabilité de la personne poursuivie, ou de déterminer sa sentence. En effet, les règles limitant l'admissibilité ne concernent que la question de la culpabilité. Lors de la seconde phase du procès pénal, tous les moyens de preuve sont admissibles et recevables, même ceux qui ont été illégalement obtenus et auraient été exclus<sup>587</sup>. Ainsi, la question de la preuve oscille entre légalité, liberté conditionnée et liberté totale.

---

<sup>579</sup> Art. 154 et s. du CIC.

<sup>580</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1142.

<sup>581</sup> Ce point sera traité dans le titre suivant.

<sup>582</sup> Ici, le contrôle de forme porte sur les règles fixées par la loi et organisant les actes d'enquête, plus précisément celles qui doivent être respectées à peine de nullité.

<sup>583</sup> Le contrôle de fond a trait au respect des droits fondamentaux et principalement des droits de la défense, comme le droit à l'assistance d'un avocat par exemple.

<sup>584</sup> Certains auteurs estiment à ce titre que le droit pénal est gouverné par le système de la preuve légale. V. R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, 1988, *op. cit.*, p. 43.

<sup>585</sup> E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 264.

<sup>586</sup> J. R. SPENCER, «Evidence», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 602.

<sup>587</sup> J. PRADEL, «Rapport général», *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 19.

**88. *Not guilty plea.*** Lorsque la personne poursuivie plaide non coupable, la liberté de la preuve est encadrée par des règles d'exclusion. Si les *exclusionary rules* étaient redoutables, les « exceptions à l'exception » sont aujourd'hui nombreuses<sup>588</sup>. L'approche légaliste paraît dès lors exagérée : quelques moyens de preuves inadmissibles mis à part, tout élément pertinent peut constituer une preuve admissible dans les procédures de droit commun<sup>589</sup>. Le régime des preuves inadmissibles s'est assoupli<sup>590</sup> pour laisser plus de flexibilité au juge quant au contrôle de l'obtention de la preuve. De plus, une large place est faite à l'appréciation personnelle des juges et jurés. Ceux-ci doivent être persuadés de la culpabilité « au-delà de tout doute raisonnable » pour prononcer leur décision en défaveur de la défense. La réunion de preuves spécifiques n'est pas exigée et le doute peut profiter à l'accusé<sup>591</sup>. Par conséquent, cette situation est caractéristique d'une application conditionnée du principe de liberté de la preuve.

**89. *Guilty plea.*** Cependant, la singularité du régime anglais réside dans la possibilité pour l'accusé de plaider coupable. La procédure du plaider coupable occupe une place importante dans le paysage répressif au Royaume-Uni du fait de sa popularité. Elle concerne plus de 65% des cas présentés devant les *Magistrates' Courts*, et plus de 70% devant la *Crown Court*<sup>592</sup>. Cette opportunité offerte au suspect ouvre une phase de transaction entre la défense et l'accusation : la certitude d'une condamnation vient compenser une réduction de la peine qui sera prononcée<sup>593</sup>. La question probatoire au cours de cette procédure originale connaît deux régimes successifs. Concernant la détermination de la culpabilité, le principe de légalité s'applique pleinement. La décision repose sur une unique preuve : l'aveu de l'accusé. L'aveu débouche inéluctablement sur la condamnation, sans examen des autres éléments qui auraient éventuellement pu corroborer les déclarations faites par l'accusé. Cette procédure

---

<sup>588</sup> Cf. Titre 2 de la même Partie.

<sup>589</sup> J. R. SPENCER, «Evidence», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 620.

<sup>590</sup> J. R. SPENCER, «Les limites en matière de preuve - Aspects actuels», *RSC*, jan.-mars, 1992, p. 41 et s.

<sup>591</sup> À l'inverse du système français, le doute ne doit pas profiter à l'accusé mais peut. Le doute n'est pas totalement proscrit : s'il y a un doute infime sur l'innocence mais qu'elle est vraisemblablement peu probable, la culpabilité peut être établie au delà de tout doute raisonnable. V. O. BACHELET, «La hiérarchie des preuves», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 68.

<sup>592</sup> En 2008, 2009, et 2010, 67,5, 68,6 et 67,6% des défendeurs ont plaidé coupable devant les *Magistrates' courts*, 71,4, 73,2 et 73,5% devant la *Crown court*. V. le rapport annuel 2009 – 2010 du CPS : [http://www.cps.gov.uk/publications/reports/2009/ar\\_annex\\_c.html](http://www.cps.gov.uk/publications/reports/2009/ar_annex_c.html).

<sup>593</sup> La réduction de la peine est automatiquement de 30% en Angleterre, v. J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 84. La réduction de peine est une « récompense » pour avoir évité le coût d'un procès pour la société mais également pour les victimes, v. G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 313.

neutralise les limitations imposées par les *exclusionary rules*<sup>594</sup>, inutiles, faute de preuves à présenter. Ainsi, seule la peine doit être déterminée<sup>595</sup> et cette phase est caractérisée par une « liberté totale de la preuve »<sup>596</sup>. D'autres moyens de preuves peuvent être présentés par la défense pour justifier l'existence de circonstances atténuantes ou contester certains faits aggravants. Le tribunal a alors le choix d'examiner les preuves présentées, ou, dans un souci de rapidité, de se prononcer en faveur de la défense.

**90. L'exportation du *guilty plea*.** La possibilité de « négocier » sa peine en plaçant coupable est le véritable emblème des systèmes de *common law*. Cependant, il n'est plus surprenant de rencontrer des procédures similaires dans les États de droit continental, pour des infractions mineures cependant. En Espagne, une procédure simplifiée a été introduite en 1988 avec le dispositif du « jugement de conformité ». Lorsque la peine n'excède pas six ans d'emprisonnement, l'accusation et la défense concluent un accord sur la peine applicable, qui doit par la suite être validé par le juge dans un jugement de conformité. L'accusé renonce ainsi à la production d'autres preuves à l'audience<sup>597</sup>. En France, la « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité » a été introduite en 2004<sup>598</sup>. Elle ne concerne également que les délits mineurs, punis de 5 ans d'emprisonnement au maximum. Après avoir recueilli l'aveu de culpabilité, le procureur va proposer une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires à la défense. La proposition acceptée sera alors présentée au juge pour homologation<sup>599</sup>. Le juge de validation est un juge du fond : il apprécie souverainement les faits avant d'homologuer l'accord et n'est pas lié par la proposition du ministère public.

Cependant, le champ d'application des procédures de plaider coupable en France et en Espagne est trop restreint pour être abordé comme un équivalent au *plea bargaining* anglais. De plus, il semble pour l'instant peu envisageable que cette alternative aux poursuites classiques soit proposée dans les cas de criminalité transnationale occasionnant un transfert de preuve.

---

<sup>594</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 163.

<sup>595</sup> Bien qu'elle ait fait l'objet d'une négociation préalable entre les parties.

<sup>596</sup> Les arguments avancés ne sont d'ailleurs plus totalement considérés comme des preuves, puisqu'il n'y a plus de culpabilité à prouver. Il s'agirait plutôt de « faits » dont la cour a besoin pour déterminer la peine. V. J. R. SPENCER, «The English system», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 163.

<sup>597</sup> Rapport du Sénat n° LC 122, « Le plaider coupable », Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, mai 2003, p. 17-18, disponible sur <http://www.senat.fr/lc/lc122/lc122.pdf>.

<sup>598</sup> Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567.

<sup>599</sup> B. DE LAMY, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1910 et s.

**91. Conclusion du paragraphe 1.** Exclusion faite du cas particulier du « plaider coupable », le principe de la libre admissibilité de la preuve est largement reconnu dans les États membres étudiés. Tous les moyens de preuves peuvent potentiellement être présentés devant une juridiction répressive, et ceux-ci n'ayant pas de valeur probatoire prédéfinie, le juge pénal les apprécie librement et selon sa conviction personnelle. Des exceptions viennent traditionnellement porter atteinte à la liberté de la preuve, mais elles sont de plus en plus rares.

## § 2. Le caractère exceptionnel des preuves inadmissibles

**92. Les exceptions à la liberté de la preuve.** Le principe de la libre admissibilité des preuves pénales n'est pas absolu. Certains moyens de preuves sont en effet considérés comme inadmissibles et ne peuvent être présentés devant un juge pénal. Cependant, ces exceptions à la liberté de la preuve sont désormais de plus en plus restreintes. Dans les États de droit continental, le législateur a la possibilité de bannir expressément certains moyens de preuves ou d'y associer une valeur probante<sup>600</sup> mais ces cas restent très limités. Le droit anglais est en revanche traditionnellement très attaché aux règles restreignant la liberté dans l'admissibilité de la preuve. Dans le but d'enrayer l'augmentation des faux témoignages au 18<sup>ème</sup> siècle<sup>601</sup>, certains moyens de preuves furent déclarés inadmissibles, au regard de considérations formelles (A), comme matérielles (B).

### A. L'inadmissibilité formelle : la preuve par ouï-dire

C'est le principal point de discordance entre les États concernés. À première vue, cette différence fondamentale rend les systèmes de preuves incompatibles : la preuve par ouï-dire est inadmissible au Royaume-Uni (1). Cependant, la rigueur du régime anglais s'est laissée « continentaliser » pour montrer à présent plus de souplesse (2).

#### 1. L'interdiction de la preuve par ouï-dire<sup>602</sup>

**93. La justification de l'interdiction.** L'interdiction formelle du ouï-dire est une règle emblématique de la procédure pénale du Royaume-Uni. La preuve par ouï-dire est

---

<sup>600</sup> Comme c'est le cas des procès verbaux en matière contraventionnelle en France, ou en matière routière en Belgique, v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 359.

<sup>601</sup> A. J. BULLIER et F.-J. PANSIER, «Proof and evidence : le preuve pénale en droit français et anglais», *Gaz. Pal.*, 8 juil. 1993, p. 887.

<sup>602</sup> *Hearsay evidence*.

définie comme toute déclaration de fait autre que celle faite oralement par une personne rapportant des faits dont elle a été personnellement témoin<sup>603</sup>. Une grande importance est donnée à l'oralité, et à la présence physique du témoin, qui permettra au juge et aux jurés de mieux apprécier la preuve, c'est-à-dire la véracité du témoignage<sup>604</sup>. Le but est d'éviter ainsi la « fabrication » d'une preuve, et le faux-témoignage. Une grande attention est également portée au témoin : un stress inhabituel, les bafouillages et les incohérences sont parfois révélateurs d'un mensonge, ou si le témoin est de bonne foi, d'une impossibilité à se souvenir précisément des faits observés. Cette sincérité ou capacité à apporter un témoignage fidèle sera particulièrement mise à l'épreuve lors de la *cross-examination* qui donnera à la défense l'occasion de tester la sincérité et la mémoire du témoin présenté par l'accusation et inversement<sup>605</sup>. La précision et l'alternance des questions, sur des points épineux des déclarations, sont alors un moyen de percer le faux témoignage et fissurer un récit trop lisse et bien rodé, ou à l'inverse, des affirmations évasives et incomplètes.

**94. Délimitation de la preuve par oui-dire.** Sont donc uniquement recevables à l'audience les déclarations orales des témoins directs de l'infraction. Concrètement, si une partie avance un argument basé sur les constatations ou expertises d'une personne, celle-ci doit venir à l'audience pour témoigner oralement et doit être la source directe de la preuve. Elle ne peut déléguer cette mission à un quelconque rapporteur. Ses déclarations à l'audience ne peuvent être remplacées ni par un compte-rendu écrit qui sera lu, ni par un enregistrement audiovisuel de ses précédentes révélations<sup>606</sup> (lors d'un interrogatoire de police par exemple). Le témoin direct doit être présent à l'audience pour pouvoir répondre aux questions de la partie adverse, qui a le droit de l'interroger, de lui poser des questions supplémentaires et tester ainsi la véracité et la solidité de ce qu'il avance, ce qui est impossible lors de la lecture d'un compte-rendu écrit par exemple, ou du visionnage d'un enregistrement vidéo.

Sont donc irrecevables les déclarations orales ou écrites, faites en dehors de l'audience, répétées devant la juridiction de jugement, dans le but de prouver la véracité de l'argument soutenu devant la cour<sup>607</sup>. Entrent dans cette catégorie les affirmations des tiers parties que les témoins prétendent avoir entendu parler, ainsi que toute affirmation par écrit

---

<sup>603</sup> « Hearsay evidence is any statement of fact other than one made, of his own knowledge, by a witness in the course of oral testimony. », R v Horncastle & Others [2009] UKSC 14, § 20. V. aussi M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 341.

<sup>604</sup> L'oralité de la preuve dans un procès pénal est importante pour assurer l'équité de la procédure, en permettant aux parties de remettre en cause la sincérité et l'honnêteté de cette preuve dans la présentation du cas. V. S. FORSTER, *Criminal Law and Practice*, 1ère éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, p. 613.

<sup>605</sup> A. CHOO, *Evidence*, 2009, *op. cit.*, p. 276. Priver une partie et donc la défense de cette faculté serait la priver d'un procès équitable, v. S. FORSTER, *Criminal Law and Practice*, 2008, *op. cit.*, p. 613.

<sup>606</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 162.

<sup>607</sup> G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 463.

d'un non-témoin, comme ses dépositions<sup>608</sup>. Les procès-verbaux policiers consignants les déclarations de la défense sont également considérés comme des preuves par oui-dire<sup>609</sup>, tout autant que les enregistrements vidéo des interrogatoires<sup>610</sup>.

## 2. La souplesse moderne à l'égard du oui-dire

La rigidité des règles relatives à l'exclusion du oui-dire s'est considérablement assouplie ces dernières années par la multiplication des exceptions (a), soulevant ainsi la question du respect de l'équité de la procédure au regard de la nouvelle admissibilité du oui-dire (b).

### a. La multiplication des exceptions

**95. Le résultat d'une évolution législative et jurisprudentielle.** La question de l'inadmissibilité du oui-dire est aujourd'hui remplacée par l'étude des conditions d'admissibilité du oui-dire, tant le domaine est fourni. Ainsi, la définition étendue du oui-dire est compensée par des exceptions tout aussi larges. En effet, le contexte criminel actuel est de plus en plus complexe et marqué par la difficulté d'obtenir la preuve des différents éléments constitutifs de l'infraction. L'exclusion systématique du oui-dire présentait un effet néfaste et contraire aux intérêts de la justice. Dans un rapport de 1997<sup>611</sup>, la *Law Commission* avait d'ailleurs préconisé plus de flexibilité en permettant au juge d'utiliser discrétionnairement certaines déclarations n'ayant pas été faites sous la forme de déposition orale.

Le *Criminal Justice Act* de 2003 est venu clarifier la situation<sup>612</sup>. À côté de l'aveu extrajudiciaire, qui est depuis longtemps considérée comme une preuve admissible<sup>613</sup>, une série d'exceptions viennent compléter et complexifier les règles d'admissibilité de la preuve. Aborder en profondeur toutes les exceptions serait une mission trop ambitieuse dans le cadre de ces recherches. Néanmoins, une présentation non exhaustive donne un aperçu

---

<sup>608</sup> J. R. SPENCER, «Les limites en matière de preuve - Aspects actuels», *op. cit.*, p. 44.

<sup>609</sup> G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 465. Également J. R. SPENCER, «Evidence», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 617.

<sup>610</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 342.

<sup>611</sup> Rapport *Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics*, de la *Law Commission* du 19 juin 1997, p. 4, disponible à l'adresse :

[http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc245\\_evidence\\_in\\_criminal\\_proceedings\\_hearsay\\_and\\_related\\_topics.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc245_evidence_in_criminal_proceedings_hearsay_and_related_topics.pdf)

<sup>612</sup> En codifiant la majeure partie des exceptions à la règle, M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 344.

<sup>613</sup> J. R. SPENCER, «Les limites en matière de preuve - Aspects actuels», *op. cit.*, p. 44.



représentatif de la situation. Ainsi, en vertu de la section 114 du *Criminal Justice Act 2003*, l'admission de la preuve par ouï-dire est permise mais doit relever d'une des dérogations prévues par la loi, comme par exemple, lorsque son admission est dans l'intérêt de la justice<sup>614</sup>. Seront alors pris en compte par le juge la fiabilité des déclarations et de leur auteur, leur pertinence, leur valeur probante, ou encore les difficultés qu'aurait la partie adverse à les contester. L'absence du témoin est également envisagée plus en profondeur. Plusieurs cas sont prévus par le texte, notamment l'impossibilité de venir témoigner en personne à l'audience en cas de décès du témoin, incapacité physique ou mentale, peur ou crainte<sup>615</sup>. Plus pertinent encore, la déclaration qui ne sera pas sous forme orale pourra être acceptée si le témoin ne se trouve pas sur le territoire du Royaume-Uni et qu'il n'est raisonnablement pas possible d'assurer sa présence à l'audience. Cette exception semble particulièrement bien adaptée aux affaires de criminalité transnationale : le témoignage recueilli à l'étranger, par des autorités judiciaires nationales pourra éventuellement être lu à l'audience<sup>616</sup>.

*b. Le respect du procès équitable dans l'admissibilité du ouï-dire*

**96. La faculté maintenue d'exclure une preuve par ouï-dire.** Le maintien de certains garde-fous dans le recours à la preuve par ouï-dire permet cependant de garantir le respect du procès équitable. Le juge jouit du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve en mettant en balance sa valeur probante et les effets préjudiciables de son utilisation<sup>617</sup>. Cette disposition complète la faculté du juge d'écarter une preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable<sup>618</sup>. De plus, le juge doit guider et conseiller les jurés dans leur appréciation de la preuve sans les influencer : il doit leur rappeler que cette preuve n'a pu être discutée contradictoirement devant eux et que par conséquent, la force probante peut en être altérée. Pour finir, la décision ne peut être fondée sur une suspicion de culpabilité mais au-delà de tout doute raisonnable<sup>619</sup>.

**97. L'aval de la Cour européenne des droits de l'homme.** Les libertés prises par les juges anglais dans l'admission de la preuve par ouï-dire ont amené la Cour EDH à se

---

<sup>614</sup> Sect. 114 § 1 d) du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>615</sup> Sect. 116 du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>616</sup> Seront pris en compte dans l'appréciation de l'admissibilité l'importance de la preuve, le coût et les inconvénients de faire venir le témoin, la possibilité d'établir une vidéoconférence, et le préjudice causé à la défense privée de la possibilité de contre-interroger le témoin. V. M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 346.

<sup>617</sup> Sect. 126 du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>618</sup> « *Exclusion of unfair evidence* », Sect. 78 du *Police and Criminal Evidence Act 1998*. L'exclusion des preuves portant atteinte à l'équité de la procédure sera abordée plus amplement dans le titre suivant.

<sup>619</sup> R v Horncastle & Others, *op. cit.*, § 24.

prononcer sur la question, dans un climat relativement tendu entre la Cour de Strasbourg et les juridictions nationales. Dans l'affaire *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*<sup>620</sup>, la Cour européenne avait condamné le Royaume-Uni pour violation du droit au procès équitable et plus particulièrement, du droit à interroger ou faire interroger les témoins à charge et à décharge, ceci dans les mêmes conditions<sup>621</sup>. En effet, deux conditions étaient posées par la Cour pour que l'admissibilité du ouï-dire reste en conformité avec le caractère équitable du procès : l'accusé doit avoir eu l'occasion de contester des dépositions antérieures à l'audience à un moment de la procédure (lors de l'enquête ou de l'instruction), et ces dépositions ne peuvent constituer la preuve exclusive et déterminante de la décision<sup>622</sup>. En réponse à cette condamnation, la Cour suprême du Royaume-Uni a persisté en refusant d'appliquer la jurisprudence européenne dans un cas similaire<sup>623</sup>, en rappelant les garanties mises en place quant à l'appréciation de cette preuve, et parallèlement, l'affaire fut renvoyée devant la Grande chambre de la Cour EDH. Le 15 décembre 2011<sup>624</sup>, la Cour revient sur le critère du caractère unique et déterminant de la preuve en affirmant qu'appliquer rigidement ce critère ne permettrait un examen juste de l'équité de la procédure. Ainsi, une décision fondée uniquement sur une preuve par ouï-dire n'emporte pas forcément violation du droit au procès équitable mais doit être contrebalancée par des garanties procédurales solides.

#### B. L'inadmissibilité matérielle : la personne de l'accusé et du témoin

Si la règle de l'inadmissibilité du ouï-dire et ses exceptions sont incontournables en ce qu'elles régissent non seulement la question probatoire mais plus largement l'organisation du procès pénal anglais, deux moyens de preuves complètent le panel de preuves traditionnellement inadmissibles : la preuve du mauvais caractère du défendeur (1), et la preuve émanant du témoin incapable (2).

---

<sup>620</sup> CEDH, 20 jan. 2009, *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*, req. n° 26766/05 et 22228/06. La Cour avait accueilli conjointement deux affaires, dont les faits étaient similaires et portaient sur la lecture d'un témoignage écrit à l'audience pénale, compte-tenu de l'impossibilité pour le témoin de venir comparaitre en personne : dans la première affaire, la victime ayant témoigné était décédée avant l'audience, et dans la deuxième, la témoin avait peur des représailles au sein de sa communauté.

<sup>621</sup> Art. 6 § 3, d) de la Convention EDH.

<sup>622</sup> CEDH, 27 fév. 2001, *Lucà c. Italie*, req. n° 33354/96, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-II, § 40.

<sup>623</sup> R v Horncastle & Others, *op. cit.*

<sup>624</sup> CEDH, 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*, req. n° 26766/05 et 22228/06, *Recueil des arrêts et décisions* 2011, § 147. V. à ce sujet O. MICHIELS, « Le principe de la preuve unique ou déterminante », *Rev. Trim. D. H.*, n° 91, 2012, p. 693 et s., sous CEDH, 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*.

## 1. Le mauvais caractère et la personnalité du défendeur

**98. La preuve de la personnalité du défendeur en Europe.** À l'instar de la preuve par ouï-dire, l'inadmissibilité de l'*evidence of bad character* de l'accusé a longtemps été une caractéristique probatoire propre au Royaume-Uni, que l'on retrouvait peu dans les autres systèmes procéduraux européens<sup>625</sup>. La notion de « mauvais caractère », si elle est souvent utilisée pour désigner ce moyen de preuve, n'en reflète pas réellement toutes les facettes. Aussi, c'est de la personnalité de l'accusé ou du témoin dont il sera question : ses traits de personnalité, ses antécédents judiciaires<sup>626</sup> et ou encore son état de santé<sup>627</sup>. L'enquête sur la personnalité est un acte d'instruction courant dans les systèmes nationaux voisins. En France, le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder « à une enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale »<sup>628</sup>. En Belgique, le juge d'instruction dispose également de la faculté d'ordonner une enquête de moralité dont le but sera de réunir tous les éléments pertinents sur l'inculpé grâce au concours de son entourage, mais également de mieux cerner la personnalité de sa victime<sup>629</sup>. Enfin, un pouvoir similaire est offert au juge d'instruction en Espagne : outre la communication des antécédents judiciaires de l'accusé, il peut demander la communication de rapports et renseignements sur l'accusé aux employés municipaux ou fonctionnaires de police compétents, mais également à toutes les personnes connaissant l'accusé<sup>630</sup>.

**99. L'inadmissibilité relative de la preuve de la personnalité de l'accusé.** Jusqu'à récemment, le droit anglais prohibait totalement l'utilisation de la personnalité de l'accusé comme preuve de la culpabilité<sup>631</sup>. Cette règle interdisait à l'accusation de rapporter la preuve de la mauvaise réputation de l'accusé, de la propension qu'il aurait à violer la loi ou à

---

<sup>625</sup> Monsieur le Professeur Pradel souligne que « l'exclusion des questions de personnalité lors de la phase de culpabilité étonne souvent les juristes d'Europe continentale d'autant plus que l'examen de la personnalité de l'accusé ou d'un témoin peut éclairer le juge et le jury sur la crédibilité d'un témoignage ou sur la culpabilité de l'accusé », J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 282.

<sup>626</sup> Le droit anglais renvoie au terme « *misconduct* », défini comme la commission d'une infraction ou d'un autre comportement répréhensible. Un comportement répréhensible peut recouvrir le fait de dire des mensonges, d'être alcoolique, ou encore, d'avoir des dettes. Pour une définition de « *bad character* », v. J. R. SPENCER, *Evidence of Bad Character*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 29 et s.

<sup>627</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 281.

<sup>628</sup> Art. 81 al. 6 du CPP.

<sup>629</sup> Art. 62<sup>quater</sup> du CIC.

<sup>630</sup> Respectivement aux art. 379, 377 et 378 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

<sup>631</sup> En revanche, la personnalité du défendeur a toujours été considérée comme pertinente dans la détermination de la sentence et donc la preuve du mauvais caractère toujours admissible, J. R. SPENCER, *Evidence of Bad Character*, 2006, *op. cit.*

commettre un type d'infraction car il a déjà commis des faits similaires par le passé<sup>632</sup>. L'accusation ne pouvait non plus se fonder sur l'existence d'un casier judiciaire, ou d'une expertise psychiatrique montrant une quelconque prédisposition à commettre tel type d'infraction<sup>633</sup>. La règle n'était pas absolue. L'accusé pouvait toujours rapporter la preuve de son innocence par sa bonne réputation, par exemple. L'accusation pouvait également adopter un moyen de raisonnement qui révélait accessoirement la mauvaise réputation de l'accusé, comme un rapprochement factuel avec des activités antérieures, recoupant d'autres éléments probatoires<sup>634</sup>. Mais le maintien de cette inflexibilité était mal perçu par l'opinion publique, qui la considérait trop favorable à l'accusé<sup>635</sup> et relativement inefficace<sup>636</sup>. Un rapport de la *Law Commission* de 2001 pointait les faiblesses de cette exclusion et proposait alors de modifier la réglementation en la matière, sans toutefois balayer deux siècles de jurisprudence très fournie.

Le *Criminal Justice Act 2003* est venu moderniser la matière et ceci de deux façons. Tout d'abord, la section 99 abolit toutes les règles de *common law* gouvernant l'admissibilité de la preuve de mauvais caractère, dans le but d'établir un schéma global et unifié en remplaçant tant la jurisprudence relative au mauvais caractère, que celle relative à l'existence de faits similaires<sup>637</sup>. Concernant la personnalité du « non-défendeur »<sup>638</sup>, ou le plus souvent la victime, l'article 100 reprend la jurisprudence antérieure et conserve cette faculté<sup>639</sup>. Mais l'apport majeur de ce texte réside dans l'article 101, qui prévoit sept exceptions à l'inadmissibilité de la preuve du mauvais caractère de l'accusé, lesquelles apparaissent étendues de prime abord<sup>640</sup>. Ainsi, la preuve du mauvais caractère de l'accusé est admissible si elle est conforme à une des hypothèses suivantes :

- la preuve est présentée après accord de toutes les parties au procès,

---

<sup>632</sup> Sur la règle de l'exclusion de la preuve de faits similaires, voir I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 805 et s.

<sup>633</sup> J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 92.

<sup>634</sup> V. par exemple, R v. WEST (Rosemary) (1996) 2 Cr App R. 374 CA. Dans la présente affaire, Rosemary West comparait pour avoir aidé son mari à tuer et enterrer plusieurs femmes, après avoir abusé sexuellement d'elles. Des témoignages sur sa participation à des actes sexuels dans la cave du couple ont permis de prouver sa présence lors des meurtres qui étaient précédés ou accompagnés des mêmes actes sexuels.

<sup>635</sup> J. R. SPENCER, *Evidence of Bad Character*, 2006, *op. cit.*, p. 3.

<sup>636</sup> J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 94.

<sup>637</sup> I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 828.

<sup>638</sup> Non-defendant's bad character.

<sup>639</sup> L'accusé peut apporter la preuve de la mauvaise moralité de la victime afin de remettre en cause la fiabilité de son témoignage, celle-ci n'étant pas partie au procès, J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 285.

<sup>640</sup> Les articles 102 et s. du *Criminal Justice Act 2003* apportent des explications concernant des différentes hypothèses d'admission de la preuve du mauvais caractère.

- la preuve est produite par le défendeur lui-même ou provoquée par lui en réponse à une question qu'il aurait posée lors de la phase de *cross-examination*,
- la preuve est une *explanatory evidence* : elle présente une valeur explicative, et est indispensable à la compréhension du cas ou pour permettre l'appréciation d'autres preuves,
- la preuve est pertinente concernant un *important matter in issue* entre l'accusation et la défense : cette possibilité remplace le cas des « faits similaires » et *important matter in issue* renvoie à la propension à commettre des actes similaires à ceux qui sont reprochés<sup>641</sup>, ou à la propension de l'accusé à mentir,
- la preuve a une valeur probatoire substantielle concernant une question importante entre le défendeur et le codéfendeur<sup>642</sup>,
- la preuve va corriger une fausse impression donnée par le défendeur,
- la preuve est une réponse à la preuve du mauvais caractère d'une personne (la victime par exemple) mais présentée par le défendeur.

Dans les 4<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> cas, il est précisé que l'admission de ce mode de preuve ne doit pas avoir de conséquences néfastes en entamant le droit au procès équitable.

Ces sept exceptions à l'interdiction de la preuve du mauvais caractère permettent de rapprocher une fois de plus le système probatoire du Royaume-Uni à ceux d'autres États de droit continental. Il n'est pas réellement pertinent ici d'envisager en détail ces exceptions et il sera toujours possible de montrer des différences importantes dans une étude comparatiste plus poussée. Néanmoins, dans la même ligne que l'évolution concernant le oui-dire, l'ouverture du système anglais à la preuve du mauvais caractère mène à un constat relativement optimiste : très peu de preuves sont alors inadmissibles dans les États membres concernés. L'abandon de l'incapacité à témoigner au Royaume-Uni renforce un peu plus cette idée.

## 2. L'incapacité à témoigner

**100. La disparition quasi-totale de l'incapacité à témoigner.** L'exclusion du témoignage du témoin incapable était une spécificité du régime probatoire du Royaume-

---

<sup>641</sup> L'article précise ici que la preuve d'une condamnation pour une infraction similaire ou de la même catégorie que celle reprochée peut être rapportée.

<sup>642</sup> Par exemple, la preuve de la propension de l'accusé à mentir pourra être rapportée par le co-accusé si la stratégie de défense adoptée par l'auteur est de nature à saper la défense du co-accusé.

Uni<sup>643</sup> mais aujourd'hui, l'incapacité à témoigner ne touche qu'une partie très limitée de la population. À l'origine, au Royaume-Uni, était considérée comme incapable de témoigner toute personne « susceptible de ne pouvoir être contrainte à dire la vérité par serment »<sup>644</sup>. Étaient donc visés les jeunes enfants, les déments, les athées<sup>645</sup>, les condamnés, le défendeur lui-même et son épouse. Ces exceptions ont peu à peu disparu. D'abord celle concernant les athées et les non-chrétiens au XVIII<sup>ème</sup> siècle. Puis le *Criminal Evidence Act 1898* et le *Police and Criminal Evidence Act 1984* permirent à l'épouse de l'accusé de témoigner, d'abord en faveur de l'accusé, puis à charge<sup>646</sup>. Cette évolution rapproche le régime anglais du régime français. En effet, si le conjoint et la famille en ligne directe de l'accusé ne peuvent être contraints à témoigner contre celui-ci<sup>647</sup>, rien ne les en empêche<sup>648</sup>. Enfin, le *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*<sup>649</sup> a ouvert le témoignage aux enfants : sont désormais capables de témoigner toutes les personnes, quel que soit leur âge. Les seules personnes qui ne peuvent témoigner sont alors ceux qui ne sont en mesure ni de comprendre les questions posées, ni d'y répondre de manière compréhensible<sup>650</sup>.

**101. Conclusion du paragraphe 2.** L'exemple des témoins incapables vient apporter la dernière pierre à cette première étape de l'étude concernant le rapprochement des législations probatoires et le constat est positif dans la perspective d'un échange facilité des preuves. L'ouverture du Royaume-Uni à la preuve par oui-dire et l'aval donné par la Cour de Strasbourg sont encourageants concernant l'admission d'une preuve recueillie à l'étranger. En effet, à moins d'inviter un témoin étranger à comparaître devant une juridiction anglaise, éviter d'avoir recours au oui-dire dans le cadre d'affaires transnationales semble difficile. Si cette spécificité du régime probatoire du Royaume-Uni apparaissait au départ comme un obstacle de taille, un compromis est désormais envisageable et un renforcement des garanties procédurales en aval permettra éventuellement aux juridictions nationales d'utiliser des preuves recueillies à l'étranger comme des procès-verbaux d'audition.

---

<sup>643</sup> Il convient en effet de préciser que dans les régimes d'Europe continentale, le juge choisit les témoins qui seront entendus à l'audience et peut écarter l'audition d'un témoin dont les déclarations ne seraient certainement pas fiables.

<sup>644</sup> J. R. SPENCER, «Le droit anglais», *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 87.

<sup>645</sup> Dans la mesure où ils ne comprenaient ou n'acceptaient pas l'idée de damnation éternelle, J. R. SPENCER, «Les limites en matière de preuve - Aspects actuels», *op. cit.*, p. 43.

<sup>646</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 116 et s.

<sup>647</sup> Art. 434-1 du CP.

<sup>648</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 334.

<sup>649</sup> Sect. 53 du Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999.

<sup>650</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 331.

**102. Conclusion de la section 1.** Par la limitation de la portée de l'inadmissibilité des trois moyens de preuves présentés, le Royaume-Uni a fait un pas vers les régimes de droit continental, gouvernés pour la plupart par le principe de liberté de la preuve. L'accumulation des exceptions à ces catégories de preuves exclues tend à réduire la légalité partielle dans l'admissibilité de la preuve au Royaume-Uni, s'approchant du principe de liberté tel qu'il est envisagé en France et en Belgique. Ainsi, peu de moyens de preuves demeurent totalement inadmissibles et des régimes dérogatoires calqués sur les modèles établis au niveau national sont alors envisageables au niveau européen, afin que quasiment tous les moyens de preuves soient en théorie admissibles dans l'Union européenne. Cette étude générale de l'admissibilité de la preuve nous pousse à envisager plus en profondeur les moyens de preuves qui sont concrètement admissibles.

## Section 2 : L'évolution commune des moyens de preuve admissibles

La liberté de la preuve signifie que les parties sont totalement libres dans le choix des moyens de preuves<sup>651</sup> employés et ne peuvent en aucun cas être limitées à une liste prédéfinie. Les juges ne peuvent déclarer un mode de preuve inadmissible. Par conséquent, aucune hiérarchie n'est instaurée et les preuves ont toutes la même valeur, laissant ainsi envisager une diversification et une multiplication des moyens probatoires. Pourtant, dans le panel de preuves pouvant éventuellement être proposées devant une juridiction répressive, de larges similitudes apparaissent entre les États membres. En effet, les moyens de preuve traditionnels tels que l'aveu ou le témoignage se distinguent par leur évolution commune, particulièrement bien adaptée à l'enquête transnationale (§ 1). Parallèlement à l'attachement des systèmes nationaux aux moyens de preuves traditionnels « modernisés », l'évolution des formes de criminalité et l'apparition de nouvelles techniques d'enquête ont permis le développement général de nouveaux moyens de preuves (§ 2).

### § 1. La mutation des moyens de preuve traditionnels.

**103. La volonté de simplification de la procédure.** Comme le soulève très justement Madame le Professeur Giudicelli-Delage, l'évolution du droit de la preuve dans les

---

<sup>651</sup> Les moyens de preuves visent « les moyens qui servent à établir des éléments dont l'existence est susceptible d'entraîner la conviction des juges », J. R. SPENCER, B. DELEUZE et D. VORMS, « La preuve : une question inclassable », *op. cit.*, p. 41.

États membres répond dans une certaine mesure à une « volonté de simplification et de célérité des procédures »<sup>652</sup>. Le développement des procédures simplifiées de justice négociée, la dématérialisation du rituel judiciaire par l'introduction de la visioconférence, et le désengagement physique des intervenants au procès pénal par une meilleure considération de l'écrit sont autant de facteurs traduisant la tendance commune à la « régulation des flux pour faire face à l'encombrement des juridictions », ou à la « préoccupation d'une gestion moins coûteuse de la justice »<sup>653</sup>.

Cette volonté de réorganisation de la procédure juridictionnelle rejailit sur la question probatoire, par l'abandon total ou partiel de concepts solidement ancrés dans le droit national comme c'est le cas de l'oralité du Royaume-Uni. Ainsi, les moyens de preuves classiques ont été adaptés à ces nouvelles exigences de rapidité, mais également d'efficacité, comme le montrent les exemples de l'aveu (A), et du témoignage (B).

#### A. L'aveu

L'aveu a longtemps été considéré comme la reine des preuves, pour ne pas dire l'unique. En effet, tant dans les systèmes accusatoires qu'inquisitoires du Moyen-Âge et de l'Ancien Régime, la force de l'aveu conduisait le plus souvent vers une condamnation. Aujourd'hui, malgré la multiplication de moyens de preuves modernes, l'aveu garde le statut de preuve privilégiée (1). Pourtant, le principe de la liberté de la preuve plaçant toutes les preuves à niveau égal, la force probante de l'aveu n'est pas, en principe, supérieure à celle des autres moyens de preuves présentés devant le juge<sup>654</sup>, bien que le déploiement des procédures de justice négociées lui accordent une place essentielle (2).

##### 1. Délimitation de la notion d'aveu

**104. Définition et force de l'aveu.** L'aveu peut être défini comme les déclarations par lesquelles une personne reconnaît en totalité ou en partie le bien-fondé des accusations portées contre elle<sup>655</sup>. Il a longtemps été considéré comme la *probatio probatissima*, la preuve par excellence sur laquelle une condamnation pouvait se fonder<sup>656</sup>. Aujourd'hui encore, ce

---

<sup>652</sup> G. GIUDICELLI-DELAGÉ, «Conclusions», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 331.

<sup>653</sup> *Ibid.*

<sup>654</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 252.

<sup>655</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 191.

<sup>656</sup> Pour une présentation historique de l'aveu et de sa place dans le procès pénal, notamment dans le cadre de l'Inquisition, v. J. SUSINI, «Enquête - Interrogatoire - Aveu (Première partie : Les racines)», *RSC*, n° 4, 1978, p. 693 et s. À ce sujet, Monsieur le Professeur Thaman souligne que « les procédures d'interrogatoire



moyen de preuve occupe une place particulière. Les policiers le recherchent. Le procureur s'en empare. Le juge s'en conforte. Les victimes l'attendent pour se reconstruire. L'aveu, s'il est véritable, permet aux policiers d'orienter leurs investigations, de trouver d'autres preuves qui corroboreront cette auto-déclaration de culpabilité<sup>657</sup>. Il sera également plus aisé pour un juge de prendre sa décision si la personne accusée avoue les faits plutôt qu'elle ne clame son innocence, malgré un faisceau d'indices l'accablant. L'aveu conforte le juge et rassure sa conscience<sup>658</sup>, balaye ses hésitations, et range l'opinion publique derrière son appréciation<sup>659</sup>.

Les occasions pour une personne de reconnaître son implication dans la commission d'une infraction sont nombreuses et se multiplient, des premiers interrogatoires jusqu'à l'audience de jugement. On distingue alors l'aveu extra-judiciaire de l'aveu judiciaire. L'aveu extra-judiciaire n'est pas fait devant le juge<sup>660</sup> et lui sera rapporté par des témoignages, procès-verbaux ou par écrit<sup>661</sup>. L'aveu judiciaire, par déduction, est recueilli directement par le juge. Cette déclaration plus solennelle, fait lors du rituel de l'audience juridictionnelle, pourrait apparaître comme supérieure. C'est le cas dans le cadre de la procédure du plaider coupable au Royaume-Uni, où l'aveu judiciaire entraîne automatiquement une condamnation alors que l'aveu extra-judiciaire n'est qu'une preuve quelconque<sup>662</sup>.

## 2. L'appréciation de la force probante de l'aveu

**105. La fiabilité de l'aveu.** Pour effectivement mener à la manifestation de la vérité, l'aveu doit être libre, spontané et révoquant<sup>663</sup>. En effet, toute la difficulté à l'égard de l'aveu et de son utilisation en matière pénale tient à sa fiabilité. Il est difficile d'imaginer un innocent reconnaître des actes qu'il n'a pas commis. Celui qui avoue serait alors inévitablement coupable. Pourtant, des aveux peuvent résulter d'un interrogatoire long et éprouvant et donc

---

constituaient un des chapitres les plus funestes de toute l'histoire de la procédure pénale et déclenchaient probablement plus de victimes et de souffrance que la criminalité ordinaire elle-même », S. C. THAMAN, «L'autocondamnation dans la procédure pénale - la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité», in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 940.V. également Association d'études et de recherches de l'Ecole Nationale de la Magistrature, *L'aveu en matière pénale*, Bordeaux, Ecole Nationale de la Magistrature, 1987, p. 7 et s.

<sup>657</sup> R. DULONG, «La complexité de l'aveu», *Revue de la Gendarmerie nationale*, n° 201, 4ème trim. 2001, p. 109.

<sup>658</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1173.

<sup>659</sup> R. DULONG, «La complexité de l'aveu», *op. cit.*, p. 110.

<sup>660</sup> La Cour de cassation belge a eu l'occasion de préciser que l'aveu fait devant un fonctionnaire de police au cours de l'instruction n'est pas considéré comme un aveu judiciaire, Cass. 2 juin 1964, Pas. 1964, I, p. 1032. Pourtant, en France, l'aveu judiciaire est fait expressément et à titre principal à une autorité qui peut être un juge ou une autorité judiciaire, M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 304. Dans cette étude, nous assimilons l'aveu judiciaire à l'aveu juridictionnel.

<sup>661</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 191.

<sup>662</sup> J. R. SPENCER, «Evidence», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 595.

<sup>663</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 305.

être faits par lassitude<sup>664</sup>, ou dans le but de mettre un terme à une mesure privative de liberté. L'aveu peut également résulter de l'exercice de violences physiques ou morales<sup>665</sup>, par fraude ou par ruse. L'appréciation de l'aveu doit donc nécessairement être prudente et remettre en cause sa fiabilité.

**106. La place indifférenciée de l'aveu dans les droits continentaux.** En Belgique et en France, l'aveu n'est qu'un élément de preuves parmi d'autres, peu importe le moment où il a été fait. Ce n'est plus la reine de preuves : il est important mais plus essentiel. Par conséquent, l'aveu fait devant le juge est en théorie aussi important que celui fait devant les forces de police. L'appréciation de l'aveu, qu'il soit judiciaire ou extra-judiciaire, est laissée à la discrétion du juge judiciaire. Ainsi, si l'intéressé se rétracte et retire son aveu, le juge en tire souverainement les conclusions qu'il souhaite<sup>666</sup>, peut le tronquer et n'en utiliser qu'une partie. Ses déclarations pourront être utilisées et appréciées par le juge ou tout aussi bien être écartées, en fonction des autres éléments de preuves venant les confirmer ou les remettre en cause. Lorsque l'aveu est réitéré devant le juge, il sera plus difficile de ne pas en tenir compte et de le mettre à l'écart<sup>667</sup>. La situation est plus délicate lorsque l'accusé se rétracte et nie les faits qu'il avait avoués auparavant. Le « coupable » pourra se rétracter devant le juge par peur ou angoisse de la sanction proche, en pensant qu'un mensonge à l'audience pourrait sauver son sort<sup>668</sup>, ou par peur des représailles s'il réitère ses déclarations en public. A l'inverse, « l'innocent » peut revenir sur ses déclarations faites durant les interrogatoires de police. Les autorités enquêtrices peuvent parfois se montrer pressantes pour obtenir l'aveu, et les techniques d'interrogatoires, rusées et élaborées par des années de pratique au contact de délinquants : simulation de sympathie, minimisation de la gravité de l'infraction et donc le sentiment de culpabilité, justification de l'acte en affirmant qu'une telle réaction était « naturelle »<sup>669</sup>. Le juge doit tenter de démêler le vrai du faux dans ce revirement d'attitude.

---

<sup>664</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 120.

<sup>665</sup> Association d'études et de recherches de l'Ecole Nationale de la Magistrature, *L'aveu en matière pénale*, 1987, *op. cit.*, p. 18.

<sup>666</sup> B. BOULOC, «Les abus en matière de procédure pénale», *RSC*, Vol. 2, avr.-juin, 1991, 222. V. également M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1173. : « le droit belge tolère l'aveu extrajudiciaire dont la force probante est, dans une certaine mesure, laissée à l'appréciation des juges ».

<sup>667</sup> « Fait en justice, l'aveu paraît une preuve supérieure à toute autre : comment en effet un individu, qui n'ignore pas les conséquences de son geste, pourrait-il passer un aveu, si celui-ci n'était pas conforme à la vérité ? », R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 191.

<sup>668</sup> Comme l'a énoncé la Cour de cassation française, la rétraction de l'aveu ne détruit pas la force probante des déclarations précises et circonstanciées faites antérieurement devant des autorités policières, le juge apprécie souverainement la force probante des éléments de preuve soumis au débat contradictoire, Cass. crim., 30 mars 1989, pourvoi n° 88-84661, non publié au bulletin.

<sup>669</sup> J. SUSINI, «Aspects modernes de l'aveu (Une authentique problématique policiologique)», *RSC*, n° 1, 1984, p. 819.

L'appréciation de l'aveu est alors guidée par la prudence pour éviter toute erreur judiciaire<sup>670</sup>, tandis que les conditions de son obtention se doivent d'être irréprochables. L'importance donnée à l'aveu extra-judiciaire pousse à renforcer les garanties entourant son obtention. Cela nécessite un gros travail en amont car une fois les déclarations obtenues, il sera difficile de les exclure du dossier à charge, même si l'aveu est vicié<sup>671</sup>.

**107. La place privilégiée de l'aveu dans la procédure anglaise.** Au Royaume-Uni, l'aveu garde une place particulière par rapport aux autres moyens preuves, celui-ci pouvant intervenir dans le cadre de la procédure du « plaider coupable » et en constituer l'unique preuve. C'est également le cas en France, l'aveu étant « aussi un élément déclencheur de certaines procédures, la composition pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, qui permettent un règlement rapide de certaines affaires notamment de nature délictuelle »<sup>672</sup>. Le danger ici est celui d'un aveu faussé, négocié dans le but d'avoir une réduction de peine certaine<sup>673</sup>. Dans le cas où l'accusé ne plaide pas coupable, son aveu sera examiné au même titre que les autres preuves présentées à l'audience. La règle de l'interdiction de la preuve par ouï-dire, restreignant fortement le principe de liberté, conduirait à exclure toute déclaration qui n'est pas faite à l'audience. Cependant, la recevabilité de l'aveu extra-judiciaire comme preuve représente une des nombreuses exceptions au principe : il a toujours été admissible comme preuve de l'infraction<sup>674</sup>. Il semble important d'en garantir l'intégrité en assurant la protection des droits fondamentaux du suspect lors de son recueil, même si cela n'a pas toujours été le cas au Royaume-Uni<sup>675</sup>.

### 3. Des perspectives encourageantes au regard de l'aveu recueilli à l'étranger

**108. L'admissibilité mutuelle de l'aveu extra-judiciaire.** Le constat sur l'aveu extra-judiciaire dans les pays étudiés semble positif à l'égard des procédures d'enquêtes transfrontières : l'aveu recueilli par les autorités judiciaires avant l'audience peut être utilisé lors du procès pénal au même titre que d'autres éléments de preuve comme des saisies ou

---

<sup>670</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 120.

<sup>671</sup> Sur les mécanismes d'exclusion des preuves recueillies illégalement et irrégulièrement, v. dans la même Partie, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>672</sup> A. SCATTOLIN, «La parole mise au service du système répressif», in *Mélanges offerts à Jean PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 545.

<sup>673</sup> Aux Etats-Unis, l'aveu est négocié entre la défense et la parquet, à travers de promesses ou de pressions, comme la concession de la liberté provisoire ou la promesse d'une atténuation de la peine, S. C. THAMAN, «L'autocondamnation dans la procédure pénale - la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité», in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 941.

<sup>674</sup> J. R. SPENCER, «Les limites en matière de preuve - Aspects actuels», *op. cit.*, p. 44.

<sup>675</sup> L'aveu pourra être exclu en raison des moyens utilisés pour parvenir à son obtention, v. le Titre suivant sur la recevabilité de la preuve.

des analyses ADN, que ce soit pour déterminer la culpabilité ou la peine. Ainsi, dans un contexte d'échange, dans l'hypothèse où les conditions d'obtention de l'aveu ont été respectueuses des droits fondamentaux, rien n'empêche leur utilisation dans un autre État. Prenons par exemple le cas d'une personne jugée au Royaume-Uni mais qui avait été interrogée en France avant son extradition vers le Royaume-Uni. Il est tout à fait concevable que les aveux consignés ou filmés soient utilisés comme élément de preuve au procès, et inversement. Ainsi, le principe de ouï-dire étant exclu, la question des différences entre les systèmes inquisitoires ou accusatoire se trouve réduite : les aveux extra-judiciaires étrangers sont en principe recevables et n'occupent pas une place déterminante dans la décision.

## B. Le témoignage

**109. Notion.** Le témoignage est « le récit fait par une personne, à l'occasion d'un procès, de ce qu'elle prétend avoir vu ou entendu »<sup>676</sup>. C'est un renseignement fourni à la justice, portant sur les faits eux-mêmes, les circonstances entourant ces faits, ou encore sur la moralité de la personne poursuivie<sup>677</sup>. Ce moyen de preuve a toujours eu une place très importante au procès pénal. D'une part, c'est une preuve dont l'obtention est aisée, la présence de témoins ayant assisté à la commission de l'infraction, ou pouvant apporter une quelconque précision sur les faits ou leur auteur, peut rapidement être déterminée par les autorités enquêtrices. De plus, émanant de personnes étrangères à l'infraction<sup>678</sup>, les déclarations des témoins inspirent confiance en ce qu'elles apparaissent comme désintéressées, contrairement aux déclarations du suspect<sup>679</sup>. Alors que le droit anglais a un temps condamné fermement le recours au témoignage indirect<sup>680</sup> (ouï-dire), les régimes continentaux sont beaucoup plus flexibles et ne s'opposent pas au recueil d'un témoignage indirect mais utile à la manifestation de la vérité<sup>681</sup>, venant compléter le faisceau de preuves présentées.

---

<sup>676</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 317.

<sup>677</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1180.

<sup>678</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 120.

<sup>679</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 317.

<sup>680</sup> Cette fermeté n'étant plus d'actualité, comme nous l'avons précédemment présenté.

<sup>681</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 604. Le juge doit cependant tenir compte de la fragilité d'un témoignage indirect dans l'appréciation de sa force probante et peut même refuser d'entendre une personne ignorant tout des faits de l'espèce, M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 1181. En Belgique, la force probante n'est pas clairement déterminée mais l'usage du témoignage indirect n'est pas proscrié. Aussi, il est apprécié comme les autres moyens de preuves par le juge pénal. V. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 83 et s.

L'audition des témoins est primordiale dans un procès pénal équitable<sup>682</sup> : la sincérité et la fiabilité de leurs déclarations doit pouvoir être discutée par les parties grâce aux interrogatoires et contre-interrogatoires. Aussi, les évolutions récentes relatives à ce moyen de preuve sont susceptibles de porter atteinte aux droits de la défense en la privant de la possibilité de mettre en cause les témoignages dans des conditions équitables.

**110. Évolution du témoignage.** Le témoignage est un moyen de preuve traditionnel dont la manifestation a été complètement métamorphosée ces dernières années. Cette évolution témoigne de la volonté des États d'accentuer un peu plus l'efficacité de la répression, parfois au mépris de l'exercice effectif des droits de la défense, au profit de la protection de la victime ou du témoin. Deux exemples de la mutation du témoignage traduisent ce mouvement d'évolution de la preuve pénale : le recours au témoignage anonyme d'une part (1), et le témoignage par vidéoconférence d'autre part (2).

#### 1. Le témoignage anonyme : l'ouverture à l'échange de preuve

Après avoir abordé la définition de cette nouvelle forme de production du témoignage (a) seront présentées les réticences quant à son utilisation devant une juridiction répressive (b).

##### *a. Une nouvelle forme de production du témoignage*

**111. L'anonymisation nécessaire du témoignage.** Le témoignage anonyme revêt plusieurs aspects<sup>683</sup>. Dans un sens strict, il peut être défini comme « tout renseignement porté à la connaissance des autorités de police ou des autorités judiciaires, sous la condition que l'identité du témoin ne soit pas communiquée à la défense »<sup>684</sup>. Le recours au témoignage anonyme s'impose le plus souvent dans l'intérêt du témoin ou de la victime. Le témoin peut être soumis à des pressions, des menaces ou du chantage ou toute autre violence morale visant à le dissuader de témoigner<sup>685</sup>. L'anonymisation est alors nécessaire à la protection du

---

<sup>682</sup> M. GUERRIN, Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. trim. dr. h.*, n° 49, 2002, p. 45.

<sup>683</sup> La question des renseignements collectés grâce aux infiltrés ou autres informateurs n'est pas traitée dans le cadre du témoignage anonyme mais sera envisagée dans le § 2 de la même section.

<sup>684</sup> M. GUERRIN, «Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. Trim. D.H.*, n° 49, 2002, p. 48.

<sup>685</sup> Le témoin se trouve alors dans une position particulièrement vulnérable, comme celle de l'employé intimidé de donner une preuve en défaveur de son employeur, celle des victimes de trafic d'êtres humains, celle des membres de la famille de l'accusé. Exemples issus de J. McEWAN, «The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union», *ERA-Forum*, vol. 10, 2009, p. 375.

déclarant, sa présence à l'audience représentant un danger pour sa propre sécurité et éventuellement celle de sa famille. Le but ici est d'empêcher l'identification du témoin par la personne poursuivie mais également par des contacts qui assisteraient à l'audience, pour éviter des représailles. Le recours au témoignage anonyme se justifie donc essentiellement dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, le grand banditisme, ou encore le trafic de stupéfiants<sup>686</sup>.

**112. Les moyens de l'anonymisation.** L'anonymisation peut être assurée de plusieurs façons. Le témoin peut ne pas être physiquement présent lors du procès pénal : il aura pu déposer devant le magistrat instructeur et la déposition sera lue à l'audience<sup>687</sup>. Ensuite, les informations personnelles du témoin peuvent être tenues secrètes, comme son nom, ou son adresse. Lors de la déclaration effective, des techniques de modification de la voix ou l'utilisation d'un écran opaque interposé entre le témoin et la personne poursuivie peuvent prévenir toute identification<sup>688</sup>. Le public présent à l'audience peut également être invité à quitter la salle pour que le témoignage soit effectué en privé<sup>689</sup>.

*b. Les réticences quant au recours au témoignage anonyme*

**113. L'atteinte aux droits de la défense.** Le témoignage anonyme suscite intérêt et méfiance de la part des autorités poursuivantes et de la défense. Le recours à l'anonymisation permet au témoin de faire ses déclarations librement, sans se sentir menacé. Ses déclarations ne sont pas influencées par la peur ou une quelconque pression exercée par une partie, et l'émotion que peut occasionner une confrontation avec l'accusé étant ménagée, l'intégrité et la fiabilité du témoignage n'en sont que préservées. Cependant, cette protection du témoin est à double tranchant : à l'image des critiques exposées justifiant l'interdiction du oui-dire, la présence du témoin à l'audience permet le débat et la mise en difficulté du témoin qui aurait menti ou plus simplement déformé, volontairement ou non, sa perception des faits. L'anonymisation représenterait alors un frein à la manifestation de la vérité mais également une atteinte au procès équitable et plus particulièrement au respect du contradictoire. Si la

---

<sup>686</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Exigence de délai raisonnable - présomption d'innocence - Droits spécifiques du prévenu*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 468.

<sup>687</sup> CEDH, 24 nov. 1986, *Unterpertinger c. Autriche*, req. n° 9120/80, *Série A* n° 110 : dans cette affaire, la femme et la belle-fille de l'inculpé avaient refusé de témoigner à l'audience et leurs déclarations faites à la gendarmerie avaient été lues et donc appréciées en tant qu'éléments de preuves.

<sup>688</sup> G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 430.

<sup>689</sup> *Ibid.*, p. 428.

fiabilité et la crédibilité des témoignages participent au caractère équitable du procès<sup>690</sup>, le respect des droits reconnus à la défense, notamment au droit de l'accusé à interroger le témoin en est une condition expresse<sup>691</sup>. Dans l'affaire *Unterpertinger c. Autriche*, la Cour a ainsi rappelé que la lecture des déclarations des témoins, consécutive à leur refus de témoigner physiquement à l'audience, même s'il est autorisé par la loi, ne saurait priver l'accusé de son droit de les interroger ou les faire interroger, au moment de la déposition ou plus tard<sup>692</sup>. Pour la Cour, les dangers d'une situation où l'accusé ne pourrait avoir une chance de remettre en cause la vérité ou l'exactitude des déclarations sont évidents<sup>693</sup>.

**114. Les critères de l'admission du témoignage anonyme posés par la Cour EDH.** Si l'intimidation des témoins et la crainte des représailles nécessitent l'aménagement de la présentation du témoignage, la Cour EDH a posé des conditions strictes encadrant la recevabilité du témoignage anonyme dans le respect du caractère équitable du procès pénal<sup>694</sup> tendant à rendre le recours à ce moyen de preuve exceptionnel, voire inutile<sup>695</sup>. Dans l'affaire *Kostovki*<sup>696</sup>, le requérant avait été condamné sur la base de déclarations faites au poste de police et devant le juge d'instruction, par des témoins souhaitant garder l'anonymat par peur des représailles. La Cour de Strasbourg a condamné les Pays-Bas car, bien que consciente des difficultés inhérentes à la poursuite de la délinquance organisée, elle estime que l'impossibilité pour la défense de questionner les témoins à un quelconque moment de la procédure, et l'absence de compensation des obstacles auxquels elle se heurtait, sont inconciliables avec la conception de procès équitable qu'elle protège<sup>697</sup>. La Cour a donc posé trois conditions cumulatives à l'admission du témoignage anonyme : le juge doit intervenir afin de s'assurer de la crédibilité du témoin, la défense doit pouvoir lui poser des questions au cours de la procédure et mettre en doute la crédibilité des déclarations, et enfin, d'autres preuves doivent

---

<sup>690</sup> M. GUERRIN, «Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 49.

<sup>691</sup> Art. 6, 3 de la Convention EDH : tout accusé a droit à « interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

<sup>692</sup> CEDH, 24 nov. 1986, *Unterpertinger c. Autriche*, *op. cit.*, § 31 et s.

<sup>693</sup> CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski c. Pays-Bas*, req. n° 11454/85, *Série A* n°166, § 42.

<sup>694</sup> En effet, la CEDH s'interdit toute immixtion dans les règles internes régissant l'admissibilité et la recevabilité de la preuve mais l'examen qu'elle fait du caractère équitable du procès pénal lui permet de se prononcer indirectement sur ces points là.

<sup>695</sup> Des conditions strictes posées par la Cour de Strasbourg résulte une situation paradoxale : le témoignage anonyme ne peut être la preuve déterminante de la culpabilité et doit alors être accompagné de preuves suffisantes pour établir la culpabilité. Ainsi, un témoignage anonyme est licite s'il est superflu. V. M. GUERRIN, «Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 55.

<sup>696</sup> CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski c. Pays-Bas*, *op. cit.*

<sup>697</sup> *Ibid.*, § 44.

accompagner le témoignage anonyme<sup>698</sup>. Par ailleurs, « l'emploi ultérieur de déclarations anonymes comme des preuves suffisantes » et fondant à un degré déterminant la condamnation constitue une restriction aux droits de la défense incompatible avec les garanties de l'article 6 de la Convention<sup>699</sup>.

**115. Les critères nationaux.** La stricte position de la juridiction des droits de l'homme sur le témoignage est suivie par de nombreux États. En France, l'anonymisation totale<sup>700</sup> du témoin est possible lorsque son audition est « susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches »<sup>701</sup>. La loi énonce plusieurs conditions pour justifier le recours au témoignage anonyme : l'infraction doit être punie de 3 ans d'emprisonnement au moins, l'audition est susceptible de mettre gravement en danger la vie du témoin ou de sa famille, et la connaissance de l'identité du témoin n'est pas indispensable au respect des droits de la défense<sup>702</sup>. Conformément à la jurisprudence européenne, une dernière exigence est requise : ces déclarations ne peuvent constituer le seul fondement de la condamnation<sup>703</sup>. La législation belge est elle aussi conforme aux conditions posées par la Cour EDH : la condamnation ne peut être fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur des déclarations faites sous couvert de l'anonymat. De plus, le recours au témoignage totalement anonyme ne peut intervenir que dans le cadre de la poursuite de certaines infractions<sup>704</sup>, sur décision du juge d'instruction ou du juge du fond<sup>705</sup>. Au Royaume-Uni, l'admissibilité du témoignage anonyme est règlementée par le *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008*, ayant aboli les règles de *common law* en la matière. Trois exigences sont examinées pour justifier le recours au témoignage anonyme : la mesure d'anonymisation est nécessaire pour la sécurité du témoin ou dans l'intérêt public, l'équité procédurale sera néanmoins préservée, et

---

<sup>698</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Exigence de délai raisonnable - présomption d'innocence - Droits spécifiques du prévenu*, 2006, *op. cit.*, p. 474.

<sup>699</sup> *Ibid.* V. aussi : CEDH, 23 avril 1997, *Van Mechelen c. Pays-Bas*, req. n° 21363/93, n°21364/93, n°21427/93 et n°22056/93, *Recueil des arrêts et des décisions* 1997-III, § 54 et 55 ; CEDH, 15 juin 1992, *Lüdi c. Suisse*, req. n°12433/86, *Série A* n°238. Ce point a cependant récemment été remis en cause, la preuve par témoignage anonyme peut être déterminante si les garanties procédurales apportées en contrepartie à la défense sont solides, CEDH, 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

<sup>700</sup> L'anonymisation partielle du témoin est possible par l'occultation de son domicile, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 660. Cette faculté est également possible en Belgique, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1196.

<sup>701</sup> Art. 706-58 du CPP.

<sup>702</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 660.

<sup>703</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 605.

<sup>704</sup> Prévues à l'art. 90ter 6 2 et § 4 du CIC.

<sup>705</sup> C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 93. Sur les conditions du recours au témoignage anonyme, v. dans le même ouvrage, p. 95 et s.



les déclarations du témoins sont nécessaires et dans l'intérêt de la justice<sup>706</sup>. Le fait que le témoignage soit la seule preuve décisive de l'issue du procès n'est pas explicitement une cause de rejet du témoignage anonyme. Cependant, dans l'appréciation de la condition relative à l'équité procédurale, plusieurs considérations entrent en compte dont le poids décisif de cette preuve sur la décision de culpabilité<sup>707</sup>. Ainsi, si la preuve est « unique et décisive », la condition relative au respect du droit à un procès équitable sera difficile à remplir<sup>708</sup>.

## 2. Le témoignage par visioconférence : une forme adaptée à l'enquête transnationale

Proche du témoignage anonyme, le recours à la vidéoconférence constitue une autre forme de témoignage évitant au témoin d'être physiquement présent, voire identifiable à l'audience. Si elle apparaît moins attentatoire à l'équité procédurale que le témoignage anonyme, le recours à l'audition à distance soulève néanmoins des interrogations au regard du respect des droits de la défense (a). Pourtant, l'utilisation de la vidéoconférence semble être une opportunité formidable destinée à faciliter la coopération judiciaire entre les États membres<sup>709</sup> (b).

### *a. Le conflit entre les nécessités de l'enquête et le respect de l'équité procédurale*

Si les avantages du recours à la vidéoconférence sont indéniables (i), les risques d'atteinte au droit de la défense sont cependant présents (ii).

#### *i. Les raisons du recours à la visioconférence*

**116. Définition.** La vidéoconférence ou visioconférence<sup>710</sup> telle qu'envisagée ici est une technique de production de la preuve par témoignage à l'audience. Ce procédé de téléconférence permet la transmission de son et d'images entre personnes éloignées : celles-ci

---

<sup>706</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 156.

<sup>707</sup> Sect. 5(2) c) du *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008*.

<sup>708</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 157.

<sup>709</sup> Déjà en 1997, l'audition à distance était présentée comme un moyen d'améliorer la coopération internationale, P. LABREGÈRE, «L'audition à distance, une nouvelle forme d'entraide judiciaire», *Droit pénal*, août-sept. 1997, p. 6.

<sup>710</sup> Les deux termes sont synonymes.

peuvent dialoguer et échanger en temps réel face à un écran<sup>711</sup>. Cette technique peut être utilisée à différentes phases de la procédure. Pendant l’instruction par exemple, le magistrat instructeur peut organiser l’interrogatoire d’un témoin sans requérir sa présence physique. Lors du procès, le juge a également la possibilité d’user de la visioconférence pour organiser une audition à distance d’un témoin, de la victime ou d’un expert par exemple, qui pourra répondre immédiatement aux questions qui lui sont posées. Dans une situation idéale, le juge et les jurés doivent avoir la possibilité de voir le témoin, son visage et son corps mais également d’entendre clairement et simultanément sa voix. Seule cette situation leur permet d’analyser la gestuelle du témoin, déceler un éventuel stress ou une hésitation à répondre.

**117. Les avantages du recours à l’audition à distance.** L’utilisation de la vidéoconférence lors d’une audience pénale présente de nombreux avantages, quelle intervienne au niveau national ou transnational. Tout d’abord, l’utilisation de cette technique évite au témoin de se présenter à l’audience. On ne parle pas ici de convenance personnelle mais de contraintes géographiques occasionnant des difficultés voire une impossibilité à se présenter à l’audience pour témoigner. Le témoin peut se trouver relativement loin du lieu de jugement. Organiser son déplacement pour assurer sa présence physique engendrerait alors des coûts<sup>712</sup>, et une perte de temps pour les agents de l’État mais également pour la défense et son représentant. Dans le cas de figure où le témoin est détenu dans un établissement pénitentiaire sur le territoire de la juridiction compétente, sa présence à l’audience requiert un transfert ou une « extraction ». Outre la mobilisation d’un grand nombre d’agent pour une période prolongée<sup>713</sup>, la surveillance d’un détenu lors d’un transfert est plus difficile à assurer, les occasions de profiter d’un moment d’inattention pour s’enfuir étant multipliées<sup>714</sup>. Dans le cas où le témoin est aussi une victime, ce moyen de témoigner lui apporte une certaine sécurité en lui permettant de maintenir une distance physique et morale avec l’auteur de l’infraction<sup>715</sup>.

---

<sup>711</sup> So. DE BIOLLEY, «La visioconférence pénale. État des lieux des pratiques et des recherches scientifiques en Europe et en Belgique», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2010, p. 1097.

<sup>712</sup> Il est évident que la mise en place d’un équipement technique permettant l’utilisation de la vidéoconférence est à prendre en compte mais ici, le postulat de départ est que l’équipement est déjà en place.

<sup>713</sup> Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Monsieur Delarue, du 14 octobre 2011 relatif à l’emploi de la visioconférence à l’égard de personnes privées de liberté, *JO* n°0260 du 9 novembre 2011, texte n°65.

<sup>714</sup> P. VAN ROTTERDAM, «True-to-life»: key success factors for transnational use of videoconferencing in judicial procedure in the European Union, intervention lors de la conférence « *Transnational use of video conferencing in court* » les 24 et 25 novembre 2011 à Trier.

<sup>715</sup> M. MOS, The use of videoconference in the Netherland, Intervention lors de la conférence « *Transnational use of video conferencing in court* » les 24 et 25 novembre 2011 à Trier.

**118. Les inconvénients du recours à la visioconférence.** D'un point de vue matériel, la fiabilité des équipements techniques doit être irréprochable pour que la qualité du témoignage soit proche de celle qui pourrait être atteinte en cas de présence physique du témoin. La force du témoignage dépend alors de la qualité de l'image et du son, de l'absence de coupure ou problème technique. Sa fiabilité peut par exemple être altérée par une désynchronisation entre l'image et le son, ou par une déformation de la voix du témoin<sup>716</sup>. Par ailleurs, le rituel du témoignage en audience juridictionnelle est lourd et crée une atmosphère particulière. Lors d'un témoignage par vidéoconférence, le témoin ne ressent pas cette pression de la vérité dans la même mesure, il se trouve le plus souvent dans des locaux familiers qui peuvent créer une certaine décontraction propice à l'invention ou tout du moins, au manque de rigueur et d'exactitude des déclarations.

Les réserves relatives à la protection des droits de la défense qui ont pu être exprimées renforcent cette méfiance vis-à-vis de la vidéoconférence. Tout d'abord, le comparant n'est pas physiquement présent et ne se trouve pas dans la même situation que la défense : la présence d'un public physique combinée à la difficulté de s'exprimer oralement vient rompre l'égalité qu'il aurait pu y avoir entre l'accusé et le témoin<sup>717</sup>. La mise en œuvre d'un contre-interrogatoire reste indispensable mais peut perdre sa spontanéité, sa force et son impact, et donc son effectivité lorsqu'il est fait par écrans interposés. De plus, si la personne soumise à la vidéo-comparution<sup>718</sup> est l'accusé, l'échange avec son avocat, le plus souvent présent à l'audience, n'est pas facilité : ils ne peuvent échanger des documents, et la confidentialité de leurs entretiens est menacée.

Ces critiques restent pourtant abstraites, et la violation des droits de la défense ne reste que potentielle. Aussi, la Cour EDH a validé le recours à la vidéoconférence dans la mesure où la confidentialité des entretiens entre l'avocat et l'accusé est respectée<sup>719</sup>, et poursuit des buts légitimes tels que « la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sûreté des témoins et des victimes des infractions, ainsi que le respect de l'exigence du « délai raisonnable » de durée des procédures

---

<sup>716</sup> P. VAN ROTTERDAM, « True-to-life » : key success factors for transnational use of videoconferencing in judicial procedure in the European Union, intervention lors de la conférence « *Transnational use of video conferencing in court* » les 24 et 25 novembre 2011 à Trier.

<sup>717</sup> Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Monsieur Delarue, du 14 octobre 2011 relatif à l'emploi de la visioconférence à l'égard de personnes privées de liberté, *op. cit.*

<sup>718</sup> Terme emprunté à So. DE BIOLLEY, « La vidéo-comparution en Belgique : une solution sans problème », *Déviance et société*, vol. 37, 2013, p. 305 et s.

<sup>719</sup> CEDH, 5 oct. 2006, *Marcello Viola c. Italie*, req. n° 45106/04, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XI, § 61.

judiciaires »<sup>720</sup>. Ainsi, de part la faiblesse de ses inconvénients, le recours à la visioconférence peut être privilégié dans le cadre de procédures transfrontières.

*b. L'expansion inévitable de la visioconférence*

**119. Des divergences nationales réduites.** Les procédures pénales nationales présentent des divergences quand à la justification du recours à ces techniques spéciales<sup>721</sup>, mais également quand aux personnes susceptibles d'être concernées : accusé, témoins, experts, avocats ou victimes<sup>722</sup>. Cependant, les dernières années ont été marquées par la volonté de promouvoir ces techniques au niveau national et international. C'est le cas de l'Espagne où plusieurs réformes législatives successives ont fourni la base légale nécessaire à l'expansion de la visioconférence dans les auditions et ont ainsi conduit à la mise en place du matériel nécessaire dans les cours nationales<sup>723</sup>. Peu avant<sup>724</sup>, la Belgique avait également complété sa législation de dispositions concernant la visioconférence. Deux catégories de personnes peuvent alors en bénéficier : « le témoin menacé, à qui la Commission de protection des témoins a octroyé une mesure de protection » et plus intéressant encore, « un témoin, un expert ou une personne soupçonnée résidant à l'étranger lorsque la réciprocité en la matière est garantie, avec son accord, s'il n'est pas souhaitable ou possible que la personne à entendre comparaisse en personne »<sup>725</sup>. Le Royaume-Uni, que l'on sait très attaché à la comparution physique lors de l'audience, a pourtant suivi ses voisins européens avec le *Criminal Justice Act 2003*<sup>726</sup>, en autorisant les personnes se trouvant en dehors du Royaume-Uni à témoigner par visioconférence. Cependant, à la différence de la Belgique ou de la France<sup>727</sup>, l'usage de la visioconférence pour l'audition d'un témoin à l'étranger relève d'un régime particulier, découlant des mécanismes de coopération judiciaire internationale<sup>728</sup>.

---

<sup>720</sup> *Ibid.*, § 72.

<sup>721</sup> Le recours à la visioconférence est la plupart du temps réservé aux cas exceptionnels où le témoin se trouve dans une situation particulière (besoin de protection ou minorité). Certains États sont plus restrictifs comme la Hongrie qui pose comme condition une menace sérieuse à la sécurité de la société, qui ne peut être garantie que par le recours à la visioconférence. V. So. DE BIOLLEY, « La visioconférence pénale. État des lieux des pratiques et des recherches scientifiques en Europe et en Belgique », *op. cit.*, p. 1102.

<sup>722</sup> La question de l'admissibilité de la preuve et du recueil d'un témoignage n'amène pas à développer plus longuement sur la comparution de l'accusé par visioconférence.

<sup>723</sup> Conseil de l'Union Européenne, « Questionnaire on videoconferencing - Compilation of answers », Bruxelles, le 25 fév. 2008, 6709/1/08 REV 1, JURINFO 19 COPEN 36 JUSTCIV 32, p. 113.

<sup>724</sup> Par la loi du 2 août 2002 relative au recueil de déclarations au moyen de médias audiovisuels, v. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 351.

<sup>725</sup> Art. 112 du CIC.

<sup>726</sup> « *Live links in criminal proceedings* », art. 51 et s. du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>727</sup> Art. 706-71 du CPP.

<sup>728</sup> Art. 29 du *Crime (International co-operation) Act 2003*.

**120. Une technique plébiscitée au niveau européen.** Au niveau supranational, la situation est régie par des engagements bilatéraux mais également par des instruments de plus grande envergure. C'est le cas par exemple de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe de 1959 et de son deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2001<sup>729</sup>. Dans le cadre de l'Union européenne, c'est principalement la Convention relative à l'entraide judiciaire pénale du 29 mai 2000<sup>730</sup> qui encadre le recours à la visioconférence. Ainsi, l'article 10 offre le cadre juridique nécessaire à la mise en place d'audition par vidéoconférence dans le cadre de la coopération entre autorités judiciaires nationales. Des règles minimales sont énoncées comme par exemple la présence d'un interprète, la nécessaire identification de la personne par l'autorité judiciaire compétente, ou l'établissement d'un procès-verbal à l'issue de l'audition, reprenant les principales informations. L'audition d'une personne pénalement poursuivie est également envisagée par l'article, mais son accord préalable est indispensable.

L'engouement de l'Union européenne pour ces nouvelles techniques d'investigations s'est intensifié ces dernières années. Dans une communication du 30 mai 2008<sup>731</sup>, la Commission européenne a lancé une stratégie européenne en matière d'*e-justice*<sup>732</sup>, dans le but « d'améliorer l'accès à la justice, la coopération entre autorités judiciaires et l'efficacité de la justice elle-même ». A suivi un plan d'action<sup>733</sup> du Conseil prévoyant, entre autres, l'amélioration de l'utilisation des techniques de visioconférence, par exemple par « la mise en ligne d'un manuel de l'utilisateur » ou « de l'information actualisée sur l'équipement des juridictions en visioconférence et sur les conditions juridiques de son utilisation »<sup>734</sup>. Un « guide sur la visioconférence dans les procédures judiciaires transfrontières »<sup>735</sup> présente désormais les aspects pratiques, techniques et juridiques du recours à la visioconférence, à

---

<sup>729</sup> L'article 9 du deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, calqué sur l'article 10 de la Convention relative à l'entraide judiciaire pénale entre États membres de l'Union européenne, prévoit un cadre juridique pour les « auditions par vidéoconférence ».

<sup>730</sup> Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE* n° C 197, du 12 juil. 2000, p. 1.

<sup>731</sup> Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, et au Comité économique et social européen, Vers une stratégie en matière d'e-Justice, Bruxelles, 30 mai 2008, COM(2008)0329 final.

<sup>732</sup> Dans cette communication, elle définit l'e-justice comme « le recours aux technologies de l'information et de la communication pour améliorer l'accès des citoyens à la justice et l'efficacité de l'action judiciaire entendue comme tout type d'activité consistant à régler un litige ou à sanctionner pénalement un comportement ».

<sup>733</sup> Conseil de l'Union Européenne, Plan d'action pluriannuel 2009-2013 relatif à l'e-Justice européenne, JOUE C75/1 du 31 mars 2009.

<sup>734</sup> *Ibid.*, en annexe au plan d'action.

<sup>735</sup> Conseil de l'Union Européenne, « Guide sur la visioconférence dans les procédures judiciaires transfrontières », Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2009 (disponible également en ligne [http://www.fbe.org/IMG/pdf/Guide\\_visioconference\\_e-justice.pdf](http://www.fbe.org/IMG/pdf/Guide_visioconference_e-justice.pdf)).

l'adresse notamment des professionnels du droit, des greffiers et du personnel technique<sup>736</sup>. Ce manuel émet ainsi des conseils concrets relatifs à la réservation des salles d'audience ou d'audition des témoins, à l'établissement de contacts entre les experts techniques de chaque juridiction ou l'optimisation de la qualité de l'image en évitant tout mouvement<sup>737</sup>.

Le cas de la coopération judiciaire entre la Roumanie et l'Italie est un exemple réussi de l'utilisation de la vidéoconférence en matière d'infraction transnationale. En effet, l'Italie est un État précurseur en la matière. Poussée par un phénomène mafieux important, la protection de la sécurité du témoin a justifié le recours à la vidéoconférence pendant les audiences pénales dès 1992<sup>738</sup>. Mais cet usage est loin d'être limité aux procédures nationales. À titre d'exemple, selon Monsieur Amorosi, magistrat de liaison italien situé en Roumanie, une des principales missions de sa fonction est l'organisation de vidéoconférence, au rythme soutenu de trois fois par semaine<sup>739</sup>.

**121. Conclusion du paragraphe 1.** Parmi tous les moyens de preuves pouvant être produits devant une juridiction répressive, notre choix s'est délibérément porté sur deux moyens de preuves traditionnels qui ont su s'adapter aux évolutions de la criminalité. Ces modifications sont symptomatiques d'une nécessité pour la procédure pénale nationale de s'adapter au phénomène d'internationalisation de la criminalité et donc des poursuites. Ainsi, tant la reconnaissance commune de l'aveu extra-judiciaire comme moyen de preuve, que le développement du témoignage anonyme et de la vidéo-comparution démontrent non seulement la volonté mais surtout la faisabilité juridique de l'admissibilité d'une preuve recueillie à l'étranger. Cette première conclusion est particulièrement favorable au développement de la coopération judiciaire entre les États membres, conduisant à l'utilisation par une juridiction nationale d'une preuve « européenne »<sup>740</sup>.

## § 2. Le développement de nouveaux moyens de preuves

La question probatoire a connu des mutations importantes ces dernières années, tant au regard des moyens de preuves que de leur mode d'obtention. Sous couvert du principe de

---

<sup>736</sup> So. DE BIOLLEY, «La visioconférence pénale. État des lieux des pratiques et des recherches scientifiques en Europe et en Belgique», *op. cit.*, p. 1100.

<sup>737</sup> Conseil de l'Union Européenne, « Guide sur la visioconférence dans les procédures judiciaires transfrontières », *op. cit.*, p. 12 et 18.

<sup>738</sup> So. DE BIOLLEY, «La visioconférence pénale. État des lieux des pratiques et des recherches scientifiques en Europe et en Belgique», *op. cit.*, p. 1101.

<sup>739</sup> Intervention de Roberto AMOROSI lors de la conférence « *Transnational use of video conferencing in court* » les 24 et 25 novembre 2011 à Trier.

<sup>740</sup> Cf. § n° 282.

liberté de la preuve, les moyens de preuves admis devant les juridictions pénales peuvent évoluer perpétuellement, dans le but d'assurer une protection juste de la société. En effet, c'est sous l'impulsion d'une criminalité toujours plus astucieuse, profitant de la maîtrise des avancées technologiques, que les autorités enquêtrices s'autorisent le recueil de nouveaux éléments de preuves (A). Cependant, l'apparition de nouveaux moyens de preuves ne va pas sans l'apparition de nouveaux risques : la technicisation du domaine, l'intervention de tiers et l'opacité de certaines mesures d'investigation, sont autant de facteurs représentant un danger pour la protection des droits fondamentaux de la personne poursuivie (B).

#### A. Le recours aux preuves techniques et scientifiques

Si la présence de la science au sein des institutions judiciaires est très ancienne<sup>741</sup>, la fin du XX<sup>ème</sup> siècle a été marquée par une transformation de l'enquête pénale et donc des moyens de preuves obtenus grâce à de nouvelles mesures d'enquête. Plusieurs phénomènes sont à l'origine de cette transformation et si une étude approfondie des causes de la modification de l'enquête pénale n'est pas envisageable dans le cadre de cette étude, certains phénomènes méritent d'être abordés comme « responsables » de l'apparition de nouveaux moyens de preuves (2). C'est le cas de l'évolution de la science biologique et technologique à laquelle l'évolution de la criminalité est intimement liée (1).

##### 1. La justification de l'évolution des moyens de preuves

**122. Le résultat de la modernisation globale de la société.** La délinquance moderne a évolué au même rythme que la société. Grâce à la facilitation des échanges internationaux tout d'abord, favorisant la commission d'infractions transnationales de grande envergure et affectant les intérêts et la population de plusieurs États<sup>742</sup>. C'est le cas du terrorisme et de la criminalité organisée : la poursuite et la prévention de ces comportements dangereux pour la démocratie et les droits des individus ont poussé les États à se tourner vers de nouveaux mécanismes d'investigations, voire à restreindre l'exercice des droits de la défense<sup>743</sup>. Grâce au développement de technologies nouvelles ensuite, offrant aux criminels

---

<sup>741</sup> C. PUIGELIER, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 475.

<sup>742</sup> Sur les nouveaux facteurs de développement des organisations criminelles, v. S. GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, 2005, *op. cit.*, p. 332.

<sup>743</sup> H. ANCEL, « Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 94 et s.

des moyens d'action sophistiqués et opaques<sup>744</sup>, faisant de la détection de l'infraction et de leur auteur une activité de plus en plus difficile<sup>745</sup>. Ces innovations techniques ont entraîné une mutation de certaines formes de criminalité traditionnelle comme le blanchiment de capitaux, l'escroquerie, ou encore la pédophilie. En effet, l'exploitation d'Internet est devenu un moyen privilégié pour commettre des infractions, les auteurs bénéficiant d'un certain anonymat<sup>746</sup> et d'une liberté nouvelle dans l'espace virtuel<sup>747</sup>. Face à ces problèmes internationaux, les États ont adopté des réponses comparables affectant le droit probatoire<sup>748</sup>.

## 2. De nouveaux moyens de preuves objectifs obtenus par des mesures d'investigations intrusives

Adapter les investigations aux nouvelles formes de criminalité est alors apparu nécessaire, et l'usage de la science indispensable<sup>749</sup>. Deux événements ont particulièrement marqué le nouvel engagement de la science biologique et technologique dans la matière pénale : l'apparition de l'empreinte génétique d'une part (a) et l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication d'autre part, avec la preuve électronique (b) et la preuve technologique (c).

### *a. La preuve génétique.*

**123. Une méthode d'identification fiable.** Les preuves génétiques ont véritablement marqué l'introduction de la science moderne dans la matière probatoire. L'analyse des empreintes digitales<sup>750</sup>, puis celle des empreintes génétiques, sont aujourd'hui devenues des

---

<sup>744</sup> D. THOMAS, «Les transformations de l'administration de la preuve pénale», *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 114.

<sup>745</sup> Par exemple par la « dérégulation des échanges, la sophistication des moyens de communication, l'existence d'un archipel planétaire de places spécialisées dans la gestion tolérée de la criminalité financière », *ibid.*, p. 117.

<sup>746</sup> Bien qu'il soit de plus en plus faciles pour les autorités judiciaires d'identifier les auteurs sur internet grâce aux adresses IP, mails etc., le flot continu d'information et de données transitant sur internet rend la tâche difficile.

<sup>747</sup> « Espace virtuel qu'aucune frontière ne délimite, qu'aucun fleuve ne borne, et qu'aucun pouvoir central ne régent, l'Internet est avant tout un nouvel espace d'expression humaine, un espace qui est celui de la liberté où chacun peut agir, s'instruire et s'exprimer », M. OLINET et K. MARTIN-CHENUT, «La preuve "cybernétique"», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 223.

<sup>748</sup> « Ces facteurs qui transcendent les spécificités nationales ont conduit tous les systèmes internes à choisir des voies de riposte – en matière de preuve – qui sont similaires ou à défaut voisines », G. GIUDICELLI-DELAGE, «Conclusions», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 329.

<sup>749</sup> D. THOMAS, «Les transformations de l'administration de la preuve pénale», *op. cit.*, p. 117.

<sup>750</sup> L'étude des empreintes digitales, ou encore dactyloscopie, date du début du 20<sup>ème</sup> siècle. F.-B. HUYGUE, *ADN et enquêtes criminelles*, 1ère. éd., Paris, PUF, 2008, p. 112.



procédures incontournables pour permettre l'identification de l'auteur d'une infraction. L'analyse biologique est fondée sur le constat selon lequel toute personne dépose et emporte à son insu des traces comprenant des cellules humaines<sup>751</sup>. Par l'établissement du profil génétique d'un individu grâce à un prélèvement corporel, la comparaison des résultats d'une analyse ADN<sup>752</sup> avec des prélèvements de salive, des traces de sperme, sang, cheveux ou ongles, trouvés sur les lieux de l'infraction ou sur la victime, permet d'établir le lien nécessaire entre les faits et l'auteur de l'infraction. La force de ce moyen de preuve tient à sa fiabilité et au haut degré de certitude atteint par l'identification des empreintes génétiques<sup>753</sup>

Si les analyses ADN étaient encore considérées comme le moyen de preuve innovant il y a quelques années, elles ont été rejointes par une nouvelle génération de preuves, comme par exemple, les preuves dites électroniques<sup>754</sup>.

#### *b. La preuve électronique*

**124. Définition.** Les preuves électroniques sont liées à Internet et aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, elles ne concernent pas uniquement la criminalité informatique. En effet, l'historique d'un moteur de recherche peut tout à fait trahir les intentions de l'auteur d'une infraction telle que le meurtre<sup>755</sup>. Cependant, c'est dans le développement d'une nouvelle forme de criminalité moderne<sup>756</sup> que les appareils numériques sont devenus de véritables « nids » à indices pour les enquêteurs. Les investigations portent alors sur les données de contenu et les données de trafic<sup>757</sup> : les premières sont les fichiers stockés sur un ordinateur, une tablette numérique ou un téléphone comme des photographies ou des courriers électroniques reçus, les secondes concernent les

---

<sup>751</sup> H. ANCEL, «La preuve biologique», in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 147.

<sup>752</sup> Chaque cellule de l'être humain contient le même ADN unique, à l'exception des jumeaux monozygotes. La comparaison de deux cellules indique alors si elles proviennent d'un même individu, ou d'établir un quelconque lien de parenté. V. F.-B. HUYGUE, *ADN et enquêtes criminelles*, 2008, *op. cit.*, p. 8 et s.

<sup>753</sup> Y. PADOVA, «À la recherche de la preuve absolue - Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques», *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 72. Cette fiabilité présumée constitue cependant le risque d'aveugler les enquêteurs, *v. infra*.

<sup>754</sup> Il n'existe pas de définition juridique de preuve électronique ou de preuve numérique.

<sup>755</sup> L'auteur d'un assassinat pourra par exemple être identifié grâce à l'historique de son navigateur internet, et du moteur de recherche qu'il utilisait pour trouver des informations telles que « poison indétectable », « où acheter illégalement des armes », ou encore « doses d'insuline mortelles », M. GERCKE, Practical challenges related to the collection and use of e-evidence, intervention lors de la conférence « *The use of New Technologies in Criminal Proceeding* », les 26 et 27 mai 2011 à Barcelone.

<sup>756</sup> Par exemple, de la pédopornographie, du blanchiment de capitaux, de la contrefaçon, etc.

<sup>757</sup> Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité du 23 nov. 2001, *STE n°185*, art. 20 et 21.

connexions. Les données pourront être saisies ou interceptées<sup>758</sup>. A l'image des perquisitions, les mesures prises par les enquêteurs vont gravement porter atteinte au respect de leur vie privée, en prenant connaissance de leur correspondance, de leurs photographies personnelles, de leurs factures, de leur agenda, des sites habituellement visités ou toute autre donnée susceptible d'aider les autorités judiciaires à l'établissement de la vérité. Elles peuvent ainsi être rapprochées des mesures déjà existantes telles que l'interception des communications téléphoniques ou la perquisition de domicile<sup>759</sup>. Le plus souvent, la législation nationale a seulement été adaptée et l'encadrement de ces mesures s'est traduit par une extension du régime de droit commun. C'est le cas de la France qui a introduit le terme de « données informatiques » dans la Code de procédure pénale<sup>760</sup>, mais également de la Belgique, introduisant un article relatif aux « données stockées dans un système informatique »<sup>761</sup>.

*c. La preuve technologique obtenue grâce à des méthodes particulières d'enquête*

**125. L'infiltration numérique.** Le terme de méthodes particulières d'enquêtes est emprunté à la législation belge, qui englobe dans cette catégorie l'observation, le recours aux indicateurs et les infiltrations, bien qu'ici le terme renvoie également aux mesures de surveillance générales. Ainsi, les États prévoient un régime spécifique à ces moyens techniques d'investigations, réservé le plus souvent à la répression de la criminalité et la délinquance organisées<sup>762</sup>. Or l'utilisation croissante des nouvelles technologies par les délinquants a entraîné l'extension de ces mesures particulières et leur adaptation au milieu informatique. C'est le cas par exemple des infiltrations. L'infiltration<sup>763</sup> est le fait, pour un agent ou un officier de police de surveiller des personnes suspectées de commettre une infraction en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. Ils sont autorisés à exécuter certains actes comme acquérir des

---

<sup>758</sup> S. BARRACHE et A. OLIVIER, «L'administration de la preuve pénale et les nouvelles technologies de l'information et de la communication. », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale, Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 131.

<sup>759</sup> *Ibid.*, 140.

<sup>760</sup> Par exemple, l'article 56 du CPP relatif aux perquisitions a été modifié par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168

<sup>761</sup> Art. 39bis du CIC, introduit par la loi du 28 novembre 2000 sur la criminalité informatique, *Moniteur belge*, du 3 fév. 2001. p. 2909

<sup>762</sup> En France, ces mesures ont été développées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; en Belgique, elles ont été officialisées par la loi du 6 jan. 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et les autres enquêtes ; au Royaume-Uni, la matière est régie par le *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*. Sur la réglementation des opérations de surveillance en droit pénal comparé, v. I. FICHET-BOYLE, «La vidéosurveillance», in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 205.

<sup>763</sup> Définition issue de l'art. 706-81 du CPP.

substances, sous couvert d'une identité d'emprunt, mais ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.

Sur le réseau Internet, l'infiltration est beaucoup plus facile à mettre en place par les enquêteurs et leur permet de repérer facilement des agissements suspects, sur des forums ou des réseaux sociaux tels que Facebook. Créer une fausse identité sur Internet est simple, et gagner la confiance l'est d'autant plus que les écrans interposés garantissent l'anonymat des autorités. Les enquêteurs n'hésitent pas à créer de faux profils d'utilisateurs pour surveiller des personnes soupçonnées d'avoir commis ou de vouloir commettre une infraction, via l'utilisation de réseaux sociaux ou non, par exemple en se faisant passer pour une jeune fille mineure auprès d'une personne suspectée de pédophilie. Cependant, la provocation à l'infraction reste irrégulière et est incompatible avec le caractère équitable du procès<sup>764</sup>. Les agents se faisant passer pour une jeune fille mineure ne pourront inciter le suspect à commettre une infraction en lui proposant de lui envoyer des photographies pornographiques.

**126. La preuve par géolocalisation.** Le développement des nouvelles technologies s'est accompagné d'un renforcement et d'une diversification de la surveillance. Alors que la première génération de mesures d'investigations centrées sur les télécommunications est solidement ancrée dans les législations des États membres<sup>765</sup>, des nouvelles méthodes de recueil de la preuve amènent les juges à s'interroger sur la validité de celles-ci. C'est le cas notamment de la preuve issue de la géolocalisation, qui constitue désormais une nouvelle mesure de surveillance susceptible d'être utilisée en matière répressive. La CEDH a eu l'occasion de se prononcer sur le respect de la Convention et notamment sur le respect de l'article 8, relatif au droit au respect de la vie privée, dans l'usage de cette nouvelle technique de surveillance par GPS. Dans l'affaire *Uzun c. Allemagne*<sup>766</sup>, elle estime que la surveillance par GPS constitue une ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée<sup>767</sup>, mais estime qu'elle « était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et donc

---

<sup>764</sup> Dans l'affaire *Teixeira c. Portugal*, la Cour a estimé que les agents avaient outrepassé l'activité d'un agent infiltré en provoquant l'infraction qui n'aurait pas forcément été commise sans leur intervention. Ils ne se sont pas limités à un examen passif mais ont exercé une influence déterminante sur la commission de l'infraction en poussant le requérant à leur vendre de la drogue, CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, req. n° 25829/94, *Recueil des arrêts et des décisions* 1998-IV, § 39. La provocation à l'infraction sera envisagée plus largement dans le Titre suivant.

<sup>765</sup> En Belgique, depuis 1995, ce sont les articles 90ter à decies du CIC. qui régissent les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communication et télécommunications privées. En France, suite à une condamnation par la CEDH dans une affaire de 1990 (v. *infra* les affaires *Kruslin* et *Huvig*), le domaine est encadré depuis 1991 par la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

<sup>766</sup> CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c. Allemagne*, req. n° 35623/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2010.

<sup>767</sup> *Ibid.*, §52.

nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 8 § 2. En France, le recours croissant à ce mode de surveillance a conduit à l'élaboration d'un projet de loi relatif à la géolocalisation<sup>768</sup>, sous la pression de la Cour de cassation ayant considéré illégales des mesures de surveillance par géolocalisation autorisées par le Ministère public et non par un juge<sup>769</sup>. Ainsi, la France pourra rattraper son retard au regard des législations voisines, ayant le plus souvent prévu en détail le recours à cette mesure<sup>770</sup>.

## B. Les questions soulevées par l'admissibilité de ces nouveaux moyens de preuves

Le développement de ces mesures d'enquête intrusives conduisant au recueil de nouveaux moyens de preuves soulève des interrogations au regard de la bonne administration de la justice répressive. Alors que les moyens de preuve objectifs tendent à neutraliser le pouvoir d'appréciation du juge pénal (1), il semble que les droits fondamentaux de la personne poursuivie se trouvent particulièrement menacés (2).

### 1. La neutralisation du pouvoir d'appréciation du juge pénal

Le pouvoir d'appréciation du juge pénal à l'égard des preuves produites est doublement inquiété : d'une part, par l'intervention d'un tiers, indispensable à l'appréciation de la preuve scientifique (a), et d'autre part par la présomption de fiabilité pesant sur la preuve scientifique (b).

#### *a. La nécessaire intervention de tiers « experts ».*

**127. L'expertise au service du juge pénal.** L'expertise n'est pas un moyen de preuve. C'est un « moyen de découvrir et d'utiliser certains indices ou certaines preuves à l'aide de connaissances techniques particulières : ces connaissances, le juge les trouve auprès de spécialistes, les experts, auxquels il demande leur collaboration dans la recherche de la vérité »<sup>771</sup>. Face aux progrès techniques et scientifiques de la méthode probatoire, l'expert s'est imposé comme un acteur indispensable à l'appréciation des preuves par le juge. Le recours à l'expert est alors devenu fréquent : les compétences juridiques du magistrat, si elles

---

<sup>768</sup> Le projet a été déposé au Sénat fin décembre 2013.

<sup>769</sup> V. H. MATSOPOULOU, « L'illégalité des surveillances par « géolocalisation » autorisées par le ministère public », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 115.

<sup>770</sup> Pour un aperçu du droit comparé en la matière, v. J. PRADEL, « De la géolocalisation en procédure pénale. À la recherche d'un statut », *JCP* n°3, 20 jan. 2014, étude n° 77, § 6

<sup>771</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 211.

sont souvent diversifiées par des formations complémentaires, ne lui permettent pas d'apprécier l'affaire sans avoir recours aux connaissances d'un spécialiste. L'expert, technicien spécialisé dans une matière<sup>772</sup>, va éclairer le juge en apportant un avis purement technique sur une question de fait, sans porter d'appréciation juridique<sup>773</sup>. Cependant, si l'appréciation de l'analyse faite par l'expert reste une compétence souveraine du juge, qui va lui accorder une force probante variable, l'expertise va inéluctablement influencer la décision finale<sup>774</sup>.

**128. Les positions nationales quant au choix de l'expert.** Au-delà de la place discutable<sup>775</sup> de l'expert dans le processus probatoire, leur recrutement et leur intervention au cours du procès pénal n'obéit pas aux mêmes règles dans les États membres de l'Union, ce qui pourrait à première vue freiner l'admission des expertises dans un contexte transnational. En France, l'expertise n'est qu'un outil facultatif dont le recours est laissé à la libre appréciation du juge<sup>776</sup>. Le choix de l'expert n'est cependant pas libre : il doit s'agir de personnes physiques ou morales inscrites sur une liste officielle dressée par la Cour de cassation ou une des listes dressées par les Cours d'appel<sup>777</sup>. Exceptionnellement, le juge peut, sur décision motivée, avoir recours à un expert ne figurant sur aucune des listes, et cette faculté rapproche le système français du système belge. En effet, la Belgique prévoit une procédure similaire à la France : l'expertise est considérée comme une mesure d'instruction et ordonnée par le magistrat instructeur. L'expert nommé par le juge d'instruction doit obligatoirement prêter serment<sup>778</sup>, il est impartial<sup>779</sup> et indépendant des parties<sup>780</sup> mais à la différence de la France, aucune liste d'expert n'est établie près les juridictions : le choix du juge est libre<sup>781</sup>. Le Royaume-Uni connaît une approche encore plus libérale, issue du caractère accusatoire de la procédure, au cours de laquelle les preuves sont rapportées par les

---

<sup>772</sup> Psychologique, balistique, informatique et télécommunication, comptabilité, immobilier, ou médecine en sont quelques exemples.

<sup>773</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*, v° expert.

<sup>774</sup> Comme il a été justement soulevé, «l'expertise est souvent parole d'évangile», L. LETURMY, «L'expertise pénale», *AJ Pénal*, n° 2, fév. 2006, p. 58.

<sup>775</sup> J. MIALHE et C. BORIES, «L'expert n'est-il vraiment qu'un auxiliaire du juge ?», in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 110 et s.

<sup>776</sup> Le juge d'instruction ou de jugement peut ordonner d'office une expertise, ou à la demande du ministère public, ou des parties, art. 156 de CPP.

<sup>777</sup> Art. 157 du CPP.

<sup>778</sup> C'est également le cas en France, lorsque l'expert n'est pas inscrit sur une liste officielle, v. l'art. 160 du CPP.

<sup>779</sup> L'impartialité de l'expert a d'ailleurs été rappelée par la Cour de Strasbourg, CEDH, 6 mai 1985, *Bönisch c. Autriche*, req. n° 8658/79, *Série A* n°92, § 33 et s.

<sup>780</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 543 et s.

<sup>781</sup> Si aucune liste officielle n'est requise par les textes législatifs, la pratique montre que les juges font souvent appel aux mêmes experts, inscrits sur une liste officieuse dans chaque parquet. V. *Ibid.*, p. 1209.

parties. Les experts sont engagés par les parties et sont considérés comme des témoins à l'audience<sup>782</sup>. Ils prêtent serment, doivent donner un avis objectif et impartial, et peuvent alors être interrogés et contre-interrogés<sup>783</sup>. Ces différences minimales suscitent alors peu de réserves concernant l'admission d'expertises effectuées à l'étranger. Aucun des systèmes nationaux ne confère une place privilégiée à l'expert, qui n'est ni un substitut du juge d'instruction<sup>784</sup>, ni un témoin extraordinaire. Le juge n'est en aucun cas lié par les conclusions de l'expert<sup>785</sup>. Dans l'hypothèse où une expertise aurait été faite dans un autre État, l'admissibilité du rapport écrit ou de l'intervention orale de l'expert ne saurait être remise en question sur la base de différences procédurales si minimales.

*b. La présomption de certitude des preuves objectives*

**129. L'annihilation du pouvoir d'appréciation du juge pénal.** La fiabilité des preuves scientifiques objectives, telles que l'analyse génétique ou la preuve électronique, est indéniable<sup>786</sup>. Cependant, l'enquêteur et le juge pénal ne peuvent se reposer sur la présomption de certitude émanant de ces moyens de preuve, ni les considérer comme parfaites au risque de perdre tout sens critique et de s'éloigner de la manifestation de la vérité<sup>787</sup>. En effet, la force probante supérieure souvent attribuée aux preuves scientifiques ne saurait annihiler le principe de l'intime conviction et la liberté d'appréciation du juge pénal, ni entraîner l'automatisme d'une sanction au risque de se rapprocher du principe de la légalité de la preuve, pourtant uniformément rejeté.

Le risque est donc que le juge ne se repose trop sur les conclusions de l'expert sans intégrer une éventuelle marge d'erreur. Les preuves scientifiques ne sont pas infaillibles. Le laboratoire en charge de l'analyse peut occasionnellement connaître des dysfonctionnements<sup>788</sup>. L'altération volontaire ou involontaire des indices sur une scène de crime peut mener à des conclusions erronées et le juge pénal doit nécessairement se montrer

---

<sup>782</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 335 et s.

<sup>783</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 358.

<sup>784</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 761.

<sup>785</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 225.

<sup>786</sup> « Aujourd'hui, seule une faible quantité d'ADN, même dégradé, permet d'identifier avec une quasi-certitude un individu », A. MOUSTIERS, « Preuves et biotechnologies : l'utilisation des empreintes génétiques à des fins judiciaires », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 166.

<sup>787</sup> Y. PADOVA, « À la recherche de la preuve absolue - Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques », *op. cit.*, p. 72.

<sup>788</sup> Ce fut le cas aux États-Unis, l'utilisation de protocoles raccourcis par une technicienne conduisant à l'organisation d'une centaine de contre-expertises, H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 153 et s.

prudent dans leur appréciation et les combiner avec l'usage de preuves classiques<sup>789</sup>. Concernant les expertises psychologiques, deux experts, opérant selon des techniques différentes peuvent éventuellement parvenir à des conclusions opposées<sup>790</sup>.

**130. L'expertise contradictoire.** Pourtant la pratique révèle que le juge ou le jury accorde un grand crédit au rapport d'expertise<sup>791</sup> et qu'il a « tendance à entériner purement et simplement les conclusions d'expertises »<sup>792</sup>. Pour prévenir toute dérive et contrebalancer le fait que le rapport d'expertise influence de manière significative l'appréciation des faits<sup>793</sup>, la Cour EDH a posé le principe de l'expertise contradictoire, lorsqu'une « expertise porte sur une question déterminante pour le jugement et dont les juges n'ont pas la maîtrise »<sup>794</sup>. La défense doit alors disposer de la possibilité véritable de commenter efficacement le rapport d'expertise, ou de contre-interroger les personnes entendues par l'expert<sup>795</sup>. Ces conditions sont difficiles à respecter pour les États issus de la tradition inquisitoire, dans lesquels l'expert n'est qu'un technicien neutre, au service du magistrat instructeur dans la recherche de la vérité. En effet, si la remise en question de ses conclusions est possible, grâce à une contre-expertise, celle-ci restera unilatérale et la défense n'aura que la faculté de commenter ou de discuter le rapport à l'audience. Au Royaume-Uni, le problème semble élué par le statut ordinaire de l'expert : considéré comme un témoin, chaque partie peut demander à son expert de comparaître<sup>796</sup>, et ils seront interrogés et contre-interrogés au cours de l'audience.

## 2. La position défavorable de la défense face à ces nouveaux moyens de preuves

**131. Une atteinte aux droits fondamentaux du suspect.** L'enquête pénale visant à la manifestation de la vérité et à la découverte de l'auteur d'une infraction, il est indéniable qu'elle ne peut s'en tenir à une protection absolue de la vie privée de la personne suspectée. Aussi, le recueil de preuves matérielles ou de témoignages porte atteinte au respect de la vie privée en dévoilant ce que l'auteur de l'infraction souhaitait cacher. Cependant, le recueil des

---

<sup>789</sup> D. THOMAS, «Les transformations de l'administration de la preuve pénale», *op. cit.*, p. 120.

<sup>790</sup> J. MIALHE et C. BORIES, «L'expert n'est-il vraiment qu'un auxiliaire du juge ?», in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 114 et s.

<sup>791</sup> *Ibid.*

<sup>792</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 226.

<sup>793</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1212.

<sup>794</sup> A. JACOBS, «L'arrêt *Cottin c. Belgique* ou l'irrésistible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale», *Rev. Trim. D.H.*, n° 69, 2006, p. 218., note sous CEDH, 2 juin 2005, *Cottin c. Belgique*.

<sup>795</sup> CEDH, 2 juin 2005, *Cottin c. Belgique*, req. n° 48386/99, § 32 et § 33.

<sup>796</sup> Ce point présente l'inconvénient majeur de la partialité éventuelle de l'expert, mais surtout de l'inégalité entre la défense et l'accusation, qui ne disposent pas des mêmes ressources financières quant au recrutement des experts, d'où un risque de violation du principe d'égalité des armes.

nouveaux moyens de preuves exposés ne peut s'opérer qu'à l'aide de mesures particulièrement intrusives et touchant à l'intimité de la personne suspectée. Au regard des preuves objectives recueillies, telles que les données électroniques ou les analyses ADN, se pose alors la question de la conservation de ces données et de leur utilisation ultérieure<sup>797</sup>. Pour exemple, alors que le FNAEG<sup>798</sup> en France prévoyait à l'origine de fichier les délinquants sexuels<sup>799</sup>, la base de données répertorie désormais les analyses génétiques et d'autres informations personnelles de personnes condamnées, ou simplement ayant été suspectées à un moment de la procédure, pour des infractions diverses<sup>800</sup>. La conservation de ces données pendant quarante ans est-elle une atteinte réellement nécessaire et proportionnée à la vie privée ?

Le recueil des moyens de preuves visés peut également constituer un danger pour la protection du droit du suspect à ne pas participer à sa propre incrimination. Le prélèvement de matières corporelles en vue d'une analyse génétique a très tôt été considéré comme conforme au droit à bénéficier d'une procédure équitable, ne portant pas atteinte au droit du suspect à garder le silence<sup>801</sup>, ouvrant ainsi la voie au prélèvement forcé<sup>802</sup>. Qu'en est-il des déclarations faites devant un officier de police infiltré ? Si à première vue, le recueil de déclarations du suspect dans le cadre d'une infiltration semble porter atteinte au droit à ne pas être forcé à faire des déclarations auto-incriminantes<sup>803</sup>, la provocation à la preuve n'est cependant pas condamnée par les juridictions nationales<sup>804</sup>.

**132. La difficile contestation de ces mesures.** Il apparaît que la contestation de ces nouveaux moyens de preuve par la défense soit rendue plus difficile, particulièrement par l'opacité qui entoure la collecte des indices et le recueil des preuves. En témoignent les débats autour de l'admissibilité du témoignage anonyme et des compensations offertes à la

---

<sup>797</sup> Sur le risque lié à la constitution de banques de données, C. BYK, «Tests génétiques et preuve pénale», n°2, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, 1998, p. 698 et s.

<sup>798</sup> Fichier national des empreintes génétiques.

<sup>799</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, «Les empreintes génétiques en procédure pénale», in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, *Les droits et le Droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 20.

<sup>800</sup> Infractions visées à l'art. 706-55 du CPP, visant par exemple les infractions de nature sexuelle, mais également certaines infractions contre les biens, ou les personnes.

<sup>801</sup> « Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN. », CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c. RU*, req. 19187/91, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996-VI, § 69.

<sup>802</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, «Les empreintes génétiques en procédure pénale», in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 26.

<sup>803</sup> S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, *op. cit.*, p. 541.

<sup>804</sup> Cf. § n° 155.



défense pour cette atteinte à ses droits. Le législateur peine à mettre en place un régime spécifique relatif à la contestation de ces nouveaux moyens de preuves, par exemple grâce à l'accès facilité aux résultats d'un laboratoire afin d'organiser une contre-expertise. La rapidité des avancées technologiques le prend de court et ne lui permet pas de créer le cadre juridique parfois nécessaire à l'élargissement des pouvoirs des autorités investigatrices. Donc, le recours à ces nouvelles mesures est souvent autorisé grâce à un rapprochement vers une autre base légale proche. Dans le cas de la France, l'art. 81 du CPP relatifs aux pouvoirs du magistrat instructeur est très large, il permet au juge d'instruction de prendre tous les actes d'enquête nécessaires et par conséquent, légitime des mesures qui n'auraient pas été spécifiquement encadrées par un texte. Pour un autre exemple, la réglementation relative aux écoutes téléphoniques peut être interprétée largement pour inclure toute forme de correspondance émise par des voies de télécommunications, comme c'est le cas en France, en Espagne ou en Allemagne<sup>805</sup>. Un régime plus adapté à ces nouveaux moyens de preuves ne serait-il pas préférable pour que la personne poursuivie puisse organiser correctement et effectivement sa défense ?

**Conclusion du paragraphe 2.** L'évolution des moyens de preuves est incontestable, et répond à un besoin des pouvoirs répressifs de s'adapter au développement moderne de la criminalité. Dans un contexte marqué par une criminalité grave et organisée, comme le trafic de stupéfiants, la traite d'êtres humains, le blanchiment d'argent ou encore le terrorisme, il semblerait que la fin justifie largement les moyens. Pourtant, c'est dans ce contexte que la défense est la plus vulnérable, lorsque la gravité des actes commis aurait tendance à légitimer les violations des droits les plus fondamentaux. L'augmentation croissante des mesures à disposition des autorités remet en cause le maintien d'un équilibre entre la sécurité de la société et la liberté des individus. En effet, le poids de ces nouvelles techniques d'investigations devrait logiquement être compensé par des garanties adéquates comme des moyens de contestation adaptés ou le droit d'accès aux données collectées. Or, il semblerait que les États peinent à rééquilibrer cette situation.

**Conclusion de la section 2.** Malgré l'expression de quelques inquiétudes au regard de la protection des droits fondamentaux du suspect dans le cadre du développement de nouveaux moyens de preuve, l'évolution de la matière probatoire dans les États membres est néanmoins remarquable. En effet, les techniques d'investigation se sont adaptées à la

---

<sup>805</sup> S. BARRACHE et A. OLIVIER, «L'administration de la preuve pénale et les nouvelles technologies de l'information et de la communication. », in *La preuve pénale, Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, 140.

modernisation de la société et de la délinquance dans le but de permettre une répression effective des infractions, fussent-elles transnationales. L'exemple du témoignage anonyme et du témoignage par visioconférence en constituent la démonstration la plus flagrante. Par la modification de son mode de présentation devant la juridiction répressive, cette preuve traditionnelle est devenue aujourd'hui un moyen de preuve privilégié dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale.

**Conclusion du chapitre 2.** Comme annoncé dans le chapitre précédent, les considérations nationales relatives à l'admissibilité de la preuve confirment ce mouvement de rapprochement des régimes nationaux. En effet, malgré des traditions procédurales divergentes, les spécificités nationales tendent à se résorber jusqu'à la consécration uniforme du principe de la libre admissibilité de la preuve, que cette consécration soit législative ou prétorienne. Les évolutions les plus significatives à ce niveau sont sans conteste celles connues par le régime anglais. Alors que l'oralité et le caractère direct de la preuve en ont longtemps conditionné l'admissibilité, la multiplication des exceptions a permis un assouplissement général des règles d'exclusion de la preuve pénale. Ainsi, la présence physique des intervenants<sup>806</sup> au procès pénal n'est plus une exigence indispensable à l'admissibilité de leurs déclarations et le juge pénal peut tenir compte d'écrits, de transcriptions ou de rapports sous certaines conditions strictement encadrées. Cette évolution représente non seulement un rapprochement vers les régimes probatoires des États continentaux mais également un espoir quand à l'admission des preuves recueillies à l'étranger. Les similitudes entre États membres apparaissent également au niveau de la modernisation des moyens de preuves traditionnels et de l'apparition de nouveaux moyens de preuves. L'exploitation des progrès scientifiques et technologies par les autorités enquêtrices est un phénomène bien établi et commun aux États membres, poussés par la nécessité d'apporter une réponse pénale aux formes de criminalité particulièrement graves.

Ainsi, l'étude de l'admissibilité de la preuve révèle tant de signes de convergences que l'inadmissibilité de certains moyens de preuve ne semble plus être un obstacle majeur à la coopération judiciaire en matière pénale.

---

<sup>806</sup> Comme par exemple les témoins, ou les experts.

## CONCLUSION DU TITRE 1.

La première manifestation de l'érosion des disparités nationales quant à la légalité de la preuve a été recherchée dans la consécration de principes communs aux États membres, lesquels constitueraient une base solide à la recevabilité mutuelle des preuves dans l'espace pénal européen. Alors que des dissemblances profondes étaient attendues, le résultat est étonnamment positif. En effet, le clivage autrefois établi entre les procédures de droit continental et celles de *common law* peut largement être remis en question, au vu des puissants mouvements de convergence que les régimes procéduraux connaissent. La volonté d'améliorer les régimes répressifs a été le moteur initial de cette convergence, par la recherche d'une procédure équilibrée et équitable : efficace et performante dans la lutte contre une criminalité toujours plus ingénieuse, mais également protectrice des droits des individus, offrant à tous les mêmes garanties lorsqu'ils sont impliqués dans une procédure pénale. C'est également dans cet objectif que les restrictions à la libre admissibilité de la preuve sont peu à peu tombées, dans le but de faciliter la preuve de l'infraction pour l'accusation, tout autant que la preuve de l'innocence pour la défense. Ainsi, la règle de l'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire au Royaume-Uni, emblème des tensions relatives à l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres, connaît aujourd'hui tant d'exceptions qu'elle ne représente plus un obstacle suffisant à l'exclusion de la preuve recueillie à l'étranger.

Cependant cet équilibre, s'il a jamais été atteint, est fragile. Alors que la consécration supranationale de principes supérieurs, tels que la présomption d'innocence ou le droit à un procès équitable, a profondément influencé les droits nationaux en opérant un « nivellement par le haut », l'apparition de la criminalité grave transnationale a uniformément justifié le recours à des mesures toujours plus intrusives, dérogeant au droit commun. Là encore, les mutations connues par les moyens de preuves admissibles présentent d'importantes similitudes, les États membres ayant adopté les mêmes réponses face à l'évolution de la criminalité. Si cette situation peut être préoccupante au regard de la préservation des droits de l'homme en matière pénale, elle n'en est pas moins favorable à la libre circulation des preuves pénales. L'étude de la recevabilité de la preuve va nous mener exactement au même constat.



## TITRE 2

# LA MINIMISATION DES DIVERGENCES NATIONALES SUR LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE

**133. L'expression des divergences à travers la recevabilité de la preuve.** Les convergences des législations nationales vers la consécration de principes communs, visant à garantir une procédure répressive équilibrée et équitable, ne peuvent suffire à justifier une libre circulation de la preuve dans l'espace pénal européen. L'imprécision des principes généraux proclamés, tant par le droit interne qu'au niveau supranational, laisse une marge de manœuvre importante quant à leur appréciation, laquelle va s'exprimer dans l'édiction de règles procédurales relatives à l'administration de la preuve pénale. En effet, si la preuve est libre en ce que tous les moyens de preuves sont en théorie admissibles, la matière pénale ne peut s'accommoder d'une telle approximation. Si le juge est maître de l'appréciation des preuves présentées devant lui, une liberté totale ne peut être laissée aux autorités chargées de la recherche, du recueil et de la présentation de la preuve devant une juridiction, sans porter gravement atteinte au principe de légalité imprégnant toute la matière pénale. Si l'admissibilité<sup>807</sup> de la preuve est libre, l'administration<sup>808</sup> de la preuve est nécessairement légale.

La légalité dans l'administration de la preuve ne signifie pas que tous les moyens de preuve doivent être précisément règlementés. Mais au niveau procédural, le principe de légalité implique que dès l'instant « qu'un procédé de recherche porte atteinte à une liberté individuelle par l'utilisation de la contrainte, il n'est licite que si un texte de loi l'autorise »<sup>809</sup>.

---

<sup>807</sup> « L'admissibilité d'une preuve, c'est la vocation à être prise en considération comme élément de preuve. », v. F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 199.

<sup>808</sup> L'administration de la preuve est définie par Monsieur le Professeur Pradel comme « l'opération intellectuelle par l'effet de laquelle un fait est censé être vrai et peut fonder une condamnation », J. PRADEL, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 339.

<sup>809</sup> P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 42.

Par conséquent, le respect de la légalité dans l'administration de la preuve conditionne sa licéité, laquelle apparaît indispensable à sa recevabilité. L'établissement de ces règles légales étant laissées à la discrétion des États souverains, c'est dans leur présentation que nous trouverons les divergences les plus marquées, notamment en exposant les divers mécanismes de sanction visant à l'irrecevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance de la légalité (Chapitre 1). Ce contexte légal hétérogène pourrait alors constituer un frein à la recevabilité mutuelle des preuves pénales entre les États membres. Cependant, il va mettre en lumière les faiblesses des mécanismes de sanctions, permettant ainsi d'aborder en profondeur les largesses prétorienne et législatives manifestées quant à la recevabilité de la preuve illégalement ou irrégulièrement administrée, venant tempérer l'hétérogénéité initiale (Chapitre 2).

## Chapitre 1 : La légalité de la preuve : condition de sa recevabilité et révélatrice de divergences nationales.

**134. La légalité de la preuve recevable.** La liberté de la preuve ne saurait être un principe absolu : si tous les moyens de preuve sont en théorie admissibles, ils n'en sont pas pour autant tous recevables<sup>810</sup>. La recevabilité de la preuve, condition déterminante à son utilisation par le juge pénal, n'est pas libre. Au contraire, le foisonnement des règles matérielles et procédurales émanant des législateurs nationaux témoigne des limites imposées à la preuve et s'il n'y a pas de régime légal des preuves, il y a un régime légal de la recherche et de l'administration de la preuve<sup>811</sup>. Ce principe de la légalité dans la recherche et l'utilisation des preuves constitue le prolongement du principe général de la légalité criminelle<sup>812</sup>. Il s'impose aux autorités judiciaires responsables de la collecte des preuves, et de leur production devant le juge pénal et dans une moindre mesure, à l'accusé. En effet, la préservation de la démocratie dans un État de droit ne saurait supporter la totale liberté des acteurs de la quête de la vérité, dont l'arbitraire ne serait qu'une menace à la sûreté des individus que l'État se charge de protéger, au nom de la sécurité de la société<sup>813</sup>.

**135. La légalité au service de la protection des libertés.** C'est au nom des libertés individuelles des personnes et de la protection de leurs droits les plus fondamentaux que se justifie l'élaboration des règles légales relatives à la preuve et leur sanction. Ainsi, de l'enquête pénale à l'appréciation de sa force probante par le juge pénal, la preuve est soumise au respect de la légalité matérielle et formelle, à laquelle tout manquement représenterait un danger pour sa fiabilité et ne servirait plus la recherche de la vérité<sup>814</sup>. Cependant, la

---

<sup>810</sup> « Nul ne concevrait, en effet, que dans un État de droit, la preuve puisse ne pas être régie par la loi. », S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 567.

<sup>811</sup> Comme le souligne Monsieur le Professeur Pradel, « si la présentation des preuves est bien libre, leur recueil ne l'est pas. Dans un État de droit, les policiers et les magistrats sont tenus de respecter diverses conditions légales. », J. PRADEL, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 343.

<sup>812</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 171.

<sup>813</sup> Intervention de Robert Badinter, lors de la 2ème lecture du projet de loi sur «l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», Sénat, séance du 20 jan. 2004, texte disponible sur le site internet du Sénat, [http://www.senat.fr/seances/s200401/s20040120/s20040120002.html#REF\\_4](http://www.senat.fr/seances/s200401/s20040120/s20040120002.html#REF_4).

<sup>814</sup> M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1995, *op. cit.*, p. 523.

souveraineté<sup>815</sup> de chaque État dans le processus d'élaboration de la loi fait naître des disparités entre les régimes légaux d'administration de la preuve, ces différences pouvant rejaillir sur la question de la recevabilité (Section 1).

**136. Légalité et sanction de la preuve.** Afin de garantir l'application de la loi, des sanctions sont nécessaires en cas de violation. Il en va de l'intégrité de l'État démocratique. En effet, punir un individu pour une violation de la loi au moyen de preuves obtenues en méconnaissance des règles légales n'aurait que peu de sens logique<sup>816</sup> ou de légitimité. Là encore, les traditions procédurales nationales mettent en évidence des mécanismes d'exclusion de la preuve illégale divers, au sein desquels le juge pénal occupe une place relativement importante (Section 2).

### Section 1 : La légalité dans l'administration de la preuve.

**137. Légalité matérielle et légalité formelle dans l'administration de la preuve.** Dans un État de droit, la légalité est indissociable de la matière pénale, et la preuve n'y fait pas exception<sup>817</sup>. En effet, l'administration de la preuve est dépendante de la légalité : la recherche et l'obtention de la preuve durant l'enquête ou l'instruction, tout comme la communication et le partage des pièces entre les parties, sont organisés par des règles légales, représentant des limites pour les autorités judiciaires.

Ces limites sont imposées «soit par des dispositions précises, soit par des principes généraux non écrits»<sup>818</sup>, distinction fondant la séparation virtuelle<sup>819</sup> entre la légalité matérielle et la légalité formelle. Ainsi, les principes généraux du droit<sup>820</sup>, constitutifs de la légalité matérielle, s'imposent aux autorités investigatrices tout le long du processus répressif. Le respect de l'individu, de son libre arbitre, de son intégrité physique et morale dans la participation à la recherche de la vérité est le noyau dur sur lequel les régimes légaux viennent s'accorder, afin de décider de la recevabilité de la preuve (§ 1). Les règles de procédure pénale

---

<sup>815</sup> Bien que la liberté des États soit parfois limitée par l'influence des institutions et juridictions internationales et européennes comme la Cour européenne des droits de l'homme.

<sup>816</sup> «Il reste acquis que l'administration de la Justice suppose le respect, par les organes étatiques à qui elle est confiée, des normes constitutives de l'État de droit.», J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

<sup>817</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 583.

<sup>818</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 162.

<sup>819</sup> Les règles de procédure pénale respectant nécessairement les principes généraux de droit.

<sup>820</sup> Écrit ou non écrits. Par exemple, le principe de loyauté est inscrit dans le Code d'instruction criminelle en Belgique, mais pas dans le Code de procédure pénale français.



composant la légalité formelle apparaissent naturellement moins unifiées, ce malgré l'influence positive de la Convention EDH et l'interprétation que la Cour de Strasbourg en donne. Formées principalement par le législateur national, dans le respect des droits fondamentaux, les règles formelles relatives à l'obtention et à la communication de la preuve, imprégnées des traditions juridiques et des mouvements politiques contemporains des États, tendent à instaurer une certaine diversité face à la question de la recevabilité (§ 2).

§ 1. La convergence des systèmes quant au respect de la légalité matérielle.

**138. Légalité matérielle dans un État démocratique.** La liberté absolue des enquêtes répressives est l'ennemie de la Justice. L'arbitraire lors d'une investigation pénale est pourtant une option attrayante : sous couvert d'assurer une protection accrue des citoyens et une répression plus sévère des infractions, les autorités chargées de recueillir les preuves pourraient être tentées par la liberté, la rapidité et la facilité d'une enquête sans obstacles légaux et moraux. Cette situation est évidemment incompatible avec les objectifs de paix et de justice sociales que poursuit un État démocratique<sup>821</sup>, protégeant les droits de tous ses citoyens, qu'ils soient ou non impliqués dans une procédure répressive. Par conséquent, l'administration de la preuve pénale ne peut se permettre d'ignorer les « principes généraux du droit constitutifs de la légalité matérielle »<sup>822</sup> dans un État de droit. Cette exigence se traduit d'une façon générale par le respect des droits fondamentaux de l'individu, tant substantiels que procéduraux, dans l'obtention de la preuve (A). De cette protection du citoyen découle le principe de loyauté, interdisant le recours à n'importe quel procédé pour établir la vérité<sup>823</sup> (B)

A. Le respect des droits fondamentaux de l'individu.

**139. Droits fondamentaux et preuve pénale.** Les droits fondamentaux dont chaque personne jouit imprègnent la procédure pénale et la modèlent. Ainsi, le contrôle d'identité ne peut viser une catégorie de personnes en raison de leur origine ou sur la base d'un signe religieux distinctif sans porter atteinte aux principes d'égalité, de liberté de religion et de pensée. L'interception des correspondances, la fouille d'un véhicule, la visite d'un domicile sans le consentement de l'intéressé, sont une violation du droit au respect de la vie privée.

---

<sup>821</sup> Préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>822</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 584.

<sup>823</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 162.

Priver une personne poursuivie de l'assistance de son avocat contrevient au droit à une procédure équitable.

Sans se risquer à établir un classement hiérarchique au sein de la famille des droits de l'homme, il convient de souligner que certains droits protégés, substantiels ou procéduraux, influencent plus particulièrement les autorités judiciaires dans leur mission de découverte de la vérité. Parmi les droits substantiels, le respect absolu de la vie et de la dignité humaine, le respect de la vie privée et le droit à la liberté et à la sûreté occupent une place essentielle au regard de la recevabilité de la preuve (1). Parallèlement, les droits procéduraux tels que la présomption d'innocence ou le droit d'interroger les témoins à charge, que chacun tire de l'ouverture<sup>824</sup> d'une procédure répressive, sont indissociables de l'examen de la recevabilité de la preuve (2).

#### 1. Le respect des droits substantiels.

Alors que la vie humaine jouit d'une protection absolue, à laquelle la recherche et le recueil de la preuve pénale, et plus particulièrement des déclarations orales, ne peuvent porter atteinte (a), le respect de la vie privée et le droit à la liberté souffrent de nombreuses exceptions, nécessaires à la conduite des investigations (b).

##### *a. La protection absolue de la vie humaine.*

**140. Prohibition absolue de la torture.** Le respect de la personne humaine et de son intégrité dans la recherche des preuves est uniformément garanti par les législateurs et juridictions nationaux, sous la coupe de conventions internationales<sup>825</sup>. Cette protection absolue est exprimée à l'article 3 de la Convention EDH, qui prohibe tout recours à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. La Cour européenne des droits de l'homme a plusieurs fois rappelé que ce principe ne pouvait souffrir d'exceptions, même « en cas de danger public menaçant la vie de la nation », ou « dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé »<sup>826</sup>. La nature de l'infraction poursuivie ne constitue pas non plus une raison de limiter la portée du principe<sup>827</sup>

---

<sup>824</sup> La protection des droits procéduraux doit être effective dès le début de toute procédure répressive, y compris l'enquête de police. V. *infra*.

<sup>825</sup> Art. 3 et 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948.

<sup>826</sup> CEDH, 28, juil. 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-V, § 95.

<sup>827</sup> CEDH, 18 oct. 2001, *Indelicato c. Italie*, req. n° 31143/96, § 30.

et le fait que la vie d'un individu soit en jeu ne permet pas non plus une mise en balance d'intérêts<sup>828</sup>.

L'interdiction absolue de la torture et des sévices corporels rend ainsi irrégulière toute preuve qui aurait été obtenue au moyen de violences physiques<sup>829</sup> : outre la violation d'une « des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »<sup>830</sup>, toute déclaration recueillie grâce à de telles mesures ne pourrait présenter une fiabilité suffisante et nécessaire à l'établissement de la vérité judiciaire. L'aveu non libre ne participe pas à la quête de la vérité et pourra être rétracté une fois la violence achevée<sup>831</sup>. Si le contexte effervescent d'une arrestation ou d'un début d'enquête est propice aux abus des policiers, conscients que les premières déclarations peuvent être capitales pour la suite des investigations, l'aveu libre et éclairé ne peut découler d'une situation de stress, de peur, de douleur physique au risque de n'avoir que pour but unique de mettre fin à cette situation. Par ailleurs, il est indéniable que des violences exercées en vue d'obtenir des déclarations sont incompatibles avec le respect du droit au silence et à ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, la Cour a eu l'occasion de sanctionner le caractère inéquitable d'une procédure suite à l'admission comme preuve des faits des déclarations obtenues en violation de l'article 3<sup>832</sup> et a récemment affirmé que « l'emploi dans l'action pénale de déclarations obtenues grâce à une violation de l'article 3 – que cette violation soit qualifiée de torture ou de traitement inhumain ou dégradant – comme l'utilisation de preuves matérielles rassemblées à la suite directe d'actes de torture privent automatiquement d'équité la procédure dans son ensemble et violent l'article 6 »<sup>833</sup>.

**141. Définition et interprétation.** Tout l'enjeu est dans la définition des termes « torture » et « traitement inhumain ou dégradant ». En effet, il est sans aucun doute dégradant d'être placé en garde à vue ou d'être arrêté par des policiers devant ses proches. Pour autant, ces mesures ne sont pas juridiquement qualifiées de traitement dégradant. La torture a été définie par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels

---

<sup>828</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2010, § 107.

<sup>829</sup> Art 15 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, à New York.

<sup>830</sup> CEDH, 28, juil. 1999, *Selmouni c. France*, *op. cit.*

<sup>831</sup> C. AMBROISE-CASTEROT et P. BONFILS, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 208.

<sup>832</sup> CEDH, 20 juin 2006, *Ors et autres c. Turquie*, req. n° 46213/99, § 60 : Pour décider du caractère inéquitable de la procédure, il suffit à la Cour de « constater qu'une partie de l'établissement des faits effectué par les juridictions pénales se base sur les déclarations des requérants prétendument obtenues sous la torture et en l'absence d'un conseil ». Voir aussi concernant les traitements inhumains, CEDH, 21 sept. 2006, *Söyler c. Turquie*, req. n° 46661/99, § 122 et s.

<sup>833</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, *op. cit.*, § 173. La Cour précise cependant que pour que l'inéquité du procès soit caractérisée, il faut que la violation ait eu un impact sur le verdict de culpabilité ou sur la peine (§ 178).

inhumains ou dégradants<sup>834</sup> comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Par ailleurs, « tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier »<sup>835</sup>. Si la torture requiert un niveau de cruauté certain<sup>836</sup>, les traitements inhumains ou dégradants peuvent être plus difficiles à identifier. L'importante jurisprudence de la Cour de Strasbourg en la matière permet de cadrer l'étendue de cet article sans pour autant apporter une définition précise. Pour retenir un mauvais traitement tel que prévu par l'article 3, la Cour exige un minimum de gravité, appréciée dans son ensemble et prenant en compte des éléments comme le sexe, l'âge, l'état de santé de la personne maltraitée<sup>837</sup>, ou la durée des traitements mais également le but ou la motivation du traitement et le contexte tendu de l'interrogatoire. Au même titre que les coups et sévices administrés par les autorités enquêtrices<sup>838</sup>, sont par exemple considérés comme actes de torture ou comme des traitements inhumains ou dégradants :

- l'administration de force d'un émétique à un suspect, pour prouver son implication dans une affaire de trafic de stupéfiants et non pas pour raisons thérapeutiques<sup>839</sup> ;

- la menace de souffrances intolérables et de sévices sexuels pour extorquer des informations au suspect, provoquant en lui une peur, une angoisse, et des souffrances mentales considérables<sup>840</sup> ;

---

<sup>834</sup> Art. 1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 déc. 1984. Tous les États membres de l'Union Européenne ont signé et adhéré à cette convention : l'Allemagne l'a ratifiée en 1990, la Belgique en 1999, l'Espagne en 1987, la France en 1986 et le Luxembourg en 1987, [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-9&chapter=4&lang=fr](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr), consulté le 14 jan. 2013.

<sup>835</sup> Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*, art. 16.

<sup>836</sup> Les traitements inhumains ou dégradants peuvent être considérés comme des actes de torture lorsque ces traitements inhumains sont délibérés et provoquent de fort graves et cruelles souffrances. CEDH, 10 oct. 2000, *Akkoç c. Turquie*, req. n° 22947/93 et n° 22948/93, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-X, § 115.

<sup>837</sup> CEDH, 18 jan. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n° 5310/71, *Série A*, n° 25, § 162.

<sup>838</sup> CEDH, 21 sept. 2006, *Söyler c. Turquie*, *op. cit.*, § 104 et s.

<sup>839</sup> CEDH, 11 juil. 2006, *Jallob c. Allemagne*, req. n° 54810/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-IX, § 82.

<sup>840</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gafgen c. Allemagne*, *op. cit.*, § 103 et 108.

- la répétition d'interrogatoires jour et nuit lors de la garde à vue, la multitude de coups, la menace avec un chalumeau et une seringue<sup>841</sup> ;

- l'utilisation de techniques d'interrogatoires de « désorientation » ou de « privation sensorielle » comme la station debout prolongée, l'encapuchonnement, la privation de sommeil, de nourriture solide ou liquide<sup>842</sup>.

**142. Positions nationales.** Certains États ont visé plus précisément les comportements prohibés de la part de la police pour éviter toute bavure policière et l'exclusion des preuves indispensables au jugement. Par exemple, le Code de procédure pénale allemand vise expressément certaines méthodes d'interrogatoires interdites, pour garantir la liberté de décision de la personne interrogée<sup>843</sup>. Sont donc interdits les sévices, mais également l'épuisement, la contrainte physique, l'administration de médicaments, la torture, la tromperie, ou l'hypnose, tout comme la menace d'exercer ces comportements<sup>844</sup>. En Belgique et en France, si aucune disposition spécifique à destination des autorités enquêtrices ne vient interdire le recours à la torture ou à certains traitements dégradants lors de la collecte des preuves, ce comportement n'en est pas moins interdit<sup>845</sup> et toutes les formes de brutalités doivent être strictement évitées<sup>846</sup>. Par ailleurs, la législation pénale punit plus sévèrement l'auteur d'actes de torture ou de traitement inhumain ou dégradant s'il est « un officier ou un fonctionnaire public, un dépositaire ou un agent de la force publique agissant à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »<sup>847</sup>, comme c'est le cas en France<sup>848</sup>.

*b. La protection relative de la vie privée et de la liberté.*

Si l'interdiction de la torture est absolue, ce n'est pas le cas du droit à la liberté (i) et du droit à la vie privée (ii), auxquels il est régulièrement porté atteinte pour les nécessités de l'enquête.

---

<sup>841</sup> CEDH, 28 juil. 1999, *Selmouni c. France*, *op. cit.*, § 98 et s.

<sup>842</sup> CEDH, 18 jan. 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 168.

<sup>843</sup> V. à ce sujet, S. GLESS, « Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in Criminal Trials », 2010, p. 695, article disponible à l'adresse suivante :

[https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136\\_4c8e1c0006a39.pdf](https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136_4c8e1c0006a39.pdf)

<sup>844</sup> § 136a 1. du Strafprozessordnung (StPO).

<sup>845</sup> Ce qui exclut également les interrogatoires « musclés » ou trop longs. V. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, 1149.

<sup>846</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 163.

<sup>847</sup> Art. 417<sup>ter</sup> du CIC.

<sup>848</sup> Art. 222-3 al. 7 du Code pénal.

**143. La portée limitée du droit à la liberté.** Le droit à la liberté n'est pas absolu en matière pénale, et l'exemple le plus éloquent est celui de l'emprisonnement ou la réclusion criminelle comme peine prononcée suite à une infraction. L'article 5 de la Convention EDH énumère d'ailleurs quelques exceptions à ce droit à la liberté. Dans la phase pré-sententielle, les exceptions au droit à la liberté sont rendues nécessaires par les circonstances d'une infraction. En effet, la privation de liberté d'une personne avant jugement est acceptée dans la plupart des États membres dans le but de prévenir la commission d'une infraction par exemple, ou la fuite de celui-ci<sup>849</sup> et donc faciliter les investigations.

Dans le cadre d'une enquête pénale, la recherche des preuves peut donc nécessiter des atteintes plus ou moins graves au droit à la liberté<sup>850</sup>. Il est parfois nécessaire pour un témoin ou un tiers, de participer activement à l'enquête. Cette participation peut être volontaire ou obligatoire et se traduire par un déplacement sur le lieu de commission de l'infraction par exemple, ou plus souvent au commissariat, ou encore par l'interdiction de quitter un lieu en cas de flagrant délit. Pour les nécessités de l'enquête, un officier de police judiciaire, le procureur ou un juge d'instruction peut convoquer, voire contraindre à comparaître, une personne ayant connaissance des circonstances de l'infraction<sup>851</sup>. Plus attentatoires à la liberté d'aller et de venir, les mesures privatives de liberté avant jugement comme la garde à vue ou la détention provisoire sont décisives dans le recueil des preuves. Le suspect retenu sera à la disposition des autorités judiciaires pour l'accomplissement de mesures d'enquêtes comme les fouilles corporelles, les interrogatoires, les confrontations avec la victime, ou les reconstitutions. Mais le temps fort de cette privation de liberté est l'obtention de l'aveu par les autorités policières. L'importance des déclarations faites durant les premières heures de la privation de liberté n'est plus à démontrer. Elles ouvrent le chemin de l'enquête et vont alors diriger les enquêteurs vers l'établissement d'une vérité policière qui deviendra peut-être une vérité judiciaire. Une privation de liberté reste une mesure traumatisante pour la personne concernée et peut ainsi altérer la fiabilité des déclarations prononcées. Par ailleurs, bien que la procédure soit clairement encadrée, le zèle des autorités judiciaires dans l'exécution d'une mesure privative de liberté représente également un danger,

---

<sup>849</sup> Art. 5, 1. c) de la Convention EDH.

<sup>850</sup> Les autorités portent régulièrement et légalement atteinte au droit à la liberté, spécialement dans le cadre préventif, S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, *op. cit.*, p. 407.

<sup>851</sup> Par exemple, art. 78 du CPP pour une convocation policière en France ou art. 71 et s. du CIC. pour une citation devant le juge d'instruction en Belgique.

comme le montre l'usage abusif de la garde à vue en France<sup>852</sup>. C'est la raison pour laquelle cette situation doit être strictement encadrée par la loi et limitée dans le temps<sup>853</sup>, contrebalancée par des garanties accordées à la personne retenue contre sa volonté. Le non-respect de ces garanties aura alors des conséquences sur la recevabilité des preuves au procès pénal.

**144. Les limites dans les droits nationaux.** Au Royaume-Uni, la question est imprégnée des principes fondamentaux de l'*Habeas corpus Act* de 1679, prévenant toute détention arbitraire<sup>854</sup>. Ainsi, si toute personne prise en flagrant délit ou suspectée d'être sur le point de commettre, de commettre ou d'avoir commis une infraction peut être arrêtée par une autorité policière<sup>855</sup>, elle doit être informée par oral et par écrit de ses droits<sup>856</sup>, comme celui de l'assistance d'un avocat ou de garder le silence, mais également sur les raisons de son arrestation. Un régime similaire existe aujourd'hui en France et en Belgique. Les garanties procédurales du gardé à vue ont récemment été renforcées dans ces deux États, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour EDH et plus récemment de l'Union européenne. En effet, si l'avocat de la défense n'était pas totalement écarté de la garde à vue en France<sup>857</sup> mais voyait son intervention limitée, son rôle était inexistant en Belgique. Jusqu'à récemment, la garde à vue y était limitée à 24h et toute prolongation de la détention faisait basculer la personne gardée à vue sous le régime de l'instruction. Ainsi, les droits du suspect pendant la phase d'enquête policière étaient restreints : il ne bénéficiait pas d'un statut particulier, ne pouvait se faire assister par un avocat, n'était pas informé du droit qu'il a de se taire. Désormais, la loi Salduz<sup>858</sup> entrée en vigueur en 2012 se conforme à la décision<sup>859</sup> de la Cour de Strasbourg du même nom. La présence de l'avocat dès le début de la garde à vue est

---

<sup>852</sup> « La garde à vue est une mesure de coercition balisée mais dont les balises sont à présent en détresse », F. DEBOVE, « Garde à vue : entre cadence et décadence », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 192.

<sup>853</sup> Pour une présentation, grâce à un tableau comparatif, de la durée de la détention pré-sententielle et les droits du suspect durant cette période en Belgique, au Royaume-Uni, en Allemagne, en Grèce, en Italie, aux Pays-Bas et en Pologne, v. E. CAPE, J. HODGSON, T. PRAKKEN, et al., *Suspects in Europe - Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 267 et s. Cependant, la matière ayant récemment connu des transformations profondes, certaines données ne sont plus à jour, comme c'est le cas en Belgique.

<sup>854</sup> J. R. SPENCER, « The English system », in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 146.

<sup>855</sup> Sect. 24, *Police And Criminal Evidence Act 1984*, Part III.

<sup>856</sup> Rapport du Sénat n° LC 204, « La garde à vue », Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, Déc. 2009, disponible sur <http://www.senat.fr/lc/lc204/lc204.pdf>

<sup>857</sup> Sous le régime antérieur à la loi de 2011, l'avocat bénéficiait de 30 minutes d'entretien avec son client et ne pouvait assister aux interrogatoires. L'accès au dossier était également limité.

<sup>858</sup> La jurisprudence Salduz et son influence sur les législations nationales seront abordés en détail dans les § n° 440 et s.

<sup>859</sup> CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, *Recueil des arrêts et décisions* 2008.

désormais obligatoire et participe ainsi à la qualité des preuves obtenues durant cette période et prévient la mise à l'écart de celles qui auraient été irrégulièrement obtenues.

*ii. Enquête et protection de la vie privée : un couple inconciliable.*

**145. La vie intime du délinquant et le recueil d'éléments de preuves.** La question du respect de la vie privée et familiale est omniprésente dans la recherche de la vérité. En effet, trouver la preuve d'une activité criminelle demande parfois de s'immiscer dans le quotidien du suspect ou de ses proches, pour recueillir tous les éléments utiles à la manifestation de la vérité. L'intérieur fastueux d'un appartement confirme un train de vie incompatible avec un petit salaire et peut témoigner de l'activité du receleur. Une grosse somme d'argent liquide retrouvée à son domicile peut contribuer à prouver l'activité du trafiquant de drogue. Des mouvements suspects sur un compte bancaire, les méfaits d'un fraudeur fiscal.

La majeure partie des mesures d'enquêtes violent la protection de la vie privée. La prévention et la répression des infractions passe par la constitution d'un dossier, contenant des éléments personnels relatifs au suspect, éléments qui pourront éventuellement être utilisés au procès. Le recueil et la conservation de ces informations à caractère personnel sont une intrusion dans la vie privée mais justifiée par la répression des infractions<sup>860</sup>. L'exemple le plus courant est la perquisition domiciliaire et les saisies qui en découlent, qui sont prévues sous différentes conditions dans les États membres, de façons à garantir un semblant d'équilibre. Bien que des conditions précises soient posées comme le respect d'une certaine plage horaire, ou la présence ou le consentement de la personne concernée par la mesure, les pouvoirs des autorités enquêtrices sont très importants<sup>861</sup>. Ainsi, des perquisitions nocturnes sont réalisables dans de nombreux États membres, que ce soit le régime commun comme au Royaume-Uni<sup>862</sup> ou en Espagne<sup>863</sup>, ou dérogatoire comme en France. Le lieu est alors fouillé pour trouver le moindre renseignement utile aux autorités enquêtrices : la correspondance est

---

<sup>860</sup> Par exemple, dans l'affaire *Murray c. Royaume-Uni*, la Cour EDH a estimé que la consignation de détails personnels et d'une photographie par la police, ainsi que la pénétration et la fouille du domicile des requérants constituent une ingérence dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée, mais ont été nécessaires dans une société démocratique pour la prévention des infractions. CEDH, 28 oct. 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, req. n°14310/88, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996-I, § 83-93.

<sup>861</sup> Cf. *infra*.

<sup>862</sup> La perquisition doit être effectuée à une heure raisonnable, mais uniquement lorsque cela ne met pas en péril le bon déroulement de la mesure, Sect. 16 (4) du *Police And Criminal Evidence Act 1984* (« *Entry and search under a warrant must be at a reasonable hour unless it appears to the constable executing it that the purpose of a search may be frustrated on an entry at a reasonable hour* »)

<sup>863</sup> Le juge peut ordonner la perquisition domiciliaire, si l'urgence le rend nécessaire, de jour comme de nuit, toujours avec le consentement préalable de la personne intéressée, sauf exception, art. 550 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.



susceptible d'être lue avant d'être saisie, tout comme les données informatiques des appareils numériques présents.

**146. L'encadrement des atteintes à la protection de la vie privée<sup>864</sup>.** Comment concilier la recherche efficace de la vérité avec le droit au respect de la vie privée de la personne concernée par ces mesures d'enquête ? L'article 8 de la Convention EDH protège le droit au respect de la vie privée et familiale et par ces termes, la Cour comprend le respect de la vie privée, de la vie familiale, du domicile, et de la correspondance. « Vie privée » englobe alors les relations avec « d'autres personnes et le monde extérieur »<sup>865</sup> et donc plus concrètement, les communications privées comme les conversations téléphoniques, les empreintes digitales, les données médicales, les dépenses personnelles, ou plus simplement, des détails personnels comme le lieu de naissance<sup>866</sup>. Le domicile et la correspondance revêtent également plusieurs aspects. Alors que le domicile voit son champ élargi aux locaux professionnels, la correspondance englobe les objets délivrés par la poste, les conversations téléphoniques. Interprétée plus largement, cette notion pourra éventuellement concerner les moyens de communication modernes comme les courriers électroniques, les réseaux sociaux et messageries instantanées.

L'article 8 précise que ce droit n'est pas absolu : la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, autant que la protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique, justifient l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit. Cette ingérence est acceptée si elle est nécessaire, mais également prévue par la législation<sup>867</sup>. Plus délicat, le cas des mesures d'enquête discrètes se révèle particulièrement dangereux concernant la protection de la vie privée. Ces mesures exceptionnelles telles que la surveillance, les écoutes téléphoniques ou l'infiltration, sont spécialement intrusives dans la vie quotidienne de la personne en cause mais restent indispensables dans certaines affaires de criminalité organisée, ou de terrorisme. La Cour EDH a estimé que ces mesures exceptionnelles étaient justifiées dans la mesure où elles sont « strictement nécessaires à la sauvegarde des institutions démocratiques »<sup>868</sup>. L'aval de la Cour laisse une large marge de

---

<sup>864</sup> La protection de la vie privée dans le cadre des mesures d'enquête sera abordée ponctuellement tout au long de cette étude, appuyant l'étude de certains moyens de preuves.

<sup>865</sup> U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme n°1, Conseil de l'Europe, 2003, p. 10 et s.

<sup>866</sup> Cette liste est non exhaustive, le contenu de la notion pouvant varier en fonction de l'époque, du milieu et de la société dans lesquels l'individu vit, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 515.

<sup>867</sup> V. le paragraphe suivant.

<sup>868</sup> U. KILKELLY, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 50.

manœuvre aux États quant au régime de ces mesures exceptionnelles, opaques et subjectives, et difficiles à contester par la défense.

La recherche de la preuve nécessite régulièrement des concessions sur la protection des droits substantiels. La protection des droits procéduraux va venir contrebalancer ces atteintes et rétablir un équilibre en dotant le suspect de droits qui lui sont propres.

## 2. Le respect des droits procéduraux.

**147. Le droit à un procès équitable, un droit substantiel ?** Bien que les droits procéduraux soient « la seule catégorie de droits dont le contenu ne renvoie pas à une liberté matérielle mais aux garanties dont un individu dispose dans un État de droit afin de faire valoir ses droits et libertés »<sup>869</sup>, le droit à un procès équitable tend à être apprécié comme un enjeu substantiel<sup>870</sup>. En effet, si l'équité de la procédure conditionne la légalité formelle de la preuve pénale par l'édition de règles procédurales relatives à l'administration de la preuve, l'article 6 offre plus qu'une simple garantie formelle mais constitue un droit fondamental, appelant au dépassement de l'examen formel de la procédure<sup>871</sup>. L'expansion de la nature procédurale du droit à un procès équitable est exprimée par la valeur supérieure que ce principe a atteint : l'équité procédurale est appréciée par l'examen d'une situation globale de l'ensemble de la procédure, et la réunion des garanties formelles issues de l'article 6 n'est pas une garantie d'équité<sup>872</sup>. Au nom du procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme a développé des principes substantiels comme le droit de se taire, le droit d'être entendu, la protection contre la contrainte ou la coercition<sup>873</sup>. Au nom du procès équitable, les juridictions nationales ont le pouvoir d'invalidier ou d'avaliser la totalité d'une procédure répressive, sur la base d'une appréciation subjective de l'équité<sup>874</sup>. Ainsi, le droit à un procès équitable devient par extension un droit fondamental garantissant le caractère démocratique de la justice, dépassant la dimension technique qui lui a été conférée.

---

<sup>869</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 384.

<sup>870</sup> S. GUINCHARD, «Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?», in Mélanges en l'honneur de G. Farjat, *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 164.

<sup>871</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 500.

<sup>872</sup> *Ibid.*, 501.

<sup>873</sup> S. GUINCHARD, «Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?», in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, 1999, *op. cit.*, p. 165.

<sup>874</sup> Cf. dans le même Titre, Chapitre 2 relatif à la recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit national.

**148. Le droit à un procès équitable, un principe guidant la légalité formelle de la preuve**<sup>875</sup>. Le droit au procès équitable transcende toutes les phases de la procédure qui doit être appréciée dans sa globalité : le respect des droits procéduraux n'aurait qu'un effet limité s'il se restreignait à la phase juridictionnelle. Ainsi, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a précisé dans sa décision *Imbrioscia*<sup>876</sup>, les droits issus de l'article 6 de la Convention doivent être respectés dès le début de la procédure répressive, à savoir dès le début des investigations. Ces droits sont destinés à protéger la personne suspectée d'avoir commis une infraction de la puissance des autorités enquêtrices dotées de pouvoirs coercitifs importants. Le suspect doit jouir d'un statut protecteur dès les premiers soupçons et donc des droits inhérents, dont les droits de la défense. Ceux-ci vont donc influencer sur l'administration des preuves et ainsi conditionner leur recevabilité. Directement tout d'abord, en ce que leur violation est sanctionnée par la nullité de l'acte effectué<sup>877</sup> et donc l'exclusion de la preuve obtenue, voire par l'abandon des poursuites répressives. Également, les droits de la défense influencent indirectement la recevabilité de la preuve en ce qu'ils encadrent les règles formelles relatives à la recherche et à l'administration de la preuve. Ainsi, les règles relatives à l'interrogatoire d'un suspect par une autorité policière sont édictées de manière à ce qu'il puisse bénéficier des droits de la défense : l'autorité peut avoir l'obligation de notifier au suspect son droit de garder le silence, ou devoir attendre que le suspect ait pu s'entretenir avec un conseiller juridique avant de l'interroger.

Si l'importance des droits de la défense est universellement reconnue, la Convention EDH n'en donne pas pour autant une liste exhaustive<sup>878</sup> et en fait donc un concept extensif. Cette malléabilité se retrouve également dans le principe de loyauté de la preuve : le manque de définition précise de la part du législateur donne toute latitude au juge pénal pour en déterminer les contours.

## B. La loyauté de la preuve

La recevabilité de la preuve pénale n'est pas tributaire du seul respect des droits fondamentaux. Sa recherche et son obtention exigent un certain degré de loyauté, d'éthique

---

<sup>875</sup> L'influence du droit à une procédure équitable et plus spécifiquement des droits de la défense sur le droit de la preuve ayant été présentée dans le Titre précédant, les présents développements resteront brefs et superficiels.

<sup>876</sup> CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88, *Série A*, n° 275, p. 13, § 36.

<sup>877</sup> V. la Section 2 du même chapitre sur les nullités de procédure.

<sup>878</sup> L'art. 6 § 3 de la Convention EDH énonce que « tout accusé à droit notamment... »

et d'honnêteté de la part des autorités enquêtrices<sup>879</sup> (1) qui ne sauraient déshonorer leur fonction en ayant recours à des techniques d'investigation trompeuses et déloyales, contraire aux valeurs morales de notre société<sup>880</sup> (2).

## 1. Le principe de loyauté

**149. Définition du concept.** La loyauté de la preuve est un principe auquel la doctrine, le législateur et la jurisprudence ont les plus grandes réticences à apporter une définition précise<sup>881</sup> tant le concept est évolutif et dépendant de la civilisation actuelle. S'il ne fallait cependant retenir qu'une seule définition, ce serait celle proposée par le Monsieur le doyen Bouzat il y a cinquante ans, abordant la loyauté comme « une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la Justice »<sup>882</sup>.

Cette définition en fait un des éléments indispensables au respect d'un procès équitable, imprégnant ainsi toutes les phases de la procédure : une procédure loyale est exempte de tout détournement des règles formelles et implique l'honnêteté des acteurs judiciaires à tous les niveaux. Elle est un principe pondérateur de la recherche des preuves : elle « protège l'individu contre les abus toujours possibles et impose à l'enquête un style »<sup>883</sup>. Par conséquent, le principe de loyauté renvoie à la probité des autorités judiciaires dans l'administration, et la production des preuves : un respect scrupuleux des règles édictées par le législateur mais plus généralement, le respect de règles morales<sup>884</sup>. L'intégrité des policiers et magistrats dans l'accomplissement de leur mission d'investigation et d'appréciation des preuves, leur incorruptibilité et leur fermeté face aux éventuelles pressions extérieures tendant à orienter l'enquête<sup>885</sup>, mais aussi la droiture et le sang-froid dans des situations émotionnellement éprouvantes, sont autant des caractéristiques qui participent au respect du principe de loyauté. Seule la garantie d'une enquête loyale et honnête, sans artifices ou

---

<sup>879</sup> Par ailleurs, le principe de loyauté peut s'apprécier différemment selon que la preuve soit recherchée par une partie privée par une autorité publique, V. T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 7ème éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 247.

<sup>880</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 163.

<sup>881</sup> B. DE LAMY évoque l'impossible définition juridique du concept, B. DE LAMY, «De la loyauté en procédure pénale - Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale», in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, 101.

<sup>882</sup> P. BOUZAT, «La loyauté dans la recherche des preuves», in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENEY, Paris, Sirey, 1964, p. 172.

<sup>883</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>884</sup> La probité peut être définie comme un devoir déontologique de suivre des règles de conduites d'essence morale, v. J.-M. BRIGANT, *Contribution à l'étude de la probité*, Aix-en-provence, PUAM, 2012, p. 46 et s.

<sup>885</sup> Ainsi, la loyauté des magistrats est intimement liée à la garantie du respect de leur indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, V. *Ibid.*, p. 161.

ruses<sup>886</sup>, assure aux preuves d'être recevables au procès pénal, sans ambiguïté possible, ni contestation. La loyauté laisse intacte la libre volonté de celui qui va fournir la preuve : l'obtention d'un aveu libre et éclairé est incompatible avec l'utilisation d'un quelconque procédé altérant le discernement, ou opérant une contrainte morale.

**150. La consécration jurisprudentielle de la loyauté.** Si la loyauté est un des principes directeurs de la procédure pénale<sup>887</sup>, elle demeure un principe essentiellement jurisprudentiel. Le principe de loyauté est parfois mentionné par la loi, il n'y est pas pour autant clairement défini. En Belgique, la notion de loyauté de la preuve pénale est rattachée à la mission du Procureur du roi et du juge d'instruction, tous deux chargés de veiller à la légalité et la loyauté de la preuve<sup>888</sup>. Cependant, aucune précision n'est donnée par le législateur sur la définition de loyauté. Les travaux préparatoires du « projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction », ont pourtant été l'occasion de débattre de la loyauté de la preuve, de son lien avec le droit au procès équitable et des interrogations qu'elle soulève face aux méthodes particulières d'enquête comme l'infiltration. En introduisant l'obligation pour le procureur du Roi et le juge d'instruction de veiller à la loyauté et la légalité des moyens de preuve, le législateur aurait pu apporter des éléments de définition de la loyauté. Finalement, on retiendra des débats que la loyauté s'en tient au « fait que les moyens de preuves doivent être réunis dans le respect du droit, des principes généraux régissant la procédure pénale »<sup>889</sup> comme les droits de la défense, laissant aux juridictions le soin de décider ce qu'est une preuve déloyale. Le législateur français n'a pas profité de l'édiction de l'article préliminaire du Code de procédure pénale pour ériger le principe de loyauté comme un des principes directeurs de la matière, au même titre que le droit à une procédure équitable et contradictoire<sup>890</sup>. On peut cependant trouver des manifestations du principe de loyauté dans le pouvoir discrétionnaire du Président de la Cour d'assises de prendre toutes les mesures qu'il estime utiles à la

---

<sup>886</sup> « Le principe de loyauté dans la recherche des preuves a pour objet d'interdire à celui qui administre la preuve l'emploi de procédés loyaux, de ruses ou de stratagèmes », J. BUISSON, « Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions », *RSC*, 2003, p. 393, sous Cass. Crim, 6 mai 2012

<sup>887</sup> R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 854. Certains auteurs considèrent néanmoins que le principe de loyauté de la preuve n'est qu'une notion déontologique, ou relève plus de la morale que du droit. V. C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 118., à propos de Ph. TRAEST.

<sup>888</sup> Respectivement aux articles 28*bis* et 56 du CIC.

<sup>889</sup> Doc. Parl., Ch. repr., sess. 1996-1997, n° 857/1, p. 40.

<sup>890</sup> L'introduction du principe de loyauté dans l'article préliminaire a pourtant été proposée, mais l'amendement visant à intégrer la mention « et sur le fondement de preuves loyalement obtenues » a été rejeté lors des débats parlementaires, en partie dans le but de protéger la jurisprudence concernant la recevabilité des preuves déloyales apportées par les parties privées, notamment la victime. Ass. nat., compte rendu intégral : 1<sup>ère</sup> séance du 24 mars 1999, p. 2791, et 2<sup>ème</sup> séance du 9 fév. 2000, pp. 910-911.

manifestation de la vérité, ceci « en son honneur et en sa conscience »<sup>891</sup>. Mais c'est essentiellement dans la jurisprudence de la chambre criminelle et dans la doctrine que le principe de loyauté trouve sa consécration comme principe essentiel de la matière pénale. En effet, le principe a été affirmé par la Cour de cassation dès 1888, dans l'arrêt Wilson<sup>892</sup> : dans cette affaire, un juge d'instruction avait caché son identité au suspect lors d'une conversation téléphonique, et les déclarations recueillies avaient été utilisées par la suite dans la procédure répressive, ce que la Cour censura car contraire au principe de loyauté dans la recherche des preuves<sup>893</sup>.

## 2. L'interdiction de moyens déloyaux pour obtenir la preuve

**151. L'identification de procédés déloyaux.** Le principe de loyauté dans la recherche des preuves interdit aux autorités étatiques de tromper le suspect, de manipuler la procédure à leur avantage, en utilisant des procédés déloyaux, des ruses ou des machinations. Le nombre de stratagèmes envisagés n'a comme unique limite l'imagination des enquêteurs. Aussi, les juridictions nationales ont eu à se prononcer sur le caractère loyal de certaines méthodes comme le *testing*<sup>894</sup>, l'utilisation de faux profils numériques<sup>895</sup> ou encore le détournement de procédure<sup>896</sup>. Ainsi, deux exemples de procédés déloyaux peuvent être proposés : la provocation policière (a) et l'altération du discernement par l'hypnose ou l'usage de narcotiques (b).

### *a. La provocation policière : un concept sujet à interprétation*

Après avoir abordé les fondements de l'interdiction de la provocation policière (i), nous présenterons les positions des États membres dans la délimitation de cette interdiction (ii).

---

<sup>891</sup> Art. 310 du CPP.

<sup>892</sup> Cass. crim., 31 janv. 1888, Sirey 1889, I, p. 241

<sup>893</sup> F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Orléans, Paradigme, 2007, p. 46.

<sup>894</sup> V. L. COLLET-ASKRI, « La chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... », *Recueil Dalloz*, 2003 p. 1309, à propos de l'arrêt du 11 juin 2002.

<sup>895</sup> V. à ce sujet J.-R. DEMARCHI, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil de protection transnationale du justiciable », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2012.

<sup>896</sup> Comme par exemple, le recours à des méthodes d'investigations dérogatoires et réservées à un certain type de criminalité pour la recherche de preuve concernant une infraction de droit commun. V. C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 4ème éd., Bruxelles, 2011, p. 76.

**152. Un contexte infractionnel particulier.** Face à la complexification de la criminalité moderne, les autorités investigatrices ont besoin de moyens adaptés et spécifiques à ces enquêtes difficiles, car l'obtention de la preuve y est plus délicate. La répression de certaines infractions particulièrement ramifiées et organisées comme la corruption, le trafic de stupéfiants, le proxénétisme ou le terrorisme, exige discrétion et prudence dans la recherche des preuves. Par ailleurs, le développement d'Internet a donné aux délinquants un nouveau champ d'action infractionnel, où la banalisation de l'anonymat et la difficulté de tracer l'origine de la connexion compliquent un peu plus les investigations. Le recours à certaines méthodes d'enquêtes opaques au moyen d'agents infiltrés, d'indicateurs occultes, ou l'utilisation de fausses identités est alors indispensable, dans le but d'acquérir des informations internes au milieu criminel ou tout simplement pour permettre de remonter jusqu'à l'auteur de l'infraction. Toutefois, il est évident qu'un tel contexte est propice aux dérives de la part des enquêteurs : en dissimulant leur identité pour se rapprocher des suspects, le risque majeur est que l'agent outre passe ses compétences, normalement circonscrites au recueil des preuves, et participe directement ou indirectement à la commission de l'infraction en incitant le suspect à agir. L'attitude encourageant le suspect à agir sera alors considérée comme une provocation policière, sans conteste contraire à l'exigence de loyauté, mais dont l'illégalité est subordonnée au lien causal entre la provocation et la commission de l'infraction<sup>897</sup>.

**153. Déloyauté de la provocation policière.** Si l'on peut comprendre la difficulté pour un agent infiltré d'obtenir les preuves dont il a besoin pour prouver une activité criminelle, la provocation policière incitant à la commission d'une infraction, en exerçant une quelconque pression ou contrainte sur la personne suspectée pour qu'elle s'adonne à une activité répréhensible, est difficilement justifiable. L'idée sous-jacente de ce rejet de la provocation réside en ce que l'État ne « peut pousser les citoyens à commettre des infractions et ensuite les condamner pour celles-ci »<sup>898</sup>. Quelle légitimité pour l'État de punir un comportement qu'il a lui-même provoqué ? On ne peut que retenir le paradoxe pour la justice répressive de générer son propre objet<sup>899</sup>. Pourtant, donner à cette interdiction un fondement juridique est un travail délicat. L'immoralité de la pratique peut être avancée, ce qui est difficilement contestable mais peut-être insuffisant. La provocation « viole les règles

---

<sup>897</sup> Sur l'existence d'un lien de causalité, F. DEFFERRARD, « La provocation », *RSC*, 2002, p. 233.

<sup>898</sup> C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, 2000, *op. cit.*, p. 267.

<sup>899</sup> *Ibid.*, p. 275.

élémentaires de la moralité publique, de l'honnêteté, de la décence, de la loyauté, entraînant l'auteur du fait dans un guet-apens indigne de la police et de la justice »<sup>900</sup>. Elle dessert l'objectif d'efficacité de la répression pénale, tout comme l'image de la Justice, « qui doit inspirer confiance et respect »<sup>901</sup>. La perte totale du libre arbitre a également été avancée<sup>902</sup>. Certaines décisions juridictionnelles<sup>903</sup> mettent en avant le fait que la provocation annihile la volonté de l'auteur de l'infraction, qui n'aurait pas forcément eu l'intention de passer à l'acte s'il n'y avait pas été poussé. L'incitation policière neutraliserait ainsi l'élément moral nécessaire à la constitution de l'infraction : l'auteur aurait éventuellement pu avoir l'intention de commettre l'infraction mais il sera impossible de prouver que sans la provocation de l'agent policier, il aurait effectivement matérialisé sa volonté criminelle<sup>904</sup>. La définition de la provocation retenue par le législateur belge rejoint ce raisonnement en ce qu'elle se réfère à l'intention délictueuse de l'auteur de l'infraction, née, renforcée ou confirmée par un policier. Néanmoins, certains auteurs ont pu soulever leur désaccord quant à ce raisonnement, estimant que si l'auteur des faits est trompé, il n'en agit pas moins librement<sup>905</sup> et sait qu'il est en train de commettre une infraction.

**154. Position de la Cour européenne des droits de l'homme.** L'illégalité de la provocation policière est également une garantie du respect au droit au procès équitable. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée en ce sens dans l'affaire *Teixeira de Castro c. Portugal*<sup>906</sup> en considérant comme contraire à l'article 6 de la Convention l'incitation policière à commettre une infraction et l'utilisation des preuves découlant de cette opération irrégulière. En l'espèce, deux policiers infiltrés opéraient dans le cadre d'une opération relative à un trafic de drogue. Après une prise de contact grâce à l'intervention d'un « petit revendeur », les policiers ont expressément demandé à M. Teixeira de Castro de leur fournir des stupéfiants, ce qu'il fit. Les demandes insistantes des policiers ont été essentiellement à l'origine de l'infraction en provoquant l'activité criminelle, rien dans les faits n'indiquant que

<sup>900</sup> R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Swinnen, 1988, p. 67.

<sup>901</sup> « 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 », P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENEY*, 1964, *op. cit.*, p. 165.

<sup>902</sup> R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 870. et C. D. VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, 2000, *op. cit.*, p. 274, au sujet de la théorie de Monsieur le Professeur P.-L. Bodson.

<sup>903</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>904</sup> La Cour de cassation française et le Conseil d'État ont pourtant longtemps soutenu le contraire, estimant que la provocation ne supprimait pas la responsabilité de l'auteur de l'infraction. V. P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENEY*, 1964, *op. cit.*, p. 165.

<sup>905</sup> R. DECLERCQ, *La preuve en matière pénale*, 1988, *op. cit.*, p. 65..

<sup>906</sup> CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, req. n° 25829/94, *Recueil des arrêts et des décisions* 1998-IV.



le requérant aurait concrétisé l'infraction sans les policiers<sup>907</sup>. La Cour maintient cette position encore aujourd'hui<sup>908</sup>.

*ii. Le droit national face à la provocation policière*

**155. «Provocation à l'infraction» et «provocation à la preuve».** Les positions nationales sur la provocation policière rejoignent en partie celle de la Cour de Strasbourg. La Cour de cassation française estime que « porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission »<sup>909</sup>. Ainsi, la « provocation à l'infraction » est prohibée en ce qu'elle vicie les preuves obtenues, tandis que la « provocation à la preuve », nécessitant le recours à des stratagèmes dans le seul but de prouver une infraction existante est autorisée. Le législateur a également rappelé l'interdiction pour l'agent infiltré d'inciter à commettre une infraction<sup>910</sup>. Pour être licite, l'activité des agents infiltrés doit rester passive, et se borner à une simple constatation. Le recours à des machinations inconnues du suspect, de la part de fonctionnaires de police, n'est pas prohibé tant qu'elles n'exercent aucune influence sur la commission de l'infraction et que ces stratagèmes ne visent qu'à permettre l'obtention de la preuve d'une infraction préexistante<sup>911</sup>. Ainsi, le fait pour des policiers de se faire passer pour des acheteurs auprès d'un revendeur de stupéfiants peut être perçu comme une « provocation à l'infraction » ou comme une « provocation à la preuve » : si l'achat est effectué dans un contexte de trafic organisé, que les ventes sont régulières et que les agents infiltrés font partie d'un flot d'acheteurs, leur rôle n'apparaît pas comme déterminant dans la commission de l'infraction, et donc leur stratagème ne visait qu'à recueillir des preuves. Pourtant, si l'existence d'un réseau n'est pas clairement établie, et que le revendeur n'est qu'un revendeur occasionnel, alors les agents infiltrés seront considérés

---

<sup>907</sup> CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, *op. cit.*, §§ 38-39.

<sup>908</sup> CEDH, 15 déc. 2005, *Vanyan c. Russie*, req. n° 53203/99, § 46 ; CEDH, 5 fév. 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2008, § 59 : « pour qu'on procès soit équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, toute preuve obtenue par le biais d'une provocation policière doit être écartée » ;

<sup>909</sup> Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 141 ; Cass. crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83219, *Procédures* n° 12, déc. 2006, comm. BUISSON n° 278.

<sup>910</sup> « A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions », art. 706-81 al. 2 *in fine*.

<sup>911</sup> Cass. crim., 16 jan. 2008, n° 07-87633, *Bull. crim.* 2008 n° 14, p. 47 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 55, p. 41, note Y. MONNET.

comme des « agents provocateurs ». En fonction des circonstances, la frontière entre provocation et constatation peut s'avérer ténue. Est par exemple considéré comme un procédé déloyal le fait d'offrir une connexion à un site pédopornographique, permettant à « quiconque de recevoir et d'adresser gratuitement et anonymement des images interdites<sup>912</sup>. En revanche, le recours à un pseudonyme pour échanger par voie électronique ne constitue pas une provocation policière, si les policiers agissent dans le cadre d'un service spécialisé<sup>913</sup>. Le fait de se cacher pour constater l'infraction n'est pas non plus considéré comme une provocation de la part de policiers<sup>914</sup>.

On retrouve en Belgique l'opposition entre la prohibition du rôle actif des policiers dans l'activité infractionnelle et l'autorisation de la constatation passive de l'infraction. L'interdiction de la provocation policière est devenu un principe général de la procédure pénale grâce à une loi du 27 décembre 2005<sup>915</sup>. Désormais, l'article 30 du livre préliminaire du Code d'instruction criminelle interdit expressément la provocation d'infraction et y assortit une sanction forte : l'irrecevabilité des poursuites<sup>916</sup>. La provocation telle quelle est définie par le législateur nécessite l'intervention « d'un fonctionnaire de police ou d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire », et elle doit avoir fait naître directement l'intention frauduleuse de l'agent, ou l'avoir renforcée, ou confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin. Il faut donc que l'action du policier ait directement poussé à la commission de l'infraction. Cette définition reprend les termes de la Cour de cassation, qui dans une décision de 1979, a estimé que « la provocation à commettre une infraction consiste soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera matériellement l'infraction »<sup>917</sup>. Par exemple, le fait de placer une valise d'ordinateur portable en évidence dans une voiture fermée n'est pas considéré comme une provocation, mais comme une reproduction d'une scène banale de la vie quotidienne<sup>918</sup>. En revanche, un policier qui suivra spontanément une prostituée en se faisant passer pour un client, et non

---

<sup>912</sup> En France, Cass. crim., 7 fév. 2007, pourvoi n° 06-87753, *Bull. crim.* 2007, n° 37, p. 241.

<sup>913</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 99.

<sup>914</sup> Cass. crim., 22 avr. 1992, pourvoi n° 90-85125, *Bull. crim.*, 1992, n° 169, p. 441 : des policiers cachés dans un placard pour constater une infraction de corruption « ont agi sans provocation, dans le but de constater un délit et d'en réunir les preuves ». V. aussi Cass. crim., 23 août 1994, pourvoi n° 93-84739, *Bull. crim.*, 1994, n° 291, p. 711 : l'observation avec des jumelles d'un rendez-vous de chasse est une mesure d'investigation effectuée sans artifice ni stratagème et ne vise qu'à « constater une infraction, à en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs ».

<sup>915</sup> Cette loi est venue remplacer l'article 47<sup>quarter</sup> du CIC, annulé par la Cour d'arbitrage en décembre 2004. L'interdiction à la provocation était envisagée dans le cadre de l'exécution d'une méthode particulière de recherche et prévoyait comme sanction l'irrecevabilité des poursuites pénales.

<sup>916</sup> Non seulement la provocation policière vicie irrémédiablement les poursuites, mais l'aveu qui en découle ne peut non plus servir de base à une condamnation pour des infractions antérieures à la provocation, Liège (4<sup>ème</sup> ch.), 19 mai 1998, *J.T.* n°5909, p. 9, Note KUTY : « Regards sur la provocation policière et ses conséquences », pp. 10-12.

<sup>917</sup> Cass., 7 fév. 1979, *Pas. belge*, pp. 665-667.

<sup>918</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 17 mars 2010, *Pas. belge*, p. 866.

suite à ses sollicitations, pourra être considéré comme un agent provocateur de l'infraction<sup>919</sup>. La sanction de la provocation policière est sévère en Belgique : l'irrecevabilité des poursuites a remplacé celle des preuves<sup>920</sup>. Cette solution semble plus cohérente que l'exclusion de la preuve, solution retenue par la France et par la Cour européenne des droits de l'homme : si la contrainte morale annihile toute volonté d'action propre, l'élément moral de l'infraction n'est pas caractérisé. Par ailleurs, cette sanction est une mise en garde sévère et dissuasive contre les dérives éventuelles des enquêteurs : une enquête gravement déloyale porte atteinte de manière irréversible aux droits de la défense et la simple exclusion des preuves ne peut être un remède suffisant<sup>921</sup>. En revanche, la « provocation constatation », en opposition à la « provocation infraction », est licite.

Au Royaume-Uni, la question de la provocation policière a évolué concomitamment au développement du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure une preuve illicite<sup>922</sup>. Si la notion d'*entrapment*<sup>923</sup> n'est pas un terme juridiquement défini, le terme d'*agent provocateur* a très tôt désigné la personne qui incite autrui à commettre une infraction qu'il n'aurait pas commise, pour ensuite le poursuivre<sup>924</sup>. La multiplication du recours à cette technique d'investigation dans les enquêtes proactives a poussé les juridictions nationales à se prononcer sur la licéité de la provocation policière, et sur le sort des preuves recueillies. Après avoir d'abord écarté la possibilité d'exclure une preuve obtenue grâce à une provocation policière<sup>925</sup>, la Section 78 du *Police and Criminal Evidence Act 1984* a donné au juge pénal le pouvoir d'exclure une preuve dont l'utilisation pourrait porter atteinte à l'équité du procès, notamment par l'illégalité ou la déloyauté des moyens employés pour l'obtenir, ceci incluant les provocations policières. L'exclusion de la preuve obtenue grâce à un *entrapment* n'a été détaillée que plus tard par la jurisprudence. Dans la décision *Looseley*<sup>926</sup>, joignant deux affaires similaires, les deux accusés étaient chacun impliqués dans un trafic de stupéfiants, lequel faisait l'objet d'une enquête sous couverture. Lors de sa mission, l'agent infiltré avait demandé à l'accusé de lui fournir des stupéfiants, en insistant plus lourdement dans une des

---

<sup>919</sup> C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, 2000, *op. cit.*, p. 286.

<sup>920</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 94.

<sup>921</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 31 mai 2011, *J.L.M.B.* 2011/31, obs. DE NAUW: « L'irrecevabilité des poursuites en tant que sanction de l'atteinte du droit du prévenu à un procès équitable », p. 1524.

<sup>922</sup> Voir Section 2, §2 du même chapitre.

<sup>923</sup> Ce terme signifie « incitation à commettre un délit », v. J.-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2011, *op. cit.*, v<sup>o</sup> *entrapment*. *Entrapment* a pu être défini par la doctrine comme l'emploi de moyens trompeurs, afin de tester si une personne est disposée à commettre une infraction. V. A. ASHWORTH, « Re-drawing the boundaries of entrapment », *Criminal Law Review*, Mars, 2002, p. 161.

<sup>924</sup> I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 4<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010, p. 332. C'est par exemple le cas des agents infiltrés, v. M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 97.

<sup>925</sup> R. v. Sang, (1980), A.C. 402 HL

<sup>926</sup> R v. Looseley; Attorney General's Reference (n<sup>o</sup> 3 of 2000) (2001) 1 WLR 2060, HL.

affaires : la défense demandait l'exclusion des preuves ainsi obtenues. Ces affaires ont été l'occasion pour la Chambre des Lords d'éclaircir plusieurs points. Tout en affirmant qu'un maintien des poursuites et une exclusion de la preuve illicite constitueraient la solution préférable en cas de provocation policière, elle jugea inacceptable que des agents de l'État puissent inciter ses citoyens à commettre une infraction, pour les poursuivre par la suite<sup>927</sup>. Comme le plus souvent la preuve obtenue par provocation forme l'entière base des poursuites et que son exclusion entraînerait leur effondrement, les juges ont décidé que l'abandon des poursuites était la solution appropriée à la provocation policière<sup>928</sup>. Deux critères sont déterminants pour retenir ou exclure une provocation policière : la suspicion raisonnable de l'implication de l'accusé dans une activité criminelle précédant l'infraction en cause, et le degré d'implication de l'agent infiltré dans la commission de l'infraction. Dans le premier cas, l'accusé était suspecté de participer à un trafic de stupéfiants, et l'agent n'a fait que lui donner l'opportunité de commettre l'infraction, alors que dans le second cas, la police n'avait pas de raison de soupçonner l'accusé d'être impliqué dans un trafic de stupéfiants, qui a cédé aux demandes insistantes du policier de lui fournir de la drogue<sup>929</sup>. Pour rester dans les limites de sa mission, le policier ne doit pas apporter plus qu'une opportunité ordinaire, banale, de commettre une infraction<sup>930</sup>. A la différence de la France et la Belgique, la juridiction n'insiste pas sur le rôle passif ou actif du policier<sup>931</sup>, ni sur son rôle déterminant dans le passage à l'acte : l'agent doit avoir réellement outrepassé sa mission, il est plus qu'un élément déclencheur de la volonté délictuelle, il est l'élément extraordinaire indispensable à la commission de l'infraction. Cette position est donc nettement plus favorable à l'accusation que celles adoptées en France et en Belgique, l'exclusion étant alors plus difficile à retenir.

**156. L'absence de critères objectifs communs.** Il apparaît délicat aujourd'hui d'établir une règle générale concernant la recevabilité de la preuve issue de stratagèmes policiers. Alors qu'en France la « provocation à l'infraction », par opposition à la « provocation à la preuve », conduit uniquement à l'irrecevabilité des preuves recueillies, le droit belge se montre plus sévère en sanctionnant par l'irrecevabilité des poursuites la

---

<sup>927</sup> D. ORMEROD, «Entrapment: police officers posing as drug users», *Criminal Law Review*, Avr., 2002, p. 303.

<sup>928</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 98. Par la procédure de l'*abuse of process*, les juges peuvent mettre un terme à la procédure, si par exemple ils estiment que la défense ne peut bénéficier d'un procès équitable. Cette décision reste exceptionnelle.

<sup>929</sup> A. ASHWORTH, «Re-drawing the boundaries of entrapment», *op. cit.*, p. 162.

<sup>930</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 8ème éd., Oxford, OUP, 2010, p. 67.

<sup>931</sup> Il ne suffit pas de donner à la personne surveillée l'occasion de commettre l'infraction, mais une occasion exceptionnelle, ce qui implique plus qu'un comportement actif. V. A. ASHWORTH, «Re-drawing the boundaries of entrapment», *op. cit.*, p. 165.

« provocation d'infraction », distincte de la « provocation constatation ». Le droit anglais assortit la provocation policière d'une sanction identique mais uniquement si le policier a été l'élément exceptionnel de la commission de l'infraction, distinguant « l'opportunité exceptionnelle » ou « l'opportunité ordinaire ».

Par ailleurs, il convient de remarquer que l'application de ces critères dépend de l'appréciation souveraine du juge : c'est une question d'espèce, laissant peut-être une place trop importante à la subjectivité des magistrats en fonction de la gravité de l'infraction. En effet, la Cour de Strasbourg rappelle que « dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité »<sup>932</sup>. Pourtant, l'intérêt supérieur de la société pourrait pour certains justifier le sacrifice de certaines libertés individuelles de l'individu, dans le but de protéger les droits d'autrui<sup>933</sup>. La dangerosité de certaines infractions et les préjudices pour la société de ne pas punir de tels agissements légitimerait les violations des droits d'un individu. Si cette opinion est compréhensible, compte-tenu de l'atrocité de certains crimes<sup>934</sup> auxquels les autorités judiciaires doivent faire face, laisser le juge seul maître de cet examen d'opportunité et de la balance entre les droits de l'accusé et ceux de la société représente un danger pour tous les justiciables. Par ailleurs, l'argument selon lequel les policiers n'auraient fait que révéler une intention criminelle déjà existante pour justifier leur intervention<sup>935</sup> ne saurait être retenu. En effet, le rôle des forces enquêtrices n'est pas de révéler des intentions criminelles, ni de créer des occasions pour qu'une personne tentée par une activité délictuelle y succombe. Cette conception de la mission des autorités judiciaires semble incompatible avec celle de protection de l'ordre public, de la sécurité de la société et des libertés individuelles qui leur est dévolue. Au contraire, l'importance des enjeux exigerait que l'action des enquêteurs soit irréprochable pour parvenir à une condamnation incontestable.

L'exemple de l'interdiction de la provocation policière montre à quel point la neutralité et la loyauté des autorités enquêtrices est essentielle à l'intégrité de la preuve pénale. L'étude des méthodes d'enquêtes altérant le discernement mènera à la même conclusion : pour que la preuve soit fiable, le libre arbitre de celui qui la fournit doit rester intact.

---

<sup>932</sup> CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, *op. cit.*, § 36.

<sup>933</sup> Opinion dissidente du juge Butkevych dans la décision *Teixeira de Castro c. Portugal*.

<sup>934</sup> Le juge Butkevych donne pour exemple le trafic d'organes humains, le commerce d'individus, ou encore la prostitution forcée.

<sup>935</sup> CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, *op. cit.*, § 32.

**157. Libre arbitre et fiabilité.** L'importance de la liberté de l'aveu exclut tout recours à certains procédés impliquant une altération du raisonnement ou du libre arbitre. De même que l'importance accordée au témoignage comme preuve pénale ne permet d'avoir recours à des moyens affaiblissant le discernement ou la lucidité du témoin. En effet, la fiabilité des propos recueillis ne peut être assurée s'ils sont donnés sous l'effet d'une drogue, alors que ses « résistances psychologiques sont brisées », et qu'il est éventuellement en train de divaguer<sup>936</sup>. Pourtant, bien que de nombreux États soient fermement opposés à l'utilisation de ces moyens d'obtention de la preuve, tous n'y sont pas réticents.

**158. Le rejet global de l'hypnose.** L'hypnose se caractérise par un état de relaxation profonde permettant à l'hypnotiseur d'imposer des suggestions à la personne hypnotisée<sup>937</sup>. Cet état de conscience altérée permet au sujet de revivre un moment qu'il aurait oublié et l'aider à améliorer sa mémoire<sup>938</sup>. Si l'hypnose est une technique reconnue dans le domaine médical, notamment concernant l'anesthésie, elle rencontre un large scepticisme voire une franche hostilité dans le domaine juridique. En effet, la fiabilité des souvenirs recueillis grâce à l'hypnose ne peut être garantie et le sujet peut inconsciemment tenir pour exact ce qui n'est finalement qu'un désir<sup>939</sup>. Pourtant, les juridictions et législateurs nationaux ne sont pas unanimes sur la question d'utiliser lors d'un procès des éléments de preuve recueillis grâce à cette technique. Cette méthode d'interrogatoire est expressément rejetée par le Code de procédure pénale allemand<sup>940</sup> qui interdit d'avoir recours à l'hypnose ou d'autres techniques affectant la mémoire au cours de l'interrogatoire du suspect. Les déclarations obtenues en violation de cette règle sont strictement irrecevables, le consentement du suspect n'ayant aucune incidence positive. Les juridictions françaises ont montré la même fermeté face aux preuves obtenues grâce à l'hypnose, sans porter considération au consentement du sujet à se soumettre à la mesure<sup>941</sup>. Au Royaume-Uni, le témoignage obtenu par l'administration d'une

---

<sup>936</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 94.

<sup>937</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, «Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité», *AJ Pénal*, vol. 7-8, 2005, p. 263.

<sup>938</sup> C. PUIGELIER et C. TIJUS, «L'hypnose en tant que moyen de preuve», *Revue générale de droit médical*, n°8, 2002, p. 139.

<sup>939</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>940</sup> § 136a 2. du Strafprozessordnung (StPO)

<sup>941</sup> Sur l'illégalité de l'audition effectuée sous hypnose d'une personne poursuivie pour meurtre : Cass. crim., 28 nov. 2001, pourvoi n° 01-86467, *Bull. crim.*, 2001, n° 248, p. 823 ; concernant l'hypnose du témoin consentant : Cass. crim., 12 déc. 2000, pourvoi n° 00-83852, *Bull. crim.*, 2000, n° 369, p. 1113.

substance chimique ou grâce à l'hypnose est irrecevable<sup>942</sup>. En Belgique, l'audition du suspect sous hypnose est également interdite mais elle reste admise pour les témoins avec leur consentement<sup>943</sup>.

**159. Le rejet inégal du polygraphe.** Si l'oubli et l'inexactitude des souvenirs sont sans conteste des obstacles à un aveu ou un témoignage fiables, le mensonge en demeure le principal ennemi. Une certaine neutralité est attendue des témoins, mais les liens éventuels avec le suspect ou les pressions qui peuvent être exercées contre eux laissent une place non négligeable au risque de mensonge. De même, la personne poursuivie qui clame son innocence ou conteste son rôle dans la commission d'une infraction, est présumée innocente, mais ne peut être dissociée de l'idée de mensonge. Au juge pénal d'apprécier la véracité des déclarations recueillies. Pour ce faire, certaines techniques scientifiques ont été avancées, mais leur usage reste très limité en Europe<sup>944</sup>, celles-ci étant considérées comme contraires au principe de loyauté de la preuve. C'est le cas du polygraphe, ou détecteur de mensonge, outil permettant de mesurer les réactions émotionnelles des personnes soumises à un interrogatoire et alors déceler un éventuel mensonge<sup>945</sup>. Les juridictions belges<sup>946</sup> accueillent favorablement les déclarations obtenues lors d'une audition au moyen d'un polygraphe, à la condition que la personne entendue y ait consenti librement et par écrit, et qu'elle dispose de la possibilité d'interrompre son usage à tout moment<sup>947</sup>. Cependant, le polygraphe n'est qu'une technique d'audition à la disposition des policiers, et non une expertise<sup>948</sup>. Si ce

---

<sup>942</sup> B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, et al., *Human Rights and Criminal Justice*, 2012, *op. cit.*, p. 611.

<sup>943</sup> Sur l'interdiction du recours à l'hypnose contre la volonté du suspect, v. F. KUTY, «La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement», *Revue critique de jurisprudence belge*, 4<sup>ème</sup> trim. 2004, p. 429. Sur la possibilité pour le témoin de se faire auditionner sous hypnose, v. Chambre des représentants, Question et réponse écrite n° 49-815 : Utilisation de l'hypnose lors d'interrogatoires, Bulletin n° : B125, p. 17253.

<sup>944</sup> Le recours au polygraphe est une technique d'enquête courante dans de nombreux États américains et les policiers l'utilisent comme un « détecteur de sincérité ». Pourtant, son utilisation devant une juridiction est beaucoup plus restreinte et l'indice de mensonge ou de sincérité acquerra très difficilement le statut de preuve pénale. Ainsi, elle est irrecevable au Canada et dans certains États des États-Unis. V. A. CAVOUKIAN et R. HESLEGRAVE, «The Admissibility of Polygraph Evidence in Court: Some Empirical Findings», *Law and Human Behaviour*, Vol. 4, 1980, p. 117. J. SUSINI, «Place et portée du polygraphe dans la recherche de la vérité», *RIDP*, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> trim., 1972, p. 274.

<sup>945</sup> P. BOUZAT, «La loyauté dans la recherche des preuves», in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENEY*, 1964, *op. cit.*, p. 158.

<sup>946</sup> V. L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 418.

<sup>947</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1150. ; L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, 2009, *op. cit.*, p. 417.

<sup>948</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, La Chartre, 2012, p. 540. L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, 2009, *op. cit.*, p. 418.

moyen d'obtention de l'aveu est officiellement régi par une circulaire ministérielle<sup>949</sup>, certains auteurs s'interrogent cependant sur sa compatibilité avec la présomption d'innocence et le droit à garder le silence, ce procédé pouvant faire peser une pression indirecte sur le consentement de l'intéressé<sup>950</sup>. Les juridictions anglaises sont plus partagées sur le sujet, mais le recours au détecteur de mensonge ne semble pas unanimement censuré et ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure<sup>951</sup>. La doctrine française dans sa majorité estime qu'il est également contraire à l'exigence de loyauté de la preuve<sup>952</sup>. La question de la recevabilité de propos recueillis grâce à l'usage de narcotiques a également été posée. Cette technique consiste en l'administration de drogues à la personne interrogée, annihilant sa volonté et permettant d'obtenir « de lui des déclarations sincères »<sup>953</sup>. Le droit français a toujours rejeté le recours au détecteur de mensonge<sup>954</sup>, tout comme les interrogatoires menés après injection de penthotal<sup>955</sup> au regard de leur manque de fiabilité mais également des atteintes portées à la dignité de la personne humaine<sup>956</sup>.

**160. Conclusion du paragraphe 1.** Si certains États comme la Belgique montrent plus d'ouverture que d'autres, tels que la France ou l'Allemagne, quant à l'utilisation de telles techniques lors des interrogatoires, il faut noter qu'elles restent marginales. Les divergences législatives et jurisprudentielles sur ce point ont alors peu d'incidence sur la question du libre échange de preuve et de la recevabilité d'une preuve recueillie à l'étranger. Des conclusions similaires peuvent être tirées de l'étude de la provocation policière : la matière est fluctuante et essentiellement jurisprudentielle, et bien qu'une différence soit établie entre la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve, le juge national est libre dans la classification des comportements policiers litigieux. Ainsi, la loyauté de la preuve ne peut raisonnablement servir à illustrer des divergences significatives entre les droits nationaux. Par ailleurs,

---

<sup>949</sup> Circulaire n° COL 3/2003 du Collège des procureurs généraux du 6 mai 2003, reprenant une circulaire ministérielle relative à l'utilisation de polygraphe dans la procédure pénale. V. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 540.

<sup>950</sup> A. JACOBS, «Le polygraphe et les exigences de la preuve en matière pénale», *J.L.M.B.*, n° 6, 2001, p. 267.

<sup>951</sup> B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, et al., *Human Rights and Criminal Justice*, 2012, *op. cit.*, p. 611.

<sup>952</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 23ème éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 127.

<sup>953</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1176.

<sup>954</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, 2010, p. 254. Également, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 164.

<sup>955</sup> Dit « sérum de vérité ».

<sup>956</sup> Pourtant, certains auteurs ont soulevé la pertinence du recours à de telles méthodes dans le cadre d'expertises médicales par exemple, pour mieux comprendre la personnalité du sujet ou de la victime, cette question ne relevant pas du droit de la preuve. M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 255. Il est difficile d'estimer que la question de la preuve reste totalement hermétique à l'étude de la personnalité via l'hypnose ou l'utilisation de narcotiques, le juge se basant sur son intime conviction.



l'influence des droits fondamentaux sur le droit de la preuve national ne fait que confirmer le postulat déjà avancé selon lequel les régimes nationaux, principalement grâce à une action supranationale, convergent. Cette situation est donc favorable, ou du moins non hostile, à l'échange de preuves.

En revanche, une comparaison des règles légales organisant la recherche et l'administration de preuves « communes » montre plus clairement les difficultés auxquelles les acteurs judiciaires pourraient être confrontés dans un contexte infranational transnational.

## § 2 : L'expression des divergences dans le respect de la légalité formelle

**161. La légalité dans la recherche et la production de la preuve.** Si la preuve pénale est en principe libre, le respect des droits fondamentaux en tant que concept abstrait et supérieur ne peut être la seule limite imposée aux autorités enquêtrices et doit être matérialisé par l'édiction de règles concrètes. En effet, les moyens employés dans la recherche de la vérité ne pourraient être laissés à la seule discrétion des autorités investigatrices : le respect des droits des individus ne saurait être dépendant d'une appréciation ponctuelle et circonstanciée des enquêteurs. L'encadrement légal<sup>957</sup> protégeant les droits du citoyen impliqué dans une procédure répressive devient alors l'arsenal indispensable à l'État démocratique, peut-être plus encore dans le domaine de la preuve, où la sphère personnelle du suspect ou des témoins est particulièrement éprouvée.

En ce qu'elle détermine l'étendue des pouvoirs des autorités chargées de découvrir la vérité, la loi fixe les règles relatives à « la recherche, la constatation, la production et la discussion »<sup>958</sup> des preuves. Aussi, le contenu de la légalité formelle matérialisant les politiques mais aussi les traditions juridiques nationales, les réglementations relatives à l'obtention (A) et à la production (B) de la preuve vont se révéler divergentes sur de nombreux points.

### A. La légalité dans la recherche et l'obtention de la preuve

Les règles relatives à l'administration de la preuve vont guider le juge pénal<sup>959</sup> dans l'examen de sa recevabilité et doivent par conséquent être spécifiques et détaillées<sup>960</sup>. Pourtant, si l'encadrement précis est nécessaire, il doit être mesuré : trop de rigidité briderait les autorités enquêtrices, trop de liberté représenterait un danger et une insécurité juridique

---

<sup>957</sup> «Le principe de la légalité dans la recherche et l'utilisation des preuves» est «le prolongement du principe général de la légalité criminelle», R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 171.

<sup>958</sup> Ibid.

<sup>959</sup> Juge de l'enquête, de l'instruction ou du fond.

<sup>960</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 256.

permanente pour les personnes concernées par les mesures d'enquête (1). La comparaison de deux méthodes d'enquête montre toute la difficulté de concilier ces deux exigences mais les divergences que l'on pourrait rencontrer dans le régime commun vont tendre à s'estomper par la multiplication des règles dérogatoires (2).

### 1. La nécessité d'un encadrement légal détaillé

**162. La nécessité de l'encadrement légal.** L'encadrement des pouvoirs des enquêteurs est nécessaire au maintien de l'intégrité de l'institution judiciaire mais aussi à la fiabilité des preuves recueillies et se traduit par l'édiction de règles procédurales qui en gouvernent l'obtention. Les autorités investigatrices en sont les destinataires directs. Le respect de ces règles formelles participe à la sauvegarde du fragile équilibre entre l'efficacité de la réponse pénale et la protection des droits individuels : efficacité de la réponse pénale en offrant aux enquêteurs une répartition structurée et fonctionnelle de leurs missions et prérogatives, protection des droits individuels en limitant l'étendue de ces prérogatives, afin de confiner les atteintes à ces droits à leur caractère mesuré<sup>961</sup> mais indispensable pour l'établissement de la vérité. Pour assurer le respect de ces règles procédurales, leur violation doit être sanctionnée. De la sanction<sup>962</sup> pourra alors résulter l'irrecevabilité des preuves, entraînant leur exclusion du dossier ou l'atténuation de leur force probante<sup>963</sup>.

**163. L'objet de l'encadrement légal.** Cet encadrement légal est variable. Il peut consister en une répartition des pouvoirs d'investigations, qui peuvent être conférés au corps policier, au ministère public, et aux magistrats du siège<sup>964</sup>. Le recours à une mesure d'investigation peut être soumise à l'autorisation d'une autre autorité selon son caractère coercitif. Cet encadrement peut également être contextuel à l'infraction : lors d'une enquête de flagrance, ou dans le cadre d'une enquête relevant du domaine de la criminalité particulièrement grave comme le terrorisme, les enquêteurs peuvent être dotés de pouvoirs exceptionnels. Cependant, ces pouvoirs d'investigations sont liés aux conditions prévues par

---

<sup>961</sup> «Il ne s'agit pas, face à la délinquance, de donner systématiquement à la police judiciaire et au parquet des pouvoirs nouveaux toujours plus étendus parce que cela leur simplifierait la tâche. Dans une démocratie, dans un Etat de droit, il existe des barrières protectrices de la sûreté, des libertés individuelles de chacun que l'on ne doit ni franchir ni supprimer au nom de l'efficacité ou de la commodité des organes de poursuite.», Intervention de Robert Badinter, lors de la 2ème lecture du projet de loi sur «l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», *op. cit.*

<sup>962</sup> On ne s'intéressera pas ici aux sanctions disciplinaires ou éventuelles poursuites engagées contre les agents de l'État.

<sup>963</sup> J. PATARIN, «Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal», in G STEFANI (dir.) *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956, p. 59.

<sup>964</sup> Éventuellement, d'autres autorités sont invitées à participer à l'enquête, comme par exemple les autorités douanières, ou fiscales.

des textes spécifiques à ce type d'infraction. Y recourir pour la recherche de preuves concernant une infraction de droit commun constituerait un détournement de procédure<sup>965</sup>.

**164. La précision de l'encadrement légal.** Cet encadrement peut être plus ou moins strict. Certains États ont pu se contenter d'une base légale imprécise, comme l'article 81 du Code de procédure pénale français qui permet au juge d'instruction de prendre toutes les mesures nécessaires à la manifestation de la vérité, pour justifier le recours à une mesure d'enquête non encadrée par un texte légal. Cette complaisance vis-à-vis du magistrat instructeur est justifiable par la difficulté matérielle de réunir les preuves de l'infraction. En effet, si un arsenal de règles précises à destination des autorités enquêtrices est indispensable, il ne peut être exhaustif face à la modernisation des technologies mises à leur disposition. Outre un conflit avec l'essence même du principe de la liberté de la preuve en matière pénale, une application stricte de la légalité formelle amputerait l'appareil répressif de son bras armé, en excluant tous les moyens de preuves non encadrés par la loi. Cependant, ces carences formelles ne peuvent être dues qu'aux contraintes matérielles empêchant le législateur d'édicter la norme adéquate : s'il ne peut tout prévoir<sup>966</sup>, ce défaut de base légale ne peut résulter que d'un retard lié à la rapidité du développement technologique et non d'une volonté de ne pas intervenir qui pourrait être interprétée comme une interdiction de recourir à de tels moyens. C'est le cas par exemple en France de la sonorisation et fixation d'image, permettant d'écouter et filmer des individus à leur insu. Durant plusieurs années, aucune réglementation n'organisait les conditions de mise en place de la sonorisation sans que la Cour de cassation ne censure le recours à ce moyen d'investigation pourtant attentatoire au droit à la vie privée<sup>967</sup>. Ce n'est qu'en 2004<sup>968</sup> que le législateur est intervenu<sup>969</sup> pour permettre au juge d'instruction d'autoriser la sonorisation en matière de délinquance et de criminalité organisée seulement : la sonorisation en matière de délinquance ordinaire, n'étant pas prévue par une disposition légale, devenant alors interdite<sup>970</sup>.

La Cour de Strasbourg est souvent intervenue pour clarifier cette exigence de légalité, notamment pour préciser que l'encadrement légal n'était pas forcément une loi : en effet les

---

<sup>965</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1145.

<sup>966</sup> «Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre.» énonçait Portalis, dans son célèbre discours préliminaire sur le projet de Code civil.

<sup>967</sup> B. BOULOC, «Les abus en matière de procédure pénale», *op. cit.*, p. 228.

<sup>968</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* n°59 du 10 mars 2004, p. 4567.

<sup>969</sup> L'intervention du législateur a précédé de peu deux condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme, pour manque de clarté et de précision de la loi. V. CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c. France*, req. n° 59842/00, et CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse c. France*, req. n° 71611/01.

<sup>970</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, «Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité», *op. cit.*, p. 262.

règles d'obtention de la preuve peuvent découler de développements jurisprudentiels, tant pour les États de *common law* que pour les États de droit continental<sup>971</sup>. La Cour est particulièrement attentive aux violations à l'article 8 de la Convention, relatif à la protection de la vie privée, lesquelles violations ne sont pas strictement interdites si elles sont prévues et justifiées par une loi<sup>972</sup>. Ainsi, la prévisibilité de la loi consiste en l'existence d'une base légale en droit interne, la Cour donnant au terme de loi une interprétation matérielle et non formelle. Cette condition d'existence est cependant insuffisante : la qualité de la loi est aussi en question. La Cour exige l'accessibilité de la loi et la prévisibilité des conséquences pour la personne concernée, mais également sa compatibilité avec la prééminence du droit<sup>973</sup>. La Cour souhaite par ces conditions prévenir tout arbitraire de la part des autorités judiciaires et exige la clarté quant aux conditions et aux circonstances de la mise en place de mesures attentatoires au droit au respect de la vie privée et de la correspondance<sup>974</sup>. Les preuves qui auraient été obtenues sur la base d'une loi imprécise devraient alors être irrecevables<sup>975</sup>.

Force est de constater que les juridictions nationales n'ont pas retenu<sup>976</sup> les enseignements de la Cour européenne des droits de l'homme. La France a déjà été condamnée dans les affaires *Kruslin* et *Huwig*, au motif que la base légale justifiant le recours à des écoutes téléphoniques n'était pas assez précise<sup>977</sup>. En effet, était concerné l'article 81 du Code de procédure pénale, permettant au juge d'instruction de prendre toutes les mesures utiles à la manifestation de la vérité. Or c'est sur cette même base légale que la chambre criminelle a validé la licéité du recours à la surveillance par géolocalisation<sup>978</sup> : par le contrôle du caractère nécessaire et proportionné de la mesure par le juge, les exigences de prévisibilité et d'accessibilité de la loi, et de proportionnalité de l'atteinte à la vie privée, imposées par la Cour de Strasbourg, ont été respectées<sup>979</sup>. S'il est vrai que la surveillance par GPS n'est pas

---

<sup>971</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que le terme de loi englobait à la fois le droit écrit et le droit non-écrit, et donc à la fois les créations de la jurisprudence et de la législation, V. CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday times c. Royaume-Uni* (n°1), req. n° 6538/74, *Série A*, n° 30, § 47.

<sup>972</sup> L'art. 8 précise que l'ingérence d'une autorité publique dans la vie privée et familiale d'un individu n'est possible que si elle est « prévue par la loi » et si elle « constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>973</sup> CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. N° 11801/85, *Série A*, n° 176-A, § 27 et s. ; CEDH, 24 avr. 1990, *Huwig c. France*, req. n°11105/84, *Série A*, n° 176-B, § 26 et s.

<sup>974</sup> CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, *Série A*, n° 82, § 67.

<sup>975</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », *op. cit.*, p. 262.

<sup>976</sup> Ou font le pari risqué d'éviter une condamnation.

<sup>977</sup> Cf. *infra*.

<sup>978</sup> Cass. crim., 22 nov. 2011, pourvoi n°11-84308, Bull. crim., 2011, n° 243 ; *JCP*, n°3, 16 jan. 2012, p. 49, note Bonnet.

<sup>979</sup> En revanche, la Cour de cassation a récemment invalidé des surveillances par géolocalisation organisées dans le cadre d'une enquête préliminaire, autorisées par le procureur de la République, alors que celui-ci

considérée comme une ingérence méconnaissant le droit au respect de la vie privée par la Cour<sup>980</sup>, il a été soutenu que l'imprécision de l'article 81 pourrait éventuellement être mise en cause et mener le législateur à agir dans ce domaine afin d'éviter la nullité des preuves issues de ce type de surveillance<sup>981</sup>. C'est chose faite grâce au projet de loi relatif à la géolocalisation, présenté en décembre 2013<sup>982</sup>.

L'exigence d'une procédure détaillée a pour conséquence inéluctable l'hétérogénéité des règles d'obtention de la preuve. Si ces différences ne représentent pas nécessairement un obstacle à la libre circulation des preuves entre les États membres, la comparaison de certaines règles relatives à la recherche de la preuve amorce les difficultés qui seront éventuellement rencontrées dans l'examen de leur recevabilité.

## 2. Exemples de l'encadrement légal de l'obtention de la preuve

Les dispositions concernant le recueil des preuves sont nombreuses, et visent les mesures d'enquêtes ordinaires comme le contrôle et la vérification d'identité, auditions et interrogatoires, les perquisitions et saisies, ou les fouilles, autant que les mesures plus exceptionnelles comme l'interception des télécommunications, les écoutes privées dans un domicile ou les infiltrations. Chaque moyen de preuve est encadré par des mesures particulières réglementant leur obtention, qui seront plus spécifiques ou détaillées<sup>983</sup>, en fonction de l'intensité avec laquelle ils portent atteinte aux droits individuels. Ainsi, deux actes d'enquête particulièrement attentatoires au respect de la vie privée et précisément réglementés peuvent être présentés : les perquisitions (a), et les écoutes téléphoniques (b).

### a. Les perquisitions

**165. Une mesure d'investigation.** La perquisition est une mesure d'investigation<sup>984</sup> constituant une violation du domicile, particulièrement attentatoire au respect du droit à la

---

peut procéder ou faire procéder « à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale » (art. 41 du CPP). Elle retient en effet que la « technique dite de " géolocalisation " constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge ». V. les décisions Cass. crim., 22 oct. 2013, pourvois n° 13-81945 et 13-81945, *Bull. crim.* 2013.

<sup>980</sup> Sous réserve de satisfaire les exigences de nécessité et de prévisibilité de la loi, la Cour estime que la surveillance par GPS constitue une mesure moins intrusive que les écoutes téléphoniques. V. CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c. Allemagne*, req. n° 35623/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2010, § 66.

<sup>981</sup> E. VERGÈS, La géolocalisation : une preuve pénale licite ?, note sous Cass. crim., 21 nov. 2011, Les inédits de l'AFDP, disponible sur <http://www.francepenal.org/#!doctrine>, consulté le 14 fév. 2013.

<sup>982</sup> V. *supra*.

<sup>983</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 256.

<sup>984</sup> Mesure d'enquête ou d'instruction en France, mesure d'instruction en Belgique, mesure d'enquête au Royaume-Uni.

vie privée : elle permet la recherche en tous lieux et notamment au domicile de la personne soupçonnée ou poursuivie, « de papiers, effets ou objets, utiles à la manifestation de la vérité », en vue de les saisir<sup>985</sup>. En d'autres termes, le but de la perquisition est de trouver des preuves<sup>986</sup>. Pour ce faire, les législations nationales ont prévu un régime commun assez protecteur des droits de l'intéressé, complété par des dispositions dérogatoires abondantes et permissives.

**166. Droit positif national.** En France, une perquisition ne peut être décidée que si elle est en lien avec une infraction établie<sup>987</sup> dans le but de trouver un objet « dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité »<sup>988</sup>. La perquisition peut être effectuée par le Procureur de la République, ou un officier de police judiciaire en cas de crime ou délit flagrant<sup>989</sup>. Dans le cadre d'une instruction, elle pourra être réalisée par le magistrat instructeur<sup>990</sup>. Aucune perquisition ne peut être commencée entre 21 heures et 6 heures du matin<sup>991</sup>, à l'exception de la poursuite de quelques infractions graves<sup>992</sup> et la présence de la personne chez laquelle la perquisition est conduite est, sauf exception<sup>993</sup>, obligatoire<sup>994</sup>. Ces deux conditions font partie des formalités entourant cet acte d'enquête et sont prescrites à peine de nullité<sup>995</sup> : toute violation pourra entraîner la nullité de la mesure et des actes qui en découlent. C'est le cas également des formalités relatives à la perquisition de locaux protégés comme le cabinet d'un avocat : la présence du bâtonnier est requise, à peine de nullité<sup>996</sup>.

En Belgique, en principe, la perquisition nécessite l'intervention du juge d'instruction, délivrant un « mandat de perquisition »<sup>997</sup>. Des exceptions sont cependant établies, en cas de flagrance, ou si l'occupant consent à l'exécution de cette mesure : le

---

<sup>985</sup> B. BOULOC, «Les abus en matière de procédure pénale», *op. cit.*, p. 239.

<sup>986</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 516.

<sup>987</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 283.

<sup>988</sup> Art. 94 du CPP.

<sup>989</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 597.

<sup>990</sup> Art. 93 du CPP.

<sup>991</sup> Art. 59 du CPP.

<sup>992</sup> En matière de criminalité organisée par exemple, ou de trafic de stupéfiants ; art. 706-73 et s. et art. 706-28 du CPP

<sup>993</sup> Art 76 du CPP: «Si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations prévues au présent article seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu».

<sup>994</sup> À défaut, la perquisition sera faite en présence de deux témoins dits « instrumentaires ». *Ibid.*, p. 598. Si elle refuse d'y assister, elle peut y être contrainte par l'enquêteur. V. M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 287.

<sup>995</sup> Art. 59 al 2 du CPP.

<sup>996</sup> Art. 56-1 du CPP.

<sup>997</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 598.

procureur du Roi et les officiers de police seront alors compétents<sup>998</sup>. La perquisition de domicile de l'inculpé requiert également sa présence<sup>999</sup>, mais il pourra déléguer cette charge à une personne de son choix s'il ne veut ou ne peut y assister. En revanche, cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité. La loi du 7 mai 1969 interdit les perquisitions de nuit : en principe, aucune mesure ne peut être débutée entre 21 heures et 5 heures du matin. Les exceptions sont cependant plus nombreuses qu'en France, et ne se limitent pas à une criminalité particulièrement grave<sup>1000</sup>. Comme en France, l'illégalité de la mesure peut entraîner la nullité des éléments recueillis, ou leur exclusion des débats<sup>1001</sup>, bien que la jurisprudence Antigone permette d'éviter cette sanction<sup>1002</sup>.

Au Royaume-Uni en revanche, aucune contrainte horaire n'est imposée aux enquêteurs pour procéder à une perquisition : la fouille des locaux doit normalement être faite à une heure raisonnable, mais seulement lorsque l'efficacité de la recherche n'est pas mise en péril<sup>1003</sup>. La présence de la personne chez qui la perquisition est effectuée n'est pas obligatoirement requise, elle est seulement autorisée. La police doit cependant essayer d'obtenir l'autorisation d'entrer de l'occupant, à moins qu'il estime que sa présence ne constitue un obstacle au bon déroulement de la recherche<sup>1004</sup>. En cas d'absence, l'occupant peut demander à une autre personne d'y assister, toujours si l'officier en charge estime qu'elle ne représente pas un obstacle à la fouille<sup>1005</sup>. Si la fouille du local peut être exécutée par un officier de police, elle doit néanmoins être autorisée par un mandat écrit délivré par une juridiction<sup>1006</sup>.

Ainsi, la France et la Belgique connaissent des régimes très proches, permettant aux officiers de police, au procureur, et au juge d'instruction, de décider de perquisitions mais uniquement de jour. En revanche, le droit anglais, s'il n'impose aucune contrainte horaire, requiert obligatoirement l'autorisation d'une juridiction.

---

<sup>998</sup> *Ibid.*, p. 551.

<sup>999</sup> Art. 39 du CIC.

<sup>1000</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 598.

<sup>1001</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 530.

<sup>1002</sup> V. Chapitre 2 sur la recevabilité de la preuve illicite.

<sup>1003</sup> *Police and Criminal Evidence Act 1984*, Code B: Code of practices for search of premises by police officers and seize of property found by police officers on persons or premises, Sect. 6.2. : « Searches must be made at a reasonable hour unless this might frustrate the purpose of the search. »

<sup>1004</sup> T. HOWSE, «England», in Katalin LIGETI (dir.) *Toward a prosecutor for the European Union*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2013, p. 158.

<sup>1005</sup> *Police and Criminal Evidence Act 1984*, Code B: Code of practices for search of premises by police officers and seize of property found by police officers on persons or premises, Sect. 6.4, 6.8, 6.10. 6.13,

<sup>1006</sup> *Ibid.*

*b. Les écoutes et enregistrements téléphoniques*

**167. Ingérence secrète dans la sphère privée.** Le droit à la vie privée est particulièrement malmené lors d'une enquête pénale, et l'exemple des écoutes téléphoniques vient confirmer la nécessité du respect de la légalité dans l'obtention des preuves pour en garantir la recevabilité. L'objet de cette mesure est d'intercepter, écouter et enregistrer les conversations téléphoniques ordinaires d'une personne à son insu<sup>1007</sup>. Le recours à ce moyen d'investigation s'est intensifié concomitamment au développement de formes graves de délinquance comme le terrorisme ou le trafic de stupéfiant, la gravité de l'infraction nécessitant d'avoir recours à des techniques jusqu'alors peu développées. Cependant, les interceptions, écoutes et enregistrements de conversations téléphoniques représentent une atteinte sévère au respect de la vie privé et de la correspondance<sup>1008</sup>, de par leur caractère secret et intrusif dans l'intimité des personnes écoutées. Par conséquent, la clarté et la précision des conditions de mise en œuvre de cette mesure d'investigation sont indispensables<sup>1009</sup>.

**168. Divergence des régimes nationaux.** En France, le régime légal des écoutes téléphoniques est né d'un législateur contraint et forcé à agir. Les écoutes téléphoniques étaient d'abord mises en œuvre sous couvert de l'article 81 du Code de procédure pénale, autorisant le juge d'instruction à effectuer tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité<sup>1010</sup>. Cette base légale a été jugée insuffisante par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1011</sup>. Dans les affaires *Huvig* et *Kruslin*, la Cour a condamné le manque de clarté du droit français concernant les écoutes téléphoniques au regard de « l'étendue » et des « modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » : absence de limites temporelles et matérielles, de mesures relatives à la conservation ou la retranscription des écoutes, ou encore concernant la destruction des enregistrements<sup>1012</sup>. Le législateur français a réagi avec une loi de 1991<sup>1013</sup> insérant<sup>1014</sup> les

---

<sup>1007</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 262.

<sup>1008</sup> C'est également un procédé déloyal et susceptible de violer les droits de la défense. V. *Ibid.*, p. 264.

<sup>1009</sup> CEDH, 24 avr. 1990, *Huvig c. France*, *op.cit.*, § 32.

<sup>1010</sup> Les écoutes effectuées sans commission rogatoire prévue à l'article 151 du CPP et donc à l'initiative d'un officier de police judiciaire étaient en revanche considérées comme illégales par la Cour de cassation. V. B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 438.

<sup>1011</sup> Insuffisance déjà soulignée par la doctrine. V. T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 248.

<sup>1012</sup> CEDH, 24 avr. 1990, *Huvig c. France*, *op.cit.*, §§ 34-35 et CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c. France*, *op.cit.*, §§ 35-36.

<sup>1013</sup> Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, *JO* n° 162 du 13 juil. 1991, p. 9167, complétée en mars 2004.



conditions de fond et de forme à la mise en place d'écoutes téléphoniques. Ainsi, les écoutes téléphoniques ne peuvent être prescrites qu'en matière correctionnelle et criminelle<sup>1015</sup>, uniquement par le juge d'instruction, et pour une durée de quatre mois renouvelables. La transcription de la correspondance est versée au dossier, au besoin avec l'assistance d'un interprète. Sont seulement proscrites à peine de nullité l'interception et l'enregistrement des « correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense »<sup>1016</sup>, que l'interlocuteur soit la personne poursuivie ou un tiers<sup>1017</sup>, et « les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source ». Dans le cadre de la criminalité organisée, des écoutes téléphoniques peuvent être mises en place lors de l'enquête de police, mais l'initiative doit être validée par le juge des libertés et de la détention<sup>1018</sup> et ne peut excéder 30 jours.

En Belgique, la législation est plus stricte qu'en France. L'écoute, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées relèvent également de l'instruction<sup>1019</sup>. Ils sont interdits au stade de l'information, sauf exceptions<sup>1020</sup> et ne peuvent être décidés que sur la base d'indices sérieux d'infraction particulièrement grave comme le trafic de stupéfiants ou la prostitution infantile<sup>1021</sup>. La nullité est encourue si la mesure ne concerne pas une des infractions visées à l'article 90ter du Code d'instruction criminelle. Si la mesure d'un mois<sup>1022</sup> est renouvelable, elle ne peut durer que six mois maximum<sup>1023</sup>. Comme en France, certains locaux sont protégés et sont soumis à une réglementation spécifique<sup>1024</sup>.

Au Royaume-Uni, le système des écoutes téléphoniques a de quoi surprendre tout juriste continental tant sa mise en œuvre mais aussi ses finalités diffèrent des mesures d'instruction belge et française. L'interception des télécommunications postales, électroniques et téléphoniques est prévue par le *Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA)*, texte complexe et difficilement accessible en raison de ses nombreux renvois<sup>1025</sup>. Par

---

<sup>1014</sup> Aux articles 100 et s. relatifs aux interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications.

<sup>1015</sup> Si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement.

<sup>1016</sup> Sauf si les écoutes concernent une infraction commise par l'avocat, Art. 100-5 de CPP

<sup>1017</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 129.

<sup>1018</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 295.

<sup>1019</sup> Art. 90ter § 1 du CIC.

<sup>1020</sup> Par exemple, en cas de flagrant délit, le procureur du Roi sera compétent, Art. 90ter § 5 du CIC.

<sup>1021</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 552-553.

<sup>1022</sup> À compter de la décision qui l'ordonne. V. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 611.

<sup>1023</sup> Art. 90quinquies du CIC.

<sup>1024</sup> C'est le cas par exemple du cabinet de l'avocat. V. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 559.

<sup>1025</sup> Pour une meilleure compréhension du texte, voir les «Attorney General's Guidelines: Section 18 RIPA», accessible sur le site du Crown Prosecution Service :

[http://www.cps.gov.uk/legal/d\\_to\\_g/disclosure\\_manual/annex\\_i\\_disclosure\\_manual/](http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/disclosure_manual/annex_i_disclosure_manual/).

ailleurs, certains auteurs en soulèvent les carences vis-à-vis de la jurisprudence européenne en la matière<sup>1026</sup>. L'utilisation des produits de toute écoute téléphonique pour prouver une infraction est soumise à un régime particulier. Cette technique d'enquête est utilisée pour collecter des renseignements et non des preuves<sup>1027</sup>. En effet, toute interception des télécommunications doit rester secrète et ne peut conduire à la production d'une preuve à l'audience<sup>1028</sup>. Le but est de préserver l'efficacité continue d'une telle mesure, l'avantage retiré de l'utilisation de la preuve à l'audience anéantissant les efforts mis en place dans le cadre d'une procédure répressive de plus grande envergure. Par conséquent, les parties n'ont pas accès à ces données et n'ont pas l'occasion de les discuter, elles ne peuvent appuyer la thèse de l'accusation lors de l'audience. L'utilisation de l'enregistrement est cependant possible lorsque l'équité de la procédure est en jeu, ou que la communication de l'information est essentielle aux intérêts de la justice<sup>1029</sup>. Enfin, la sanction du non-respect du *RIPA 2000* est sévère : toute interception qui n'est pas exécutée selon les prescriptions légales<sup>1030</sup> ou par une personne qui a le droit de contrôler l'opération ou d'utiliser le système est une infraction. En revanche, les conditions d'existence de l'infraction n'abordent ni la gravité de l'infraction, critère sur lequel la mesure ne peut être fondée<sup>1031</sup>, ni la durée des écoutes. Il est d'ailleurs surprenant qu'une mesure aussi intrusive ne soit pas sous le contrôle d'une autorité judiciaire mais soit autorisée par mandat du *Secretary of State*<sup>1032</sup>. Pour finir, l'absence de débat contradictoire sur la mesure et parallèlement, le secret entourant l'obtention de certaines preuves suite à des écoutes téléphoniques, en font une mesure trop peu protectrice des droits de la défense<sup>1033</sup>.

Cette première présentation montre pour la première fois des divergences éventuellement handicapantes au regard de la coopération judiciaire. Par exemple, les perquisitions au Royaume-Uni devant nécessairement résulter d'une autorisation juridictionnelle, elles ne pourraient être réalisées sur la demande d'un officier de police belge

---

<sup>1026</sup> D. ORMEROD, «Telephone intercepts and their admissibility», *Criminal Law Review*, Jan., 2004, pp. 15., P. MIRFIELD, «Regulation of Investigatory Powers Act 2000: Part2: evidential aspects», *Criminal Law Review*, Feb., 2001, p. 98.

<sup>1027</sup> «Arguably, these apparent conflicts evaporate if RIPA is viewed as a statute designed to optimise crime control», D. ORMEROD, «Telephone intercepts and their admissibility», *op. cit.*, p. 31.

<sup>1028</sup> Sect. 17 du *RIPA 2000*

<sup>1029</sup> Sect. 15, 17 et 18 du *RIPA 2000*, concernant la communication de l'enregistrement à l'accusation, puis au juge, et enfin leur *disclosure*.

<sup>1030</sup> Par exemple, avec le consentement des deux parties (Sect. 3 (1)), ou lorsqu'un mandat a été délivré par le *Secretary of State* (Sect. 5), V. *Ibid.*, p. 19.

<sup>1031</sup> T. HOWSE, «England», in *Toward a prosecutor for the European Union*, 2013, *op. cit.*, p. 150.

<sup>1032</sup> Et donc le pouvoir exécutif. Certains auteurs plaident pour l'établissement d'un contrôle juridictionnel de la mesure. V. D. ORMEROD, «Telephone intercepts and their admissibility», *op. cit.*, p. 29.

<sup>1033</sup> P. MIRFIELD, «Regulation of Investigatory Powers Act 2000: Part2: evidential aspects», *op. cit.*, p. 96.

ou français. Les règles relatives à la production de la preuve viennent accentuer ces différences et marquer plus intensément la séparation entre les systèmes issus des traditions accusatoires et ceux fortement marqués par l'inquisitoire.

## B. La légalité dans la production de la preuve devant le juge.

Dernière étape avant la production de la preuve devant le juge pénal, la communication de la preuve avant l'audience est indispensable au maintien de l'équilibre des droits des parties. Cette exigence de communication s'étend également à la phase sententielle, la preuve non contradictoirement débattue étant nécessairement irrecevable (2). Par ailleurs, la pertinence de la preuve comme condition de recevabilité fait également l'objet d'un examen au Royaume-Uni, n'ayant pas de véritable équivalent en France et en Belgique (1).

### 1. La vérification de la pertinence de la preuve

**169. Utilité de la pertinence.** Pour être recevable, la preuve doit être pertinente. Cette affirmation sonne comme une évidence : quel bénéfice retirer de l'examen d'une preuve non pertinente, ou sans lien avec l'infraction poursuivie, sinon induire les jurés en erreur ou faire durer inutilement la procédure ? La pertinence est ainsi un concept que l'on retrouve dans tous les droits<sup>1034</sup>, bien qu'ils n'y attachent pas tous la même importance. En France et en Belgique, elle n'est pas envisagée comme une cause d'irrecevabilité de la preuve par le législateur ou la jurisprudence. Tout au plus, la non pertinence de la preuve justifiera son exclusion des débats<sup>1035</sup>.

**170. La pertinence de la preuve dans le droit anglais.** Au Royaume-Uni en revanche, la pertinence de la preuve occupe une place essentielle dans la question de la recevabilité de la preuve. En effet, l'admission ou l'exclusion d'une preuve dépend traditionnellement de trois questions : la preuve est-elle pertinente, la preuve peut-elle faire l'objet d'une règle d'exclusion et si c'est le cas, est-elle soumise à un régime particulier permettant son admission ?<sup>1036</sup> S'il ne peut être répondu par la positive à la première

---

<sup>1034</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 280.

<sup>1035</sup> Art. 309 du CPP. : « Le président (de la Cour d'assises) a la police de l'audience et la direction des débats. Il rejette tout ce qui tendrait à compromettre leur dignité ou à les prolonger sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats ».

<sup>1036</sup> P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, 2ème éd., Oxford, OUP, 2010, p. 97.

question, il ne sera pas nécessaire d'examiner les autres questions. La définition classique<sup>1037</sup> de la pertinence est issue du *Digest of the Law of Evidence*, de Sir Stefen : «Le terme 'pertinent' signifie que deux faits auxquels il s'applique sont tellement connectés entre eux que dans le déroulement des évènements, un des deux faits pris séparément, seul ou en relation avec d'autres faits, prouve ou rend probable l'existence ou la non-existence passée, actuelle ou future du second»<sup>1038</sup>. Cette riche définition interprétée plus simplement signifie que pour être considérée comme pertinente, la preuve doit porter sur des faits pertinents : il faut un lien entre le fait prouvé, et le «fait en litige»<sup>1039</sup>.

Le droit anglais ne fournit pas de «test de pertinence» strict, tant son appréciation relève de la logique, du bon sens et de l'expérience du juge<sup>1040</sup>. Ainsi, la pertinence<sup>1041</sup> peut être établie de plusieurs façons<sup>1042</sup>:

- la preuve se réfère directement aux faits du litige (*facts in issue*) : c'est le cas par exemple du témoin visuel d'une infraction comme le policier qui aura surpris l'accusé en pleine action ;

- la preuve se réfère à des faits, qui tendent à prouver le fait en litige (*facts relevant to the issue*) : dans le cas d'une agression au domicile d'une personne, le témoignage de voisins ayant vu un homme errer et se comporter étrangement près du domicile des victimes peut être pertinent ;

- la preuve concerne un fait collatéral, qui pourrait par exemple affecter la compétence ou la crédibilité d'un témoin (*collateral facts*) : si un témoin assure qu'il mangeait avec l'accusé dans un restaurant de sushis au moment de l'infraction, la preuve que l'accusé

---

<sup>1037</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 20 ; I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 62 ; P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 100.

<sup>1038</sup> «The word 'relevant' means that any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the common course of events, one either taken by itself or in connection with other facts proves or renders probable the past, present, or future existence or non-existence of the other» (traduction libre), V. J. F. STEPHEN, *Digest of the law of evidence*, 5ème éd., Londres, 1887, archive disponible à l'adresse :

<http://ia600500.us.archive.org/19/items/digestoflawofevi00stepuoft/digestoflawofevi00stepuoft.pdf>

<sup>1039</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 279.

<sup>1040</sup> I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 63.

<sup>1041</sup> La «*relevance*» d'une preuve est un sujet largement traité dans tous les manuels relatifs à la preuve pénale en droit anglais. Plusieurs conceptions de la pertinence ont été établies. La «*logical relevance*», par exemple, renvoie au renforcement de la probabilité de l'existence d'un fait : la preuve du fait A augmente ou affaiblit la probabilité de l'existence du fait B. À cette preuve logique s'ajoute également le coût de la recevabilité de la preuve, en terme de danger pour l'équité de la procédure, de perte de temps, etc. La «*sufficient evidence*» est une conception plus large de la pertinence : la preuve doit présenter un degré de pertinence suffisant plus contrebalancer le coût de sa recevabilité. Pour aller plus loin, v. : P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 100 et s. ; I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 62 et s. ; A. CHOO, *Evidence*, 2ème éd., Oxford, OUP, 2009, p. 2. ; A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 20 et s. .

<sup>1042</sup> La distinction classique est tripartite, v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 280.

est allergique aux plats à base de poisson est pertinente et peut remettre en cause la crédibilité du témoin<sup>1043</sup>.

Pour conclure, si la pertinence est absolument nécessaire pour qu'une preuve puisse être présentée par une des parties dans le système de *common law*, elle n'est qu'une garantie de la bonne administration de la justice, évitant aux juges de perdre du temps inutilement sur un point qui n'aidera pas à établir la vérité. À ce titre, tous les systèmes légaux aspirent à se conformer au principe de l'exclusion de la preuve non-pertinente, y compris les systèmes civilistes<sup>1044</sup>.

## 2. Le partage et de la discussion de la preuve

**171. Principe du contradictoire et preuve pénale.** Le principe du contradictoire est un des principes fondamentaux de la procédure pénale, essentiel à son équité<sup>1045</sup>. Son application au domaine de la preuve signifie traditionnellement que le juge ne peut fonder sa décision sur un élément qui n'aurait pas été librement discuté par les parties devant lui<sup>1046</sup>. Cependant, la portée de ce principe n'est pas limitée à la seule question sententielle et donc à l'appréciation de la preuve mais infuse les phases de recherche et d'administration de la preuve. Pourtant, l'effervescence de l'enquête pénale et du recueil des preuves se prête mal à une discussion contradictoire, l'efficacité et le bon déroulement des investigations nécessitant d'être protégés. La communication de la preuve avant l'audience est ainsi un sujet sensible et particulier à chaque État, bien que les récents développements en la matière démontrent un assouplissement des règles permettant une meilleure communication des éléments à la défense (a). En revanche, les règles relatives à la discussion de la preuve à l'audience révèlent peu de différences entre les régimes nationaux, le principe du contradictoire ne connaissant que peu de limitations (b).

### *a. Le respect du contradictoire avant l'audience : la communication de la preuve*

**172. Le partage de la preuve.** Dévoiler sa stratégie à la partie adverse est une idée récente. Traditionnellement, la personne poursuivie n'avait pas accès aux preuves avant l'audience, tant dans les systèmes de tradition accusatoire que dans ceux issus de l'inquisitoire. Au Royaume-Uni, le piège tendu par une partie, grâce à une preuve gardée

---

<sup>1043</sup> P. ROBERTS et A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 112.

<sup>1044</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>1045</sup> F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, 2006, *op. cit.*, p. 559.

<sup>1046</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 578.

secrète, était considéré comme une technique totalement justifiée, tant pour la défense que pour l'accusation<sup>1047</sup>. En France, le droit de consulter le dossier d'instruction n'était qu'exceptionnellement accordé à l'avocat, avant l'interrogatoire du suspect<sup>1048</sup>. La montée en puissance des droits fondamentaux, et plus particulièrement du droit au procès équitable, a contribué à reconsidérer l'importance du secret des investigations. En effet, si la communication de la preuve avant l'audience pouvait être considérée comme un frein à l'efficacité de l'enquête, le déséquilibre flagrant entre l'accusation et la défense<sup>1049</sup> dans l'obtention de la preuve a inévitablement conduit à un assouplissement de l'exclusion totale de la défense<sup>1050</sup>. La communication de la preuve avant l'audience permet à la personne poursuivie de préparer correctement sa défense, en ayant connaissance de toutes les données, condition indispensable au respect du principe de l'égalité des armes<sup>1051</sup>.

*i. L'accès au dossier d'enquête et d'instruction : un privilège pour la défense*

Les régimes français et belges ont été façonnés par les principes de la procédure inquisitoire, dont le principal caractère est son opacité. Aujourd'hui, si le procès pénal équitable est contradictoire, le principe de la contradiction n'a pas complètement transpercé toutes les phases de la procédure et le secret garde une place importante dans l'administration de la preuve. La justification principale est le danger que la communication ferait courir à l'efficacité de la recherche des preuves : les premières heures de l'enquête étant primordiales, la communication des éléments recueillis à la défense entraverait ou ralentirait les autorités judiciaires. Cet argument est mis à mal par la modernisation des législations, facilitant la communication des preuves au travers de l'accès au dossier d'enquête ou d'instruction, tout en préservant l'efficacité des investigations.

**173. L'accès au dossier durant l'enquête.** Les législations belges et françaises ne prévoient pas encore l'accès au dossier déjà constitué durant les premiers moments de l'enquête. Pourtant, ce point est le centre de toutes les attentions suite au développement

---

<sup>1047</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (dir.) *European criminal procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 175.

<sup>1048</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1049</sup> Ce déséquilibre est d'autant plus important au Royaume-Uni que chaque partie participe à la recherche des preuves et les moyens financiers et structurels mis à disposition de l'accusation sont sans commune mesure avec les moyens dont les particuliers disposent.

<sup>1050</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1051</sup> Les autorités de poursuite ont l'obligation de communiquer à la défense tous les éléments importants, à charge ou à décharge, pour assurer l'équité du procès, V. CEDH, 16 déc. 1992, *Edwards c. RU*, req. n° 13071/87, *Série A*, n° 247-B, § 36.

récent des droits de la personne placée en garde à vue, notamment grâce aux directives européennes adoptées en la matière.

En France, les droits de la personne placée en garde à vue ont été renforcés en 2011<sup>1052</sup>. La personne soumise à cette mesure privative de liberté doit connaître la nature et la date des faits qui lui sont reprochés<sup>1053</sup>, et bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure. Connaître la nature des faits reprochés n'implique cependant pas un droit d'accès aux éléments déjà en possession des autorités policières, et les agents de police peuvent se limiter au strict minimum, sans préciser si le suspect a été dénoncé par la prétendue victime, s'ils disposent des témoignages concordant de plusieurs personnes ou autres éléments accablants comme des vidéosurveillances, alors que l'échange de ces éléments serait fondamental pour l'organisation de la défense<sup>1054</sup>. Néanmoins, la nouvelle présence de l'avocat laisse présager un fléchissement de la situation. En effet, si aucune disposition ne prévoit explicitement l'accès de l'avocat au dossier, rien ne l'interdit et l'attitude audacieuse de certains avocats aboutit parfois à une communication des pièces déjà recueillies par la police<sup>1055</sup>. Par ailleurs, ce développement ne serait que la juste application de la jurisprudence européenne. En effet, dans l'arrêt *Dayanan c. Turquie*<sup>1056</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a détaillé les différentes interventions propres au conseil que recouvre l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue et vise ainsi : «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»<sup>1057</sup>. Sans viser précisément l'accès au dossier, l'assistance effective d'un avocat, telle qu'elle est décrite par la Cour, ne peut passer que par l'accès aux éléments constitutifs du dossier d'enquête.

La Belgique est également dans une position délicate, coincée entre la jurisprudence de la Cour EDH, et ses réticences quant à l'abandon du secret propre à la phase pré-juridictionnelle. Ainsi, comme en France, aucune disposition légale ne prévoit la communication du dossier ou de certains actes de procédure à la défense<sup>1058</sup>. Cependant, le

---

<sup>1052</sup> Loi n° 2011-392, du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JO* n°89 du 15 avril 2011, p. 6610.

<sup>1053</sup> Ce droit est issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

<sup>1054</sup> Il convient de rajouter que si les policiers n'ont pas l'obligation de divulguer les éléments en leur possession, ils peuvent tout à fait montrer au suspect (ou simplement le mentionner) des documents ou autres informations obtenues, comme des enregistrements vidéo, dans le but de faciliter l'obtention de l'aveu.

<sup>1055</sup> Intervention de S. Raoult, « Ambiguity of French “Non-punitive” Practices », lors du colloque international «Principes et modalités de la détention avant jugement en droit de *common law* et tradition civiliste (20ème et 21ème siècles)», 13 et 14 déc. 2012, Université Paris XIII.

<sup>1056</sup> CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03.

<sup>1057</sup> *Ibid.* §32.

<sup>1058</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 276.

législateur belge a également modifié le régime relatif à la garde à vue récemment, par la loi du 13 août 2011<sup>1059</sup>, transposant la jurisprudence *Salduz*<sup>1060</sup>. Alors qu'avant la loi dite «loi Salduz», la personne placée en garde à vue n'avait pas la possibilité de consulter un avocat, ni de bénéficier des autres droits inhérents au statut de suspect, le nouveau régime élargit considérablement les droits de la personne privée de liberté. Le suspect a désormais la possibilité de se faire assister par un avocat dès le début de la garde à vue, avec lequel il peut s'entretenir avant le premier interrogatoire. Comme en France, le suspect doit recevoir une information succincte des faits qui lui sont reprochés, mais la loi ne consacre pas d'accès au dossier d'investigation<sup>1061</sup>. La conséquence logique est que l'absence d'accès au dossier par la défense durant la première phase des investigations n'est en aucun cas une cause d'irrecevabilité de la preuve pénale obtenue durant cette période.

Cette situation est vouée à changer, tant en France qu'en Belgique, grâce à la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information<sup>1062</sup>. En effet, l'article 7 de la directive prévoit expressément qu'une personne privée de liberté, à n'importe quel stade de la procédure pénale, doit avoir à sa disposition ou à celle de son avocat, «les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention». Ce droit n'est cependant pas absolu et peut être restreint, notamment lorsque l'accès au dossier pourrait compromettre l'enquête en cours, ou peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers<sup>1063</sup>. Ces dispositions consacrent l'accès au dossier durant la garde à vue. Les États membres ont jusqu'au 2 juin 2014 pour se conformer à la directive, mais en France, certaines juridictions du fond ont montré un premier fléchissement en annulant des gardes à vue au cours desquelles la défense n'avait pu avoir accès au dossier d'enquête<sup>1064</sup>.

---

<sup>1059</sup> Loi modifiant la code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, publiée au *Moniteur belge* du 5 sept. 2011, p. 56347.

<sup>1060</sup> CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, *Recueil des arrêts et des décisions*, 2008. La décision *Salduz* et la jurisprudence ultérieure concernant la présence de l'avocat dès le début de toute mesure privative de liberté seront abordées plus longuement dans le premier Chapitre du Titre II de la deuxième partie.

<sup>1061</sup> V. infra.

<sup>1062</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 142, du 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 1.

<sup>1063</sup> Art. 7 § 4, *ibid.*

<sup>1064</sup> C'est le cas du tribunal correctionnel de Paris qui a annulé, le 30 déc. 2013, une garde à vue au motif que l'avocat de la défense n'avait pu avoir accès au dossier. La décision n'est cependant toujours pas publiée.



**174. L'accès au dossier durant l'instruction.** Durant l'instruction, les législations française et belge divergent sensiblement<sup>1065</sup>, la première étant plus ouverte à l'intégration du principe du contradictoire<sup>1066</sup> que la seconde. La Belgique, en effet, est très hostile à la divulgation des preuves lors de l'instruction, qui n'est pas soumise au principe du contradictoire<sup>1067</sup>. L'article 57 du CIC pose le principe du caractère secret de l'instruction, son respect étant étendu à toutes les personnes qui prêtent leur concours professionnel à l'instruction, comme les experts judiciaires. Cependant, ce principe n'est plus absolu, et certaines exceptions légales sont prévues. Par exemple, la personne auditionnée peut demander une copie du texte de son audition<sup>1068</sup> et le procureur et l'avocat de la défense peuvent communiquer des informations à la presse<sup>1069</sup>. Concernant l'accès aux pièces du dossier, l'inculpé non détenu et la partie civile ne disposent que d'un «droit de demande d'accès» et non d'accès au dossier<sup>1070</sup>. Le juge pourra autoriser l'accès à la totalité du dossier ou le limiter à certaines pièces. Par ailleurs, l'accès au dossier ne peut être demandé qu'un an après le début de l'instruction et toute nouvelle requête visant la consultation du dossier ne peut être déposée que trois mois après la dernière décision<sup>1071</sup>, ce qui limite énormément les possibilités pour la défense d'exploiter pleinement les éléments du dossier. La décision du maintien de la détention préventive est le seul cas où l'inculpé et son avocat bénéficient du droit inconditionnel d'accéder à la totalité du dossier<sup>1072</sup>.

En France, l'application du principe du contradictoire à la phase de l'instruction est depuis longtemps plus favorable à la défense<sup>1073</sup>. En effet, l'article 114 du CPP confère aux avocats des parties le droit de consulter le dossier de la procédure durant l'instruction à tout moment après la première comparution du mis en examen, ou la première audition de la partie civile<sup>1074</sup>. Une copie des pièces ou actes du dossier peut également être demandée, laquelle pourra également être transmise au client<sup>1075</sup>. Le magistrat instructeur pourra refuser

---

<sup>1065</sup> Si l'accès au dossier par les parties n'est pas aussi libre en Belgique qu'en France, le procureur dispose d'une liberté d'accès similaire dans les deux Etats, celui-ci n'étant pas soumis au caractère secret de l'instruction.

<sup>1066</sup> M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 494.

<sup>1067</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 445.

<sup>1068</sup> Art. 57 § 2 du CIC.

<sup>1069</sup> Art. 57 § 3 et § 4 du CIC.

<sup>1070</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 453.

<sup>1071</sup> Art. 61<sup>ter</sup> § 7.

<sup>1072</sup> Pour les conditions d'accès au dossier, v. les art. 21 § 3 et 22 de la loi sur la détention préventive du 20 juil. 1990, *Moniteur belge* du 14 août 1990, p. 15779.

<sup>1073</sup> Le droit d'accès de l'avocat au dossier d'instruction date de la loi du 8 décembre 1897. V. F. SAINT-PIERRE, «L'avocat face au dossier de la procédure», *AJ Pénal*, 2007, p. 304.

<sup>1074</sup> L'avocat peut également consulter le dossier quatre jours avant le premier interrogatoire ou la première audition.

<sup>1075</sup> B. BOULOC, G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 661. L'avocat doit néanmoins préciser au juge les pièces dont il souhaite remettre une reproduction au client.

d'accorder une demande d'accès au dossier en raison «des risques de pression sur les victimes, les personnes mises en examen, leurs avocats, les témoins, les enquêteurs, les experts ou toute autre personne concourant à la procédure»<sup>1076</sup> mais par une ordonnance spéciale motivée. En revanche, si le dossier doit être complet, l'absence de certaines pièces ne constitue pas nécessairement une atteinte aux droits de la défense<sup>1077</sup>. La Cour de cassation<sup>1078</sup> n'exige pas que toutes les pièces soient communiquées à la partie adverse dans un certain temps précédant l'audience, mais qu'elles soient librement discutées devant le juge<sup>1079</sup>.

*ii. L'échange des preuves entre les parties*

**175. Secret de l'enquête.** Au Royaume-Uni, la divulgation des preuves est une question complexe<sup>1080</sup>, régie tant par les règles de *common law* que par la loi, et marquée par une série d'erreurs judiciaires qui ont mis en lumière les effets négatifs de la communication partielle des preuves<sup>1081</sup>. Avant tout développement, une clarification s'impose : bien qu'il n'y ait pas d'instruction comme en France et en Belgique, la recherche des preuves précédant la mise en accusation est globalement secrète et les services de police ne sont soumis à aucune obligation d'information durant cette phase de recueil des preuves<sup>1082</sup>. Néanmoins, dans la pratique, la police transmet à l'avocat de la défense quelques, voire tous les éléments de preuve en sa possession : il pourra ainsi voir des copies des témoignages recueillis, ou être informé sur tous les types de preuves dont la police dispose<sup>1083</sup>. L'avocat peut tout à fait insister pour se voir remettre plus de preuves, découvrir tous les éléments à la disposition des policiers, dans le but de conseiller au mieux son client et éviter de lui demander d'user de son

---

<sup>1076</sup> Art. 144 al. 8 du CPP.

<sup>1077</sup> D. KARSENTY, Le droit au procès équitable, rapport annuel de la Cour de cassation, 2001, disponible à l'adresse :

[http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2001\\_117/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_120/tudes\\_theme\\_libertes\\_122/equitable\\_mme\\_5971.html](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/equitable_mme_5971.html), consulté le 11 mars 2013.

<sup>1078</sup> Cass. Crim., 10 nov. 2004, pourvoi n° 03-87628, *Bull. crim.*, n° 285, p. 1065 : L'article 427 du CPP « impose au juge correctionnel de ne fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui, (mais) n'exige pas que les pièces soient communiquées à la partie adverse avant l'audience ».

<sup>1079</sup> T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 248.

<sup>1080</sup> Les règles se sont accumulées, tout autant que les sources, et dépendent de la classification de l'infraction, M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*

<sup>1081</sup> Les affaires les plus connues sont celles de *Ward*, et *Taylor and Taylor*. V. I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 354.

<sup>1082</sup> J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998, p. 68.

<sup>1083</sup> G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 100.

droit au silence<sup>1084</sup>. Après le déclenchement des poursuites, le principe du contradictoire trouve pleinement son application.

**176. Disclosure<sup>1085</sup> : la communication mutuelle des preuves.** Les preuves étant recherchées par chacune des parties, la communication des preuves devrait logiquement présenter la forme d'un échange plutôt qu'une divulgation unilatérale. Cependant, la tendance pour les enquêteurs de rechercher les preuves à charge pousse vers un régime plus favorable à la défense. Le droit anglais prévoit ainsi une communication des preuves avant l'audience (*advance disclosure*). Concernant la divulgation des preuves détenues par l'accusation et qu'elle a l'intention d'utiliser à l'audience, la situation diffère selon la gravité de l'infraction. Pour les infractions les plus graves (*trials on indictment*), la partie poursuivante a l'obligation de divulguer les preuves, ce qui n'est pas le cas pour les infractions les moins graves<sup>1086</sup>. Pour les éléments qu'elle ne compte pas utiliser à l'audience en raison du fait qu'ils n'abondent pas dans le sens de la culpabilité de la personne poursuivie, le *Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (CPLA)* est venu compléter la jurisprudence. Auparavant considérée comme une charge de la défense, la recherche des preuves de l'innocence du suspect est pourtant une obligation de la police, dans le cadre idéal posé par le respect du procès équitable. Aussi, l'exclusion des preuves à décharge du partage ne semblait pas justifiée. Le problème a d'abord été mis en évidence par une circulaire de l'*Attorney general* en 1981, énonçant que tous les éléments qui n'étaient pas utilisés par l'accusation devaient être accessibles à la défense<sup>1087</sup>. La jurisprudence<sup>1088</sup> affirma également l'obligation pour la partie poursuivante de transmettre à la défense les éléments utilisés contre elle mais également les « *unused materials* ». Enfin, le *CPLA* codifia et précisa la règle créée : l'accusation a désormais l'obligation de transmettre à la défense tous les éléments qui ne lui ont pas été transférés et qui pourraient soit ébranler les fondements de l'accusation, soit aider l'accusé<sup>1089</sup>. En retour<sup>1090</sup>, la défense doit transmettre à la Cour et à l'accusation un « *defence statement* », un dossier dans lequel elle exposera ses

---

<sup>1084</sup> Ibid.

<sup>1085</sup> Divulgation, révélation, communication, v. J.-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2011, *op. cit.*, v<sup>o</sup> disclosure.

<sup>1086</sup> Devant la *Magistrates' court*, si l'accusé est poursuivi pour une *either-way offence*, l'accusation a l'obligation de transmettre les preuves à charge à la demande de la défense, si l'accusé est poursuivi pour une *summary offence*, l'accusation n'a aucune obligation de communication. V. J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 175.

<sup>1087</sup> L'accusation pouvait cependant refuser de communiquer certains éléments sensibles, dans le but de protéger la sécurité nationale, un témoin, ou un indicateur. V. I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 353.

<sup>1088</sup> Ward (1993), 96 Cr. App R1 ; J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 47.

<sup>1089</sup> Sect. 3 du *CPLA*. Si l'accusation n'a aucun élément à transférer, elle doit le confirmer par écrit.

<sup>1090</sup> Toujours concernant les infractions les plus graves tombant sous le coup des « *trials on indictment* ». Pour les infractions moins graves (*summary offences*), l'accusé a la possibilité de transmettre son *defence statement*, mais ce n'est pas une obligation. V. sect. 6 du *CPLA*.

arguments, mais aussi les problèmes de droit qu'elle compte soulever, notamment concernant la recevabilité des preuves<sup>1091</sup>. Des règles plus strictes sont établies concernant les expertises et les alibis. Dans la lignée de la jurisprudence antérieure, la défense doit communiquer à l'avance ses résultats d'expertise, et les informations requises pour la justification de l'alibi doivent être précises<sup>1092</sup>. En revanche, la défense n'a évidemment pas l'obligation de transmettre les éléments dont elle ne compte pas se servir, qui valideraient la thèse de la culpabilité, ce privilège étant justifié par le respect du droit à ne pas participer à sa propre incrimination.

Le développement des règles autour de la communication de la preuve, principalement en faveur de la défense, aurait pu présager un durcissement de la sanction en cas de non-respect de ces règles. Or, le Royaume-Uni reste réticent à l'exclusion de la preuve irrecevable<sup>1093</sup>. Dès lors, le manquement à ces obligations n'entraîne pas automatiquement l'exclusion de la preuve secrète, qui pourra toujours être discutée à l'audience. Le but ici est justement de pouvoir fournir aux parties tous les éléments qui pourront participer à l'exclusion de la preuve par la suite et le défaut d'exécution pourra être soulevé lors de la discussion des preuves pour en contester la fiabilité ou la force probante. Même s'il faut reconnaître que le système s'est largement amélioré ces dernières années, certains auteurs ne manquent pas de souligner le caractère inéquitable des règles de *disclosure*<sup>1094</sup>. En effet, si les enquêteurs sont sensés enquêter à charge et à décharge, la réalité est toute autre<sup>1095</sup>, et les emblématiques erreurs judiciaires des années 1990 n'ont fait que souligner cette tendance. Par ailleurs, il est évident que la défense ne dispose pas des moyens financiers, ni des pouvoirs coercitifs de la police, pour recueillir les preuves nécessaires pour convaincre le juge pénal. Aussi, l'obligation pour la défense de révéler à l'accusation les preuves détenues et sa stratégie de défense est certes, conforme au principe de l'égalité des armes et du contradictoire, mais s'éloigne d'une procédure réellement équitable. Certains auteurs<sup>1096</sup> ont également mis en évidence la mauvaise volonté tant de l'accusation que de la défense, et leur réticente à transmettre correctement les informations requises. Cette méfiance est complétée par la faculté pour l'accusation de retenir certaines preuves sensibles, immunité accordée dans le but de protéger l'intérêt public<sup>1097</sup> et pouvant donner à l'accusation un large avantage,

---

<sup>1091</sup> Sect. 6A du *CPLA*.

<sup>1092</sup> Comme le nom, l'adresse et la date de naissance des témoins attestant d'un alibi.

<sup>1093</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 295.

<sup>1094</sup> D. ORMEROD, «Improving the disclosure regime», *The international journal of evidence and proof*, n°7, 2003, p. 102.

<sup>1095</sup> J. A. EPP, «Achieving the aims of the disclosure scheme in England and Wales», *The international journal of evidence and proof*, n°5, 2001, p. 191.

<sup>1096</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>1097</sup> Sect. 3(6) et sect. 7A(8) du *CIPA*.

principalement lorsque les droits du suspect sont les plus menacés, dans la répression de crimes particulièrement graves comme le terrorisme.

*b. La discussion contradictoire des preuves pendant l'audience de jugement*

Alors que le principe du contradictoire peine à trouver sa véritable fonction dans la phase pré-sententielle, se heurtant nécessairement à l'objectif d'efficacité de l'enquête répressive, son application dans la phase prétorienne ne rencontre pas de difficulté majeure.

**177. Portée du principe du contradictoire de la procédure.** Le caractère contradictoire de la procédure est la garantie indispensable de son équité. La Cour de Strasbourg donne au principe une portée extensive et inconditionnelle<sup>1098</sup>. Son influence sur la recevabilité de la preuve est essentielle en ce qu'il en représente la condition indispensable<sup>1099</sup>. Concrètement, la nécessaire contradiction de la procédure implique tout d'abord que la défense ait la possibilité de contester les éléments à charge<sup>1100</sup>, de discuter les preuves avancées contre elle. En effet, les parties doivent avoir la faculté «de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter»<sup>1101</sup>. Par ailleurs, le principe du contradictoire implique également que la défense ait l'occasion de faire interroger les témoins à charge et décharge<sup>1102</sup>. Par conséquent, seule la preuve soumise au filtre du contradictoire est recevable : la conviction du juge pénal ne peut se fonder que sur des «éléments ont fait l'objet d'un débat contradictoire entre les parties»<sup>1103</sup>.

**178. Exclusion de la preuve non discutée à l'audience.** En France, le principe de liberté de la preuve énoncé à l'article 427 du CPP est accompagné du principe du contradictoire clairement énoncé : «Le juge pénal ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui». Par conséquent, l'intime conviction du juge ne peut se fonder ni sur une preuve qui aurait été exclue du dossier précédemment suite à une décision de la Chambre de

---

<sup>1098</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1265.

<sup>1099</sup> Il devient même le concept dans lequel les preuves irrégulières trouvent leur salut. V. Chapitre 2, sur la recevabilité de la preuve illicite.

<sup>1100</sup> R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 650.

<sup>1101</sup> CEDH, 20 fév. 1996, *Lobo Machado c. Portugal*, req. n° 15764/89, *Recueil des arrêts et des décisions*, 1996-I, pp. 206-207, § 31 ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, req. n° 34130/96, *Recueil des arrêts et des décisions*, 2000-VI, § 27.

<sup>1102</sup> Art. 6 § 3 d) de la Convention EDH. Pour un exemple de violation, v. CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c. France*, req. n° 71846/01, *Recueil des arrêts et des décisions*, 2000-VI.

<sup>1103</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 717.

l'instruction, ni sur des éléments dont il aurait eu connaissance hors du procès pénal<sup>1104</sup>. La solution retenue par les juridictions belges est similaire : la libre discussion des preuves à l'audience devient ainsi la condition indispensable à leur recevabilité<sup>1105</sup>. Pour autant, l'exigence du contradictoire n'implique pas que les éléments débattus aient été communiqués à la partie adverse avant l'audience<sup>1106</sup>.

**179. L'importance de la phase de *cross-examination***<sup>1107</sup>. Le droit anglais accorde au principe du contradictoire une importance capitale lors de l'audience, exprimée par la faculté de contre-interroger les témoins. L'inévitable *cross-examination*, consécutive à l'*examination-in-chief* est donc un des temps fort de l'audience où la partie adverse va tenter de remettre en cause le témoignage et sa valeur probante, ou essayer d'en extraire une version des faits qui accrédite la thèse soutenue, l'innocence ou la culpabilité<sup>1108</sup>. Cette manifestation du principe du contradictoire est peut-être encore plus nécessaire ici que dans les États de tradition inquisitoire. Tout d'abord, la procédure est essentiellement orale : seules les déclarations de l'accusé, des témoins directs<sup>1109</sup>, des experts, ou des policiers sont en principe prises en compte pour déterminer de la culpabilité de la personne poursuivie<sup>1110</sup>. Contre-interroger un témoin est ainsi la seule façon de pouvoir discuter la fiabilité de ses affirmations et par conséquent, influencer le jury. Un signe de stress face à une question ou l'absence de cohérence dans les déclarations est un moyen de déceler un mensonge, l'imprécision des souvenirs ou la contrainte derrière des déclarations. Par ailleurs, ce sera ici l'unique réelle opportunité de remettre en cause les conditions d'obtention de la preuve, les occasions de contester la régularité de la procédure en amont étant quasi-inexistantes<sup>1111</sup>. Contre-interroger un policier pour démontrer que ses affirmations résultent de l'accomplissement d'actes illégaux ou déloyaux a donc pour but de mener à leur exclusion du débat.

Tous les témoins ont obligation de se plier à la *cross-examination* : les témoins cités à comparaître par l'accusation seront d'abord interrogés par elle, avant d'être questionnés par

---

<sup>1104</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 163. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 717.

<sup>1105</sup> Ibid.

<sup>1106</sup> Cass. Crim. (française), 28 juin 1995, pourvoi n° 94-85684, *Bull. crim.*, 1995, n° 242 p. 677

<sup>1107</sup> Contre-interrogatoire, J.-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2011, *op. cit.*, v° *cross-examination*.

<sup>1108</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 192.

<sup>1109</sup> La preuve par oui-dire étant en principe irrecevable.

<sup>1110</sup> J. R. SPENCER, «Le système anglais», in M. DELMAS-MARTY (dir.) *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1995, p. 139.

<sup>1111</sup> Cf. la Section 2 du même chapitre.

la défense<sup>1112</sup>, et inversement pour les témoins cités par la défense<sup>1113</sup>. Le pouvoir d'intervention du juge est restreint, il peut interroger un des témoins pour clarifier une preuve mais dans les limites de l'impartialité qu'il se doit de maintenir strictement<sup>1114</sup>. Les exceptions au contre-interrogatoire sont peu nombreuses<sup>1115</sup> et si la *cross-examination* ne peut avoir lieu<sup>1116</sup>, alors les déclarations précédentes ne pourront être aussi convaincantes pour le jury que si elles avaient été discutées. En revanche, la discussion contradictoire des preuves ne peut servir à elle seule à blanchir une preuve qui n'aurait pas été recevable<sup>1117</sup>, comme c'est le cas en France, mais peut être une des conditions indispensables à l'utilisation d'une preuve normalement inadmissible comme le témoignage anonyme<sup>1118</sup>.

**180. Conclusion du paragraphe 2.** Il est certain que les différences législatives exposées pourraient mener à des situations conflictuelles<sup>1119</sup> : les résultats d'une perquisition légalement menée de nuit au Royaume-Uni, dans le cadre d'une enquête transfrontalière, pourraient tout à fait être rejetés en France, où la perquisition de nuit est proscrite. De même que les indices obtenus suite à la mise en place d'écoutes téléphoniques en Belgique, en dehors de l'information ou de toute situation de flagrance et donc parfaitement illégales, pourraient légalement être utilisés en France dans le cadre de la criminalité organisée. En revanche, au regard de la production de la preuve, les régimes se rejoignent quant à la matérialisation du principe de l'égalité des armes et du contradictoire : si seulement la Belgique et la France prévoient une communication précoce de la preuve, nécessaire à leur contestation devant les juridictions de l'instruction, les trois États membres organisent la communication des preuves entre les parties préalablement à l'audience, bien que ce « partage » réponde à des procédures dissemblables.

---

<sup>1112</sup> La *cross-examination* peut être conduite par l'avocat de la défense ou par l'accusé lui-même s'il n'a pas choisi d'être représenté mais dans ce cas, les règles qui lui seront appliquées seront plus strictes. V. A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 191.

<sup>1113</sup> L'accusé peut également contre-interroger le co-accusé. V. I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 597.

<sup>1114</sup> A. CHOO, *Evidence*, 2009, *op. cit.*, p. 67.

<sup>1115</sup> Si par exemple, le témoin n'est cité que pour produire un document. V. A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 190.

<sup>1116</sup> Si le témoin meurt entre l'*examination-in-chief* et la *cross-examination* par exemple.

<sup>1117</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 193 ; A. CHOO, *Evidence*, 2009, *op. cit.*, p. 79.

<sup>1118</sup> Par exemple, lorsque l'anonymat d'un témoin est requis, l'accusation doit fournir à la défense toutes les informations nécessaires à l'exécution du contre-interrogatoire. L'anonymat sera assuré par le recours à un pseudonyme, ou à une modulateur de la voix, l'utilisation d'un écran ou l'interdiction de poser des questions permettant une identification du témoin. V. A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 155, et *The Director's Guidance on Witness Anonymity*, disponible sur le site internet du CPS,

[http://www.cps.gov.uk/publications/directors\\_guidance/witness\\_anonymity.html](http://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/witness_anonymity.html), point 51.

<sup>1119</sup> Ces difficultés seront largement atténuées au cours des développements suivants.

**181. Conclusion de la section 1.** Le constat intermédiaire de cette étude comparative n'apparaît pas comme démesurément contrasté. En effet, la recevabilité de la preuve répond aux exigences de principes énoncés ou reconnus par tous les systèmes nationaux. Au regard de la légalité matérielle, la preuve recevable doit être intègre et loyale, vierge de tout vice issu de pratiques malhonnêtes auxquelles les autorités enquêtrices auraient pu avoir recours lors des investigations. Cette caractéristique générale dicte l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, aussi bien que le rejet de la provocation policière. Concernant la légalité formelle et sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, les régimes nationaux montrent des similitudes quant à l'exigence d'un encadrement détaillé et la nécessaire discussion des preuves par les parties.

Pour autant, ces points de convergence restent généraux et l'examen plus approfondi des législations nationales révèle des divergences significatives<sup>1120</sup>. Ainsi, si la loyauté de la preuve reste un principe fédérateur, son interprétation et son application face à des situations concrètes sont contrastées : la position de la France face à l'emploi de narcotiques dans l'obtention de l'aveu est sans concession, alors que la Belgique est plus ouverte à l'utilisation de cette technique. De même, l'interdiction de la provocation policière peut être soumise à des critères différents : le rôle actif de l'agent dans la commission de l'infraction, ou son rôle extraordinaire, exceptionnel. Les règles formelles de recherche, et de production de la preuve accentuent ces disparités. La nécessité d'un encadrement détaillé pousse inévitablement à l'intensification des différences, comme l'analyse des méthodes d'enquête attentatoires à la vie privée le démontre. La vérification du respect de la mise en œuvre des règles formelles et matérielles par les mécanismes nationaux d'exclusion de la preuve sera l'occasion de confirmer ou au contraire de nuancer cette hétérogénéité.

## Section 2 : Le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve

**182. Exclusion de la preuve ou abandon des poursuites.** La sanction rend la norme obligatoire : le non respect des règles formelles et matérielles doit nécessairement être condamné pour assurer leur bonne application. La sanction cohérente de la preuve illégalement recueillie est son exclusion du dossier ou des débats<sup>1121</sup>. En effet, comme l'affirme Monsieur le Président de la chambre pénale de la Cour de cassation belge de Codt, «

---

<sup>1120</sup> Ces divergences ne sont cependant pas inéluctablement inconciliables.

<sup>1121</sup> B. BOULOC, «Les abus en matière de procédure pénale», *op. cit.*, p. 243.



on ne peut nier que la seule manière efficace de prévenir les actes irréguliers, est de leur ôter tout effet. Il n'est que trop vrai qu'en retirant à la partie poursuivante le bénéfice des illégalités commises à l'égard de la partie poursuivie, le jugement rétablit entre elles l'équilibre momentanément compromis »<sup>1122</sup>. Plus sévère, l'abandon des poursuites vient punir une violation exceptionnellement grave à la légalité matérielle ou formelle, à l'instar des provocations policières en Belgique ou au Royaume-Uni.

La décision d'exclure une preuve ne peut cependant être arbitraire et répond à des mécanismes établis, propres à chaque État. Les États de droit continental abordent traditionnellement la question sous l'angle des nullités de procédure, le Royaume-Uni préfère la notion d'exclusion. Alors que les premiers offrent aux parties l'opportunité de contester des actes de procédure avant l'audience de jugement, le second n'offre que très peu de possibilités de contester les actes effectués à cette étape de la procédure (§ 1) et laisse la question de la recevabilité au juge du fond. Ainsi, la légalité de la preuve est mise en cause devant le juge pénal de droit commun, avant toute défense au fond. Cette caractéristique propre à l'accusatoire est cependant vouée à s'étendre à la France et à la Belgique, l'instruction n'étant plus le moyen d'investigation privilégié. Par conséquent, c'est désormais principalement au juge pénal qu'il incombe de « respecter et faire respecter ces règles », en « faisant échec à tout pratique déviante pouvant mettre en péril les libertés individuelles »<sup>1123</sup> (§ 2).

### § 1. L'examen de légalité de la preuve avant la phase de jugement

**183. La résurgence de l'opposition accusatoire/inquisitoire.** L'examen de la recevabilité de la preuve fait ressurgir avec force le clivage accusatoire/inquisitoire, particulièrement dans la phase pré-sententielle. En effet, si l'exclusion de la preuve viciée est un principe sur lequel les systèmes nationaux s'accordent, sa mise en œuvre diffère totalement selon que l'État est influencé par les principes de l'inquisitoire, et accorde donc une place importante à l'instruction et à la consignation des actes d'investigations dans un dossier, ou que l'État est attaché aux règles de l'accusatoire, à l'oralité et donc à la discussion contradictoire des preuves pour en déterminer la recevabilité. Ainsi, alors que la licéité de la preuve doit principalement être contestée devant les juridictions de l'instruction en France et en Belgique (A), elle n'est pratiquement pas examinée avant l'audience au Royaume-Uni (B).

---

<sup>1122</sup> J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, 2006, *op. cit.*, p. 217.

<sup>1123</sup> P. VOULAND, «L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve», *AJ Pénal* 2005, p. 279.

A. L'examen de la légalité des preuves devant les juridictions de l'instruction : les nullités de procédure

Sans freiner démesurément la recherche de la vérité par les autorités enquêtrices, le droit s'efforce d'offrir aux parties l'opportunité de contester la régularité des actes d'investigations tout au long de la procédure<sup>1124</sup>, afin d'exclure les actes viciés avant tout jugement sur le fond. En France et en Belgique, la question de l'exclusion des preuves est abordée sous l'angle des nullités de la procédure, qu'elle touche une règle substantielle ou textuelle (1). Cependant, la mise en œuvre effective de la contestation n'est pas aisée, en particulier pour la défense, les délais de forclusion et la purge successive à une requête en nullité en faisant un mécanisme lourd et restrictif<sup>1125</sup> (2).

### 1. La typologie des nullités de procédure

**184. La difficile classification des nullités.** Si les droits belge et français consacrent tous deux les nullités de l'instruction, il est malaisé d'établir une classification claire des types de nullité dans une perspective comparatiste. L'absence d'un consensus<sup>1126</sup> au sein de la doctrine, la mainmise de la jurisprudence<sup>1127</sup> et le manque de cohérence du législateur<sup>1128</sup>, sur la classification des nullités au niveau national, ne favorisent pas ce travail déjà complexe. Bien que certaines notions puissent être rapprochées, comme l'existence de nullités textuelles, opposées aux nullités substantielles, l'approche doctrinale de la classification des nullités diverge et sera abordée en conséquence. Traditionnellement en droit français, deux couples de nullités sont établis et se superposent : les nullités textuelles et substantielles, les premières distinguées des deuxièmes par le fait qu'elles ont été expressément visées par le législateur<sup>1129</sup>, et les nullités d'ordre public ou d'ordre privé, articulées autour de l'existence

---

<sup>1124</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 724.

<sup>1125</sup> J. DANET, «Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités», *AJ Pénal*, 4, 2005, pp. 133.

<sup>1126</sup> T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 359.

<sup>1127</sup> J. DANET, «Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités», *op. cit.*, p. 133.

<sup>1128</sup> Il a été reproché au législateur français de manquer de cohérence et de constance dans l'élaboration des règles relatives aux nullités. V. *Ibid.*

<sup>1129</sup> Art. 802 du CPP : «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 lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne».

d'un préjudice. En Belgique, on retrouvera également cette distinction entre les nullités d'origine législative et les nullités substantielles, ainsi que la notion de grief<sup>1130</sup>.

**185. Nullités textuelles et nullités substantielles.** Les nullités textuelles<sup>1131</sup>, si l'on peut se permettre la redondance, sont les nullités expressément prévues par un texte. Rattachées à certaines mesures d'instruction par le législateur qui a voulu en sanctionner la violation, leur liste exhaustive ne serait qu'un renvoi à quelques articles peu nombreux<sup>1132</sup> du Code de procédure pénale. Par exemple, des nullités textuelles relatives à l'obtention des preuves<sup>1133</sup> sont prévues en matière d'écoutes téléphoniques<sup>1134</sup>, de perquisitions et saisies<sup>1135</sup>. Le Code d'instruction criminelle belge prévoit également quelques nullités textuelles, notamment en matière de témoignage anonyme<sup>1136</sup>, et comme en France, concernant les écoutes téléphoniques<sup>1137</sup>. Aux nullités textuelles s'opposent les nullités substantielles, qui ne sont pas expressément prévues par un texte et dont l'étendue est librement définie par le juge pénal. Elles touchent «aux formes indispensables pour que l'acte puisse accomplir sa fonction» ou à «l'essence même des décisions judiciaires, à l'obligation de les motiver, à la composition des juridictions, à la publicité des audiences et des jugements» ainsi qu'aux formes dont «l'inobservation intéresse l'ordre public»<sup>1138</sup>. Le juge se penche alors sur les intérêts protégés par la règle qui a été violée pour déterminer si l'acte doit être annulé. La jurisprudence a pu consacrer plusieurs causes de nullité substantielle. C'est le cas par exemple de la violation du principe général de loyauté dans la recherche des preuves<sup>1139</sup>.

**186. Nullités d'ordre public et nullités d'ordre privé.** La distinction textuelle/substantielle apparaît aujourd'hui comme inutile, car supplantée par l'opposition entre les nullités d'ordre public et les nullités d'ordre privé, imposée par la jurisprudence. Les nullités textuelles comme substantielles ne seront pas automatiquement prononcées si elles

---

<sup>1130</sup> J. DE CODT, «Preuve pénale et nullité», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 641.

<sup>1131</sup> Les nullités textuelles sont parfois appelées nullités formelles mais pas souci de clarté, ce terme ne sera pas utilisé. En effet, les nullités substantielles peuvent être prononcées pour une violation des règles de fond comme des règles de forme.

<sup>1132</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, Paris, Gualino éditeur, 2007, p. 319.

<sup>1133</sup> Des nullités textuelles concernent également la mise en examen.

<sup>1134</sup> Pour les écoutes téléphoniques sur la ligne d'un avocat, d'un magistrat ou d'un parlementaire, art. 100-7 du CPP

<sup>1135</sup> Pour les saisies et perquisitions, de nombreuses formalités sont prescrites à peine de nullité (encadrement horaire, personne visée par la mesure, etc.), aux art. 56 et s. du CPP

<sup>1136</sup> Art. 86bis § 4 du CIC.

<sup>1137</sup> Art. 90quater du CIC.

<sup>1138</sup> J. DE CODT, Des nullités de l'instruction et du jugement, 2006, *op. cit.*, p. 15.

<sup>1139</sup> F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 52.

sont soulevées, le juge va subordonner sa décision à l'existence d'un grief<sup>1140</sup>. Ce grief pourra être présumé pour les violations les plus graves, le préjudice de la partie étant inhérent à la violation<sup>1141</sup>. Ce type de nullité est dit d'ordre public. Ces nullités sont la garantie d'une bonne administration de la justice, et recouvrent généralement les violations des règles de compétence ou d'organisation des juridictions ou les atteintes aux droits de la défense<sup>1142</sup>. Par exemple, la loyauté des enregistrements par un policier est d'ordre public, tout comme la notification des droits de la personne placée en garde à vue<sup>1143</sup>. Les nullités d'ordre privé, lorsqu'elles sont soulevées, sont soumises à la démonstration du grief : il faut nécessairement prouver une atteinte aux intérêts de la personne<sup>1144</sup>. Exigent par exemple la preuve d'un grief l'absence de signature d'un procès verbal, ou la violation des règles en régissant la saisie<sup>1145</sup>. Ce grief est apprécié *in concreto* par le juge, ce qui lui laisse une marge de manœuvre dans le sauvetage d'une procédure viciée. Le droit belge ne différencie pas les nullités d'ordre public ou d'ordre privé mais reconnaît néanmoins l'existence de valeurs fondamentales, dont la violation entraîne un préjudice particulièrement grave<sup>1146</sup>. C'est le cas des irrégularités compromettant «l'efficacité de la justice pénale»<sup>1147</sup> ou la substance même des droits de la défense, qui ne peuvent aboutir à un autre résultat que l'exclusion de la pièce. En revanche, à l'image de la France, l'irrégularité ne résultera pas en l'écartement de la preuve si aucun grief n'est démontré<sup>1148</sup> ou lorsque l'irrégularité est moins grave que l'infraction qu'elle tente de prouver<sup>1149</sup>.

## 2. La mise en œuvre des nullités

**187. Les recours auprès des juridictions de l'instruction.** La mise en œuvre des nullités en France et en Belgique présente de nombreuses similitudes<sup>1150</sup>, en confiant le

---

<sup>1140</sup> Le juge va soumettre sa décision au principe « pas de nullité sans grief ».

<sup>1141</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1352.

<sup>1142</sup> J. DANET, «Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités», *op. cit.*, p. 133. « Il y a nullité d'ordre public quand la cause de nullité atteint un principe que le droit considère comme fondamental à son expression », M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 572.

<sup>1143</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1353.

<sup>1144</sup> J. DANET, «Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités», *op. cit.*, p. 133.

<sup>1145</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1354.

<sup>1146</sup> Une classification plus complète a pu être proposée par Monsieur J. DE CODT, magistrat, différenciant les nullités institutionnelles, les nullités fonctionnelles, les nullités intentionnelles et les nullités infractionnelles. V. J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, 2006, *op. cit.*, p. 16.

<sup>1147</sup> L'auteur donne comme exemple le mandat de perquisition général et illimité, ou la perquisition effectuée sans mandat alors qu'il était requis, V. J. DE CODT, «Preuve pénale et nullité», *op. cit.*, p. 645.

<sup>1148</sup> C'est le cas des irrégularités purement formelles.

<sup>1149</sup> J. DE CODT, «Preuve pénale et nullité», *op. cit.*, p. 647.

<sup>1150</sup> Pour éviter toute confusion cependant, une précision s'impose : en France, l'information judiciaire désigne l'instruction préparatoire, alors qu'en Belgique, l'information est différenciée de l'instruction et

pouvoir d'annulation à une juridiction de l'instruction, compétente pendant et à la clôture de l'instruction. Le sort de l'acte ou de la pièce annulé est également similaire. Pourtant, des différences persistent : les parties privées restent désavantagées par rapport au Ministère public en Belgique, la procédure étant toujours très marquée par l'inquisitoire et le secret, tendant vers l'efficacité des investigations (b). En France, si les parties privées bénéficient de droits renforcés quant à la saisine de la juridiction de l'instruction, les délais de forclusion et la purge des nullités restent redoutables pour l'avocat de la défense, l'obligeant à une étude très approfondie et à peser l'opportunité de chacune de ses requêtes, visant à exploiter les failles procédurales (a).

*a. Les recours prévus par la législation française*

**188. L'intervention de la chambre de l'instruction.** La régularité des actes d'instructions insusceptibles d'appel<sup>1151</sup>, accomplis par le magistrat instructeur ou sur sa délégation, est contrôlée par la chambre de l'instruction et par son président, sur la base des articles 170 à 174-1 du Code de procédure pénale. Les nullités de l'enquête précédant l'instruction ne sont pas couvertes par ces textes spécifiques mais par des «dispositions éparses»<sup>1152</sup> telles que l'article 802, abordant les nullités textuelles et substantielles de façon très générale<sup>1153</sup>.

Le contrôle général du bon fonctionnement des cabinets d'instruction et de la bonne administration de la justice a été confié au président de la chambre de l'instruction en 1993<sup>1154</sup>. Il veille au bon déroulement de l'instruction en vérifiant la qualité et la rapidité du travail du magistrat instructeur et peut également effectuer lui-même certains actes d'instruction. Plus spécifiquement, le président effectue un filtrage des requêtes en nullité émanant des parties privées<sup>1155</sup>. La chambre de l'instruction, anciennement chambre d'accusation, est la juridiction d'instruction de second degré : elle a un pouvoir de contrôle

---

désigne la phase d'enquête pour les infractions qui ne nécessitent pas l'ouverture d'une instruction (délits et crimes destinés à être correctionnalisés). V. F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 671. et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 511.

<sup>1151</sup> Les actes susceptibles d'appel ne peuvent être contestés selon cette voie de recours. V. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1340.

<sup>1152</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 316.

<sup>1153</sup> Les nullités de l'enquête précédant l'instruction peuvent cependant être prononcées par la chambre de l'instruction. V. H. CONCHON, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 46.

<sup>1154</sup> T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 351.

<sup>1155</sup> Art. 173 du CPP.

des actes effectués par le magistrat instructeur du premier degré lors de l'information judiciaire<sup>1156</sup>. Plus généralement, elle va vérifier la bonne conduite de la procédure.

**189. La saisine de la juridiction de l'instruction.** Le droit de soulever des nullités appartient au juge d'instruction<sup>1157</sup>, au procureur de la République, aux parties et au témoin assisté<sup>1158</sup>. L'intérêt d'offrir au juge d'instruction l'opportunité de demander l'annulation d'un de ses actes est de protéger la procédure en purgeant les nullités et préserver ainsi la suite de la procédure<sup>1159</sup>. Cette faculté n'a été accordée à la partie civile et au mis en examen que tardivement, par la loi du 4 janvier 1993, dans le but de renforcer les droits de la défense<sup>1160</sup>. La chambre de l'instruction peut également relever d'office une nullité lorsqu'elle vérifie la régularité d'une procédure<sup>1161</sup> mais n'en a pas l'obligation.

**190. Les nullités, garanties du bon déroulement de l'instruction.** Les nullités peuvent être invoquées à tout moment durant l'instruction. Cependant, pour préserver l'efficacité des investigations et freiner les recours abusifs de la défense, deux limites principales ont été mises en place : les délais de forclusion, et la purge successive des nullités. Les nullités doivent être invoquées rapidement. À compter de la notification de la mise en examen, la personne poursuivie dispose de six mois pour contester tous les actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution, ou cet interrogatoire lui-même<sup>1162</sup>. Ce délai est renouvelé pour chaque interrogatoire ultérieur, concernant les actes qui lui sont antérieurs<sup>1163</sup>. À l'issue de ce délai, toute irrégularité qui n'aura pas été soulevée ne pourra plus être contestée. Par ailleurs, lorsqu'une partie saisit la chambre de l'instruction, tous les moyens de nullité de la procédure existants doivent être soulevés<sup>1164</sup>. À défaut, les vices seront couverts et les parties ne pourront soulever devant la chambre de l'instruction que les nullités concernant des actes effectués postérieurement à la saisine. Une unique exception concerne le cas où les parties n'auraient pu en avoir connaissance. Dans tous les cas, l'ordonnance de clôture de l'information purge tous les vices de procédure, qui ne pourront plus être invoqués devant la juridiction de jugement. Cependant, un délai de vingt jours est

---

<sup>1156</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 723.

<sup>1157</sup> Le juge d'instruction ne peut substituer un acte régulier à un acte vicié seul. V. T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 357.

<sup>1158</sup> Art. 173 du CPP.

<sup>1159</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1332.

<sup>1160</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 316.

<sup>1161</sup> Art. 206 du CPP.

<sup>1162</sup> Art. 173-1 du CPP.

<sup>1163</sup> J. DANET, «Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités», *op. cit.*, p. 133.

<sup>1164</sup> Art. 174 du CPP.

laissé aux parties quand le juge d'instruction estime l'information terminée<sup>1165</sup>, pour leur permettre de formuler une requête en annulation des derniers actes de procédure<sup>1166</sup>. Ce délai de forclusion est particulièrement court, son point de départ étant fixé au jour de l'envoi de l'avis de clôture par le juge d'instruction<sup>1167</sup>. Il est donc dans l'intérêt des parties d'invoquer une nullité le plus rapidement possible, sous peine de voir le délai de six mois réduit à quelques jours suite à l'avis du juge d'instruction de clôturer l'information.

**191. La sanction de la violation.** Le pouvoir d'annulation de la chambre de l'instruction est très étendu. Si elle estime la violation suffisante pour fonder une annulation, elle peut prononcer la nullité partielle ou entière de l'acte ou de la procédure. Les actes découlant directement de l'acte vicié pourront également être annulés<sup>1168</sup>. Elle peut également décider de l'annulation d'un acte sans lien avec l'acte dénoncé<sup>1169</sup>. L'annulation partielle de l'acte vicié peut également être prononcée : l'acte sera annulé, les parties litigieuses seront simplement rayées. Les pièces ou les actes annulés seront alors retirés du dossier d'instruction, classés au greffe de la cour d'appel et ne pourront être utilisés comme preuves lors de l'audience, car sensés n'avoir jamais existé<sup>1170</sup>. Il est totalement proscrit que des informations issues des actes annulés soient utilisées ou reconstituées, sous peine de sanctions disciplinaires. En revanche, la réfaction de l'acte est possible, dès lors qu'aucun élément de l'acte annulé n'est réutilisé<sup>1171</sup>.

*b. Les recours prévus par la législation belge*

**192. L'intervention de la chambre des mises en accusation et de la chambre du conseil.** L'examen de la régularité des actes d'instruction est confié à deux juridictions de l'instruction : la chambre des mises en accusation<sup>1172</sup> et dans une autre mesure, la chambre du

---

<sup>1165</sup> Lorsque le juge d'instruction estime que l'information est terminée, il en avise les parties et communique le dossier au Ministère public. Cette étape est suivie de deux phases successives, marquées par le principe du contradictoire et précédant l'ordonnance de clôture de l'information : la première de 1 à 3 mois durant laquelle le procureur de la République va pouvoir présenter ses réquisitions et les parties privées leurs observations, la deuxième de 10 jours à un mois durant laquelle les parties publiques et privées vont répondre aux réquisitions et observations. V. C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 325.

<sup>1166</sup> T. GARÉ et C. GINESTET, *Droit pénal - Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 358.

<sup>1167</sup> *Ibid.*

<sup>1168</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>1169</sup> La chambre de l'instruction peut soulever d'office tous les moyens de nullités, art. 174 du CPP (entendus, moyens de nullité d'ordre public)

<sup>1170</sup> F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1171</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1360.

<sup>1172</sup> La chambre des mises en accusation est une chambre de la cour d'appel.

conseil<sup>1173</sup>. La chambre des mises en accusation est la juridiction chargée du contrôle de la régularité de la procédure et du bon déroulement des investigations. À ce titre, elle peut intervenir à tout moment de l’instruction pour en vérifier la régularité. Elle est également chargée du contrôle des méthodes particulières de recherche d’observation et d’infiltration<sup>1174</sup> et statue en tant que juridiction d’appel des décisions de la chambre du conseil<sup>1175</sup>. Parallèlement à l’examen des nullités, elle peut ainsi décider d’étendre l’instruction à d’autres faits ou personnes, ou encore retirer l’instruction au magistrat instructeur pour se charger de l’instruction elle-même<sup>1176</sup>.

**193. La saisine des juridictions de l’instruction.** Durant l’instruction, la chambre des mises en accusation peut être saisie soit sur la réquisition du Ministère public, soit à la requête d’une partie, soit d’office<sup>1177</sup>, par exemple lorsqu’elle statue sur l’appel de l’inculpé<sup>1178</sup>. La saisine d’office lui permet d’examiner la régularité de la procédure d’instruction tôt<sup>1179</sup>, ce qui permet d’éviter qu’un acte irrégulier ne vicie toute la procédure. Cependant, les parties privées ne sont pas sur un pied d’égalité avec le Ministère public : alors que le procureur général peut saisir la chambre des mises en accusation à tout moment, l’inculpé ou la partie civile n’ont cette possibilité qu’après la première année d’instruction<sup>1180</sup>. Par ailleurs, l’inculpé et la partie civile ne disposent pas d’un droit d’accès au dossier mais d’un droit à demander la consultation du dossier<sup>1181</sup>, ce que le juge peut tout à fait refuser<sup>1182</sup>. À l’issue de l’instruction, la chambre des mises en accusation peut être saisie en appel des décisions de la chambre du conseil. En effet, lorsque le juge d’instruction estime l’information terminée, il communique son dossier au procureur du Roi, lequel va soit lui renvoyer le dossier avec des réquisitions complémentaires, soit transmettre le dossier à la chambre du conseil s’il estime l’instruction complète<sup>1183</sup>. À ce stade, l’article 131 § 1 du Code d’instruction criminelle donne compétence à la chambre du conseil pour vérifier les

---

<sup>1173</sup> La chambre du conseil est une chambre du tribunal correctionnel, siégeant à huis clos lors de la clôture de l’instruction pour régler la procédure et renvoyer les parties devant la juridiction compétente. V. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 502.

<sup>1174</sup> *Ibid.*, p. 621.

<sup>1175</sup> R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 473.

<sup>1176</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 619.

<sup>1177</sup> Art. 235bis § 1er du CIC.

<sup>1178</sup> Ce contrôle d’office reste cependant facultatif. V. R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 518.

<sup>1179</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 633.

<sup>1180</sup> Art. 136 du CIC.

<sup>1181</sup> Art. 61ter du CIC.

<sup>1182</sup> Le juge d’instruction peut refuser l’accès au dossier si les nécessités de l’instruction le requièrent, si la communication représente un danger pour les personnes ou porte gravement atteinte à la vie privée, ou le requérant ne peut justifier d’un motif légitime pour consulter le dossier.

<sup>1183</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 624.



irrégularités, omissions ou actes de nullité affectant les actes d'instruction ou l'obtention de la preuve et de prononcer, le cas échéant, la nullité soit d'un acte de procédure seulement, soit d'une partie ou de toute la procédure subséquente.

**194. Purge et sanction.** Comme en France, la saisine de la chambre des mises en accusation purge toutes les irrégularités de procédure qui auraient pu exister, elle ne pourront plus être examinées par le juge du fond, sauf dans le cas où la partie est appelée dans l'instance postérieurement au renvoi à la juridiction de jugement<sup>1184</sup>, ou s'il s'agit d'un moyen touchant à l'appréciation de la preuve<sup>1185</sup>. Les actes ou pièces annulés seront comme en France, retirés du dossier. Ainsi, ils ne pourront ni être consultés, ni utilisés par les parties<sup>1186</sup>. La cancellation de l'acte pourra également être ordonnée par la chambre<sup>1187</sup>.

La mise en œuvre des nullités visant à l'annulation d'un acte de procédure illégal et par extension, à l'exclusion de la preuve viciée, est adapté aux procédures continentales en raison du rôle primordial des autorités judiciaires dans la recherche des éléments à charge et à décharge, consignés dans le dossier d'investigation. En revanche, ce système est inapproprié aux procédures de *common law*, chacune des parties réunissant les éléments qui seront discutés à l'audience pour accéder au statut de preuve.

#### B. L'absence d'un véritable examen avant l'audience dans le système anglais

La recevabilité de la preuve au Royaume-Uni est décidée à l'audience pénale. Dans la phase pré-sententielle, les occasions de vérifier la licéité des actes d'enquêtes sont rares mais existent cependant. La première opportunité de vérifier la légalité de la procédure est offerte au *Crown Prosecution Service*, lorsqu'il devra décider de la suite à donner aux poursuites déjà engagées (1). La seconde possibilité est restreinte et se limite à une certaine catégorie d'infractions (2).

##### 1. Un premier examen par le CPS

**195. Le contrôle limité de l'enquête.** Le *Crown Prosecution Service* (CPS) est traditionnellement assimilé au Ministère public, institution chère aux États de la famille

---

<sup>1184</sup> Art. 235*bis* § 5 du CIC.

<sup>1185</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 593.

<sup>1186</sup> Art. 235*bis* § 6 du CIC.

<sup>1187</sup> *Ibid.*, p. 637.

romano-germanique. Pourtant, il est loin d'en posséder les attributions, notamment concernant le déclenchement des poursuites pénales, sur lequel il n'a aucun pouvoir. L'enquête est réalisée par la police<sup>1188</sup>, qui réunit les preuves nécessaires à la mise en accusation du suspect. À l'issue des investigations, qui peuvent éventuellement nécessiter l'intervention d'un juge de paix pour autoriser les actes les plus attentatoires aux libertés individuelles<sup>1189</sup>, la décision de déclencher les poursuites n'appartient pas au CPS mais à la police, qui doit estimer la décision d'engager des poursuites répressives opportune. À ce stade, la compétence du CPS se différencie clairement de celle du Ministère public : le CPS va opérer un contrôle global de l'enquête, dans l'unique but de déterminer la suite à donner aux poursuites<sup>1190</sup>. À l'issue de l'examen du dossier, le CPS pourra décider d'interrompre les poursuites<sup>1191</sup> ou de les continuer. Traditionnellement, le déclenchement des poursuites clôturait l'enquête. Le CPS n'a pas le pouvoir d'ordonner à la police d'effectuer des investigations supplémentaires, il peut seulement l'y inviter, sous peine de voir les poursuites abandonnées<sup>1192</sup>.

**196. La sanction de l'illégalité.** Dans cette phase d'appréciation de l'enquête, le CPS n'a pas le pouvoir d'exclure une preuve qu'il estime viciée par la violation d'une règle légale. Il opère cependant un contrôle de la preuve dont la sanction ne sera pas l'exclusion mais l'abandon des poursuites. En effet, *The Code for the Crown Prosecutors*<sup>1193</sup> soumet la décision de poursuivre à la vérification de deux conditions<sup>1194</sup>, la première relative à la qualité des preuves réunies par la police, la deuxième à la nécessité de continuer les poursuites pour l'intérêt public. Dans l'examen de la preuve, les « procureurs » vont étudier la force probante de la preuve, en appréciant les perspectives de condamnations mais également s'attarder sur l'éventuelle exclusion ultérieure des preuves par une juridiction. En effet, le « test de la preuve » impose au procureur d'envisager l'irrecevabilité éventuelle des preuves, en s'interrogeant sur les risques d'exclusion, notamment en raison de la façon dont la preuve a été obtenue. La fiabilité et l'intégrité de la preuve ne doivent pas pouvoir être remises en

---

<sup>1188</sup> J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, 1998, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1189</sup> C'est le cas par exemple des mandats d'arrêts, des perquisitions ou des saisies, dans les cas où l'autorisation du juge est requise. V. J. R. SPENCER, «Le système anglais», in *Procédures pénales d'Europe*, 1995, *op. cit.*, p. 143.

<sup>1190</sup> Le CPS doit s'assurer que les preuves sont suffisantes pour assurer une perspective de condamnation réaliste, S. FORSTER, *Criminal Law and Practice*, 2008, *op. cit.*, p. 338.

<sup>1191</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 149.

<sup>1192</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>1193</sup> Le *Code for the Crown Prosecutors* est un document établissant les principes généraux que les procureurs doivent suivre dans leur prise de décision. La 7<sup>ème</sup> version du Code, de janvier 2013, est disponible à l'adresse : <http://www.cps.gov.uk/publications/docs/code2013english.pdf>.

<sup>1194</sup> Ces deux étapes forment « *The Full Code Test* ».

cause<sup>1195</sup>. Ainsi, à ce stade, si aucune preuve ne peut être exclue, le procureur pourra décider de l'abandon des poursuites s'il estime que les preuves obtenues seront écartées par la suite.

## 2. Le *committal for trial*<sup>1196</sup>

**197. Le contrôle limité lors du *committal for trial*.** Si l'on ne peut classer le *committal for trial* comme une possibilité pour la défense de contester les preuves au même titre qu'une action en nullité, la défense aura dans certains cas la possibilité de demander une analyse des preuves rapportées par l'accusation et ceci avant l'audience.

Cette possibilité ne concerne que les *either way offences*<sup>1197</sup>, qui peuvent être jugées devant la *Crown Court (trial on indictment)* ou la *Magistrates' Court (summary trial)*. Face à ce type d'infraction mixte, des magistrats de la *Magistrates' Court* vont avoir la possibilité de renvoyer l'affaire devant une des deux juridictions, en fonction de la gravité de l'infraction. Avant d'être jugée devant la *Crown court*, la défense aura éventuellement l'occasion de demander un examen des preuves lors des *committal proceedings* mais les hypothèses sont très limitées. L'examen des preuves lors du *committal proceeding* est exclu lorsque l'accusé plaide coupable ou lorsque l'infraction mixte est associée à une infraction qui ne peut être jugée seulement devant la *Crown Court*<sup>1198</sup>. Il pourra éventuellement être possible dans deux cas<sup>1199</sup> :

- les magistrats ont décidé de renvoyer l'affaire pour un *summary trial* mais la défense y oppose son veto, car elle estime que le jugement d'un jury lui sera plus favorable que celui d'un magistrat<sup>1200</sup> ;
- les magistrats ont opté pour un *trial on indictment*.

Ces filtres passés, l'examen des preuves ne sera exécuté qu'à la demande de la défense : l'accusation n'a pas le pouvoir de demander l'examen des preuves. Dans la majorité des cas<sup>1201</sup>, aucun examen des preuves ne sera effectué et la Cour s'attachera à examiner quelques conditions énoncées par la loi<sup>1202</sup>. Par ailleurs, la juridiction ne va pas apprécier la

---

<sup>1195</sup> Point 4.6 du Code for the Crown Prosecutors.

<sup>1196</sup> C'est l'inculpation, ou l'ordonnance de mise en détention préventive, v. J.-D. KATZ, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2011, *op. cit.*, v° *committal for trial*.

<sup>1197</sup> Qui sont l'équivalent des délits.

<sup>1198</sup> Une unique inculpation peut être prononcée pour toutes les infractions, v. Sect. 51(11) and (12) du *Crime and Disorder Act 1998*.

<sup>1199</sup> Une 3<sup>ème</sup> exception concerne certaines infractions commises par un mineur.

<sup>1200</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 171.

<sup>1201</sup> V. [http://www.cps.gov.uk/legal/s\\_to\\_u/sending\\_indictable\\_only\\_cases\\_to\\_the\\_crown\\_court/index.html#Which\\_Cases\\_can](http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sending_indictable_only_cases_to_the_crown_court/index.html#Which_Cases_can), consulté le 25 fév. 2013.

<sup>1202</sup> Comme par exemple, le fait que l'accusé soit représenté ou non. V. Sect. 6(2) du *Magistrates' Courts Act 1980*.

recevabilité des preuves mais se prononcer sur leur capacité à justifier la saisine de la *Crown Court*<sup>1203</sup>.

Alors que pendant des siècles, cette étape de vérification des preuves était essentielle à la sauvegarde des droits de la défense, elle est aujourd'hui réduite à une peau de chagrin, compensée par un renforcement des droits fondamentaux en amont de la procédure<sup>1204</sup>. Le véritable examen de la recevabilité de la preuve a ainsi lieu à l'audience, lors de la discussion contradictoire des preuves.

**198. Conclusion du paragraphe 1.** À première vue, tout semble opposer les mécanismes de sanction de la preuve des États membres visés : alors que les systèmes de droit continental restent attachés à l'exclusion précoce de la preuve par l'intermédiaire des nullités des actes de procédure, on ne trouve pas réellement un processus équivalent au Royaume-Uni. Pourtant, il convient de minimiser l'impact de ces divergences. En effet, si les nullités de procédure sont sensées représenter un véritable rempart contre les violations des règles d'administration de la preuve, elles peuvent être demandées hors du cadre de l'instruction<sup>1205</sup> et ainsi court-circuiter la lourdeur relative à la saisine des juridictions de l'instruction. Comme l'a souligné Maître Saint-Pierre, avocat, la garantie des procédures pénales ne dépend plus du «système usé des nullités», qui a montré ses limites<sup>1206</sup> et dont la mise en œuvre est laborieuse. Ainsi, à l'image du Royaume-Uni, la véritable discussion des preuves pénales se déroule devant le juge du fond.

## § 2. L'examen de la légalité de la preuve dans la phase de jugement

**199. Le juge du fond, juge de la procédure.** Le contrôle de la bonne administration de la preuve n'est pas circonscrit à la phase pré-sententielle et empiète sur la mission du juge du fond. Avant toute appréciation de la force probante de la preuve et tout défense au fond, il incombe à celui-ci de juger la procédure, en examinant la recevabilité des éléments produits devant lui par les parties. Ce mécanisme d'appréciation de la recevabilité tardif est la

---

<sup>1203</sup> Si ce n'est pas le cas et que la personne poursuivie était détenue, la Cour pourra décider sa libération. Sect. 6(1) du *Magistrates' Courts Act 1980*.

<sup>1204</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 172.

<sup>1205</sup> S'il n'y a pas d'instruction, dans le cadre de la poursuite d'un délit par exemple.

<sup>1206</sup> F. SAINT-PIERRE, «L'avocat face au dossier de la procédure», *op. cit.*, p. 304. Il souligne également que «l'erreur de virgule ne produit guère de conséquence juridiques. Les cas de nullités textuelles prévus dans le code sont peu nombreux et se rencontrent assez rarement dans la pratique. Dans les autres cas, l'exigence d'un grief, que requiert la loi comme condition d'annulation d'un acte de poursuite ou d'instruction, métamorphose la nature même de la notion de légalité. De sacramentelles, les formalités de procédure pénale sont devenues fonctionnelles », v. F. SAINT-PIERRE, «Le véritable enjeu des contrôles juridictionnels de la légalité des procédures pénales : la "sûreté" des justiciables», *AJ Pénal*, 2005, p. 177.

procédure traditionnelle au Royaume-Uni mais tend à s'accroître en France et dans une moindre mesure en Belgique (A). Est-il alors légitime que l'appréciation de la recevabilité de la preuve soit laissée à la juridiction sensée en apprécier par la suite la force probante (B) ?

#### A. L'exclusion de la preuve par le juge du fond

Les limites du contrôle de la licéité des preuves dans la phase pré-sententielle ont pour conséquence de renforcer le rôle du juge du fond dans l'examen de la recevabilité de la preuve. En effet, si les mécanismes de purge des nullités de l'instruction français et belges préviennent toute intervention ultérieure des juges du fond, la majorité des affaires pénales ne nécessite pas de recourir au magistrat instructeur, en France<sup>1207</sup> comme en Belgique<sup>1208</sup>. Ainsi, les nullités de l'enquête seront plus fréquemment prononcées par le juge du fond (1). Cette situation présente de nombreuses similitudes avec le mécanisme de contestation de la preuve illicite au Royaume-Uni, intervenant uniquement devant le juge du fond (2).

##### 1. L'examen de la régularité par le juge du fond en France et en Belgique

**200. La purge des nullités.** La purge des nullités est sensée prévenir toute intervention du juge du fond sur la recevabilité de la preuve. En effet, la clôture de l'instruction purge les nullités qui n'avaient pas été soulevées devant la juridiction de l'instruction<sup>1209</sup>. À l'expiration du délai fixé<sup>1210</sup>, en France<sup>1211</sup> comme en Belgique<sup>1212</sup>, les parties ne sont plus recevables à soulever une quelconque nullité devant le juge du fond. Cette limite concerne tant les nullités qui ont été soulevées devant la chambre des mises en accusation mais sans succès<sup>1213</sup>, que celles qui n'auraient pas été soulevées.

---

<sup>1207</sup> Pour exemple, en 2011, sur 1 418 566 affaires « poursuivables », seulement 17548 ont nécessité le recours au magistrat instructeur, soit 10,7% de moins qu'en 2009/2010. V. Les chiffres clés de la justice 2012, p. 14, disponible sur le site du Ministère de la Justice, à l'adresse suivante :

[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/chiffres\\_cles\\_2012\\_20121108.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/chiffres_cles_2012_20121108.pdf)

<sup>1208</sup> Comme en France, l'instruction n'est obligatoire que pour les infractions les plus graves et reste à la discrétion du Ministère public pour les délits et crimes correctionnalisables. Dans les faits, moins de 5% des dossiers entrant chaque année dans les parquets belges font l'objet d'une instruction. V. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 264.

<sup>1209</sup> Art. 175 du CPP.

<sup>1210</sup> V. *supra*

<sup>1211</sup> Art. 181 al. 4 du CPP : «Lorsqu'elle est devenue définitive, l'ordonnance de mise en accusation couvre, s'il en existe, les vices de la procédure».

<sup>1212</sup> L'ordonnance de renvoi, la lecture de l'acte d'accusation ou l'ordonnance maintenant la détention préventive constituent des mécanismes de couverture à l'issue desquels aucune nullité de pourra être soulevée. V. R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, 2006, *op. cit.*, p. 518-519.

<sup>1213</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 593.

**201. La compétence du juge du fond.** Cependant, le juge du fond ne peut être totalement exclu de la question des nullités de procédure. Tout d'abord, la procédure n'est pas interrompue après la clôture de l'instruction et l'irrégularité des actes effectués postérieurement à cette clôture doit pouvoir être soulevée<sup>1214</sup>. Par ailleurs, si le recours au juge d'instruction pour la recherche des preuves est privilégié pour les affaires complexes et donc la plupart des affaires transnationales, l'absence d'instruction reste fréquente en France<sup>1215</sup>. Dans la majorité des cas, c'est la police et le Ministère public qui se chargent de recueillir l'essentiel des preuves<sup>1216</sup>, sans l'intervention d'un magistrat instructeur<sup>1217</sup>. L'absence d'instruction met en échec toute procédure de contestation devant la chambre de l'instruction et le législateur français n'a pas spécifiquement prévu la contestation des actes d'enquêtes<sup>1218</sup>. Ainsi, le contrôle de la régularité des actes de procédure tels que les actes d'enquête ou les procès-verbaux sera effectué par la juridiction du fond, le tribunal correctionnel ou le tribunal de police<sup>1219</sup>, sur la base des articles 802 et 385 du Code de procédure pénale. Les parties sont tenues de présenter leur requête en nullité avant toute défense au fond<sup>1220</sup>. En Belgique, l'information conduite sous l'autorité du procureur du Roi peut également donner lieu à des irrégularités, ce que le législateur a interdit<sup>1221</sup>. Le juge du fond ne pouvant fonder sa décision que sur des preuves régulièrement obtenues, la preuve irrégulière peut alors être exclue des débats<sup>1222</sup>.

## 2. Le juge du fond : juge de la recevabilité de la preuve au Royaume-Uni

**202. L'audience préliminaire.** En règle générale, les contestations relatives à la recevabilité de la preuve sont présentées avant que les preuves ne soient produites à l'audience devant le jury, ou que les témoins ne soient appelés<sup>1223</sup>. En effet, il est raisonnable qu'une preuve méritant d'être exclue ne soit pas débattue à l'audience et n'influence pas défavorablement le jury. Cette phase de discussion sur l'admissibilité des preuves est appelée

---

<sup>1214</sup> C'est le cas par exemple de la nullité issue du tirage au sort des jurés. V. F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1215</sup> V. *supra*.

<sup>1216</sup> G. DANJAUME, «Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale», *Recueil Dalloz*, 1996, p. 154.

<sup>1217</sup> Hormis pour autoriser certaines mesures d'investigations.

<sup>1218</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 316.

<sup>1219</sup> Art. 385 du CPP

<sup>1220</sup> F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 57.

<sup>1221</sup> Art. 28bis § 3 du CIC : «Le procureur du Roi veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés».

<sup>1222</sup> C. AMBROISE-CASTÉROT, *La procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 1152.

<sup>1223</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 195.

«*trial within a trial*» ou «*bearing of voir dire*»<sup>1224</sup>. Concernant la poursuite des infractions les plus graves devant la *Crown Court*, certaines questions comme l'admissibilité des preuves sont réglées lors d'une audience préliminaire<sup>1225</sup>. Devant les *magistrate's courts*, ces questions sont réglées également devant un juge unique, mais restent moins fréquentes que devant la *Crown Court*<sup>1226</sup>.

Néanmoins, il est possible que certaines preuves irrecevables passent au travers du premier filtre judiciaire. Le juge aura alors deux possibilités : il pourra diriger le jury en leur recommandant de ne pas tenir compte de cette preuve, ou si le vice affectant la preuve est trop grave, décider que l'affaire sera jugée devant une juridiction autrement composée<sup>1227</sup>.

**203. Le pouvoir discrétionnaire du juge du fond.** L'absence du concept de nullités dans le droit anglais fait du juge pénal l'élément déterminant de la question probatoire, disposant d'un pouvoir discrétionnaire d'exclusion de la preuve illégale ou déloyale. Ce pouvoir récent<sup>1228</sup> lui est reconnu tant par le *common law* que par la législation. Jusqu'à la décision *R v. Sang*<sup>1229</sup> de la Chambre des lords, l'exclusion de la preuve illicite n'était pas une question clairement tranchée, mis à part lorsqu'elle concernait un aveu<sup>1230</sup>. La décision de 1980 a explicitement consacré le pouvoir discrétionnaire du juge à exclure une preuve<sup>1231</sup>, bien que ce droit soit limité au seul fait que l'effet préjudiciable résultant de l'utilisation de la preuve serait plus important que la valeur probante de l'élément. La façon dont elle a été recueillie par les autorités ne concerne pas la Cour<sup>1232</sup>. Par conséquent, le juge ne peut décider de l'exclusion d'une preuve sur la base de l'illégalité ou de la déloyauté de son obtention<sup>1233</sup>.

---

<sup>1224</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 111.

<sup>1225</sup> Ces audiences peuvent revêtir plusieurs formes : le *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* prévoit les *pre-trial hearings* et pour les cas les plus complexes, les *preparatory hearings*. V. J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 177. V. également G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 288.

<sup>1226</sup> M. HANNIBAL et L. MOUNTFORD, *Criminal Litigation Handbook*, 2007, *op. cit.*, p. 256.

<sup>1227</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European criminal procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 195.

<sup>1228</sup> Le sujet était discuté par la doctrine depuis les années 1950 mais la jurisprudence a peine à imposer un principe général. V. D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *Criminal Law Review*, Oct. 2004, p. 769.

<sup>1229</sup> *R v Sang* [1980] 2 AC 402, HL.

<sup>1230</sup> D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *op. cit.*, p. 769.

<sup>1231</sup> «A trial judge in a criminal case has always a discretion to admit evidence if in his opinion its prejudicial effect outweighs its probative value».

<sup>1232</sup> «*Save with regard to admissions and confessions and generally with regard to evidence obtained from the accused after commission of the offence, he has no discretion to refuse to admit relevant admissible evidence on the ground that it was obtained by improper or unfair means.*» V. aussi : *Regina v. Loosely* [2001] UKHL 53, Opinion de Lord Nicholls of Birkenhead, pt. 9.

<sup>1233</sup> Une exception a été posée à ce principe : la preuve obtenue de l'accusé, après la commission de l'infraction (*evidence obtained from the accused after the commission of the offence*), mais aucune définition précise n'a pu être donnée par la jurisprudence ultérieure. V. A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 55.

Cette première cause d'exclusion de la preuve était largement insuffisante, ne se penchant ni sur la question de l'équité de la procédure, ni sur la provocation policière. Si elle est toujours défendue devant les juridictions répressives, elle a rapidement été complétée une deuxième cause d'exclusion discrétionnaire, dont le succès a été exponentiel<sup>1234</sup>.

La Section 78(1) du *Police and Criminal Evidence Act 1984*<sup>1235</sup> a non seulement offert à la défense une nouvelle possibilité de contester le recevabilité d'une preuve, mais elle a également partiellement renversé la jurisprudence antérieure. Le pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure une preuve est consacré par le législateur, qui ne le limite plus à l'appréciation de la valeur probante de la preuve mais aux circonstances dans lesquelles elle a été obtenue. La justification de l'exclusion renvoie désormais au respect du droit à un procès équitable : le juge peut écarter une preuve s'il estime que son admission aurait un effet négatif sur l'équité de la procédure. Ce pouvoir discrétionnaire est étendu. L'exclusion de la preuve illicite peut être requise par la défense, autant qu'elle peut résulter d'une décision spontanée du juge<sup>1236</sup>. Par ailleurs, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas limité aux aveux mais concerne tous les moyens de preuves apportées par l'accusation<sup>1237</sup>. Enfin, le juge apprécie les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue. Par conséquent, le juge peut prendre en compte toute méconnaissance des dispositions légales par la police lors de l'enquête, comme l'absence d'un mandat nécessaire à l'exécution d'une visite domiciliaire, si la preuve résultant de cette méconnaissance porte atteinte à l'équité de la procédure. Le respect des droits fondamentaux peut également faire l'objet d'un examen de la cour, comme le droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat dès la première arrestation. Pour autant que le pouvoir du juge soit large, il faut garder à l'esprit qu'il ne fait qu'une appréciation globale de l'équité de la procédure en mettant en balance non pas la gravité de l'illégalité commise par les autorités mais seulement l'effet négatif que l'utilisation de la preuve en découlant aurait sur la procédure : si l'accusation utilisait cette preuve, l'équité du procès serait compromise<sup>1238</sup>. Ainsi, l'exclusion de la preuve est circonstancielle et un même comportement pourra déboucher sur des résultats différents. Par exemple, il a été jugé que les déclarations obtenues en l'absence d'un conseiller juridique, dont l'assistance est prévue par le *PACE Act 1984*, devaient être exclues, en ce que la décision de parler était liée au fait de ne pas avoir pu consulter un avocat. Pourtant, des déclarations faites en l'absence de l'avocat ont pu être

---

<sup>1234</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>1235</sup> « In any proceedings, the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it. »

<sup>1236</sup> D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *op. cit.*, p. 767.

<sup>1237</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, p. 59.



considérées comme recevables en ce que la méconnaissance de ce droit n'avait pas affecté la décision de parler, ni l'exécution des autres droits de la défense<sup>1239</sup>.

Pour conclure, le pouvoir du juge du fond dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve est considérable. Alors que le droit anglais a longtemps été réticent à l'exclusion de la preuve illicite, le juge pénal a désormais la compétence d'exclure tout élément mettant en danger l'équité du procès. En Belgique et en France, si le juge d'instruction n'a pas encore été déchu de tous ses privilèges, l'accroissement des pouvoirs du parquet et la limitation des recours à l'instruction ont pour conséquence de rendre le juge du fond maître de l'exclusion de la preuve dans la majorité des cas. Pourtant, le juge du fond est-il le mieux placé pour déterminer la recevabilité de la preuve ?

B. Le juge pénal : quelle légitimité en tant que juge de la recevabilité de la preuve ?

L'absence d'un contrôle sévère de la recevabilité des preuves avant leur production à l'audience étend considérablement la mission du juge pénal du fond qui était traditionnellement limitée à l'appréciation de la force probante des éléments présentés par les parties et à l'arbitrage des débats. En appréciant la recevabilité de la preuve préalablement à sa force probante, le juge effectue un contrôle juridictionnel de l'enquête. Cette mission peut alors être critiquable et plusieurs arguments peuvent être avancés.

**204. Le juge pénal, un juge disciplinaire ?** Le premier risque ici est de transformer le juge pénal en juge disciplinaire des autorités en charge du recueil de la preuve. Si l'exclusion d'une preuve illicite n'est pas prononcée pour punir une autorité ou sanctionner un abus de pouvoir, elle peut être perçue comme telle en ce qu'elle résulte d'une appréciation subjective des circonstances de l'espèce affectant l'équité de la procédure. En effet, la censure répétée d'une pratique policière jugée déloyale peut marquer la désapprobation du juge pénal quant à ce procédé et donc indirectement, sanctionner le comportement des enquêteurs. Pourtant, le rôle du juge pénal n'est pas de sanctionner les erreurs ou l'ignorance des certains policiers<sup>1240</sup> via l'appréciation de la recevabilité de la preuve.

Cet argument ne semble pas assez convaincant pour remettre en cause la compétence du magistrat dans l'exclusion de la preuve. En effet, que l'une des conséquences

---

<sup>1239</sup> Respectivement, affaires : *R v. Parris*, (1988) 89 Cr App R 68, CA et *R v. Alladice*, (1988) 87 Cr App R380, CA. Exemples tirés de K. GREVLING, «Fairness and the exclusion of evidence under section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act», *Law Quarterly Review*, n°113, 1997, p. 676.

<sup>1240</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 64.

accessoires de l'exclusion de la preuve soit la mise en garde des enquêteurs contre leurs dérives n'est pas préjudiciable au système judiciaire. Au contraire, le juge ne vise qu'à améliorer l'efficacité de la répression pénale en évitant l'exclusion future des preuves illicites, résultant en une perte de temps et d'argent pour la Justice<sup>1241</sup>. Par ailleurs, il est difficile d'admettre que la motivation première du juge serait de sanctionner l'enquêteur défaillant : l'ambition d'améliorer de façon plus générale le processus répressif ne peut que prévaloir sur l'envie de punir un policier pour ses actes illicites.

**205. L'appréciation limitée de l'équité de la procédure.** Dans sa décision d'exclure ou non une preuve illicite, le juge va faire une appréciation de l'équité de la procédure. Or, cette appréciation ne laisse-t-elle pas trop de place à la subjectivité ? En effet, le choix d'exclure une preuve en ce qu'elle porterait atteinte au droit au procès équitable étant discrétionnaire, le juge apprécie la situation librement, souverainement<sup>1242</sup> et globalement. Le non-respect d'un des droits issus de l'article 6 de la Convention EDH comme le droit à ne pas participer à sa propre incrimination, ou le droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat, n'emporte pas systématiquement violation du droit au procès équitable. Le juge va prendre en considération tous les éléments à sa disposition et mettre en balance les éventuelles compensations, les incidences négatives, ou la gravité de la violation. Par exemple, si la discussion contradictoire d'une preuve compense le fait qu'elle ait été obtenue en violation du droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers moments de la procédure répressive. Or, l'équité supporte-t-elle une appréciation discrétionnaire du juge ?<sup>1243</sup> L'équité de la procédure est un principe fondamental dans tout système judiciaire et ne pourrait tolérer une interprétation trop restrictive, au risque de perdre de vue sa mission principale de protéger l'individu des abus d'un appareil judiciaire trop sévère. Ainsi, un juge intransigeant face à la délinquance pourrait décider de ne pas censurer certaines preuves constituant une violation grave des droits de la défense, s'il estime que l'équité du procès a néanmoins été préservée<sup>1244</sup>. En outre, laisser la responsabilité aux seuls juges est une source d'insécurité juridique, la défense n'ayant pas la certitude de voir une preuve illicite écartée. C'est également un facteur d'inégalité entre les justiciables, des circonstances similaires pouvant aboutir à des résultats opposés en fonction du juge. Les circonstances de l'infraction et de l'enquête étant quasiment toujours différentes, le juge peut tout à fait prendre deux décisions différentes

---

<sup>1241</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>1242</sup> M. HUNTER, «Judicial discretion: Section 78 in practice», *Criminal Law Review*, 1994, p. 562.

<sup>1243</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Paris, PUF, 2011.

<sup>1244</sup> En France par exemple, l'admission de la preuve déloyale produite par les parties privées, y compris la partie civile, est justifiée par sa discussion contradictoire à l'audience, sauvegardant le caractère équitable de la procédure. V. Chapitre suivant. Il convient cependant de rappeler que face à la sévérité flagrante d'une juridiction, le mécanisme de l'appel permet éventuellement d'obtenir une décision plus clémente.

alors que les cas semblaient similaires, tout en faisant une juste appréciation du caractère équitable de la procédure<sup>1245</sup>.

Ne serait-il pas alors plus équitable d'instaurer des règles plus précises voire plus strictes quant à l'exclusion de la preuve à travers l'appréciation du caractère équitable de la procédure ? L'entreprise ne semble d'ailleurs pas impossible et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue en est un bel exemple.

**206. Faible sécurité juridique.** Par ailleurs, on ne peut que regretter l'insécurité juridique que génère la puissance du juge pénal dans l'appréciation de la recevabilité, comme l'exemple des nullités d'ordre public en témoigne. En effet, le juge est maître de l'étendue de cette catégorie et pourra tout à fait décider de faire évoluer une jurisprudence jusqu'alors bien établie, en soumettant la nullité à la preuve d'un grief, déqualifiant ainsi la nullité d'ordre public en nullité d'ordre privé<sup>1246</sup>. Ce fut le cas par exemples des formalités entourant les saisies et perquisitions : auparavant considérées comme d'ordre public, la Cour de cassation française a estimé que la violation de ces formalités nécessitait la preuve d'un grief pour entraîner l'annulation de l'acte<sup>1247</sup>. Or, la portée des nullités d'ordre public étant définie par la jurisprudence, une certaine constance est une aide précieuse et nécessaire à la préparation de l'argumentaire de la défense, qui va fonder sa demande soit sur la preuve unique de la violation de la règle, soit devoir démontrer l'existence d'un grief issu de la violation. Ainsi, les nullités de procédure mériteraient peut-être d'être dotées d'un encadrement légal plus détaillé et mieux défini<sup>1248</sup>.

**207. Un éventuel manque d'impartialité.** Enfin, le contrôle de la régularité des actes par la juridiction d'instruction plutôt que par la juridiction de jugement est une garantie de l'impartialité de la décision rendue. L'exclusion de l'acte irrégulier avant l'examen au fond empêche le juge pénal et le jury d'être influencés dans leur appréciation des preuves par des pièces viciées<sup>1249</sup>. En effet, la distinction entre l'examen de la recevabilité de la preuve et l'intime conviction du juge est difficile à maintenir si les deux étapes sont mêlées. Lorsqu'un acte d'enquête est contesté devant le juge du fond, avant toute défense au fond, comment garantir son imperméabilité aux informations véhiculées par l'acte illicite dans la construction de son intime conviction ? Si l'examen est purement textuel, il est possible que le juge ne

---

<sup>1245</sup> D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *op. cit.*, p. 777.

<sup>1246</sup> F. FOURMENT, *Procédure pénale*, 2007, *op. cit.*, p. 54.

<sup>1247</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1354.

<sup>1248</sup> Pour un avis similaire en la matière, v. M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 572.

<sup>1249</sup> D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 629.

s'attache qu'au respect des formalités prescrites par la loi. En revanche, lorsque le juge doit déterminer s'il y a eu atteinte aux droits de la défense, il sera difficile de rester hermétique au fond, particulièrement s'il corrobore d'autres éléments à charge. Enfin, il peut être dangereux que les preuves soient exclues si tard<sup>1250</sup>, les stratégies des parties reposant éventuellement sur une preuve exclue tardivement, qui ne pourra être soumise au débat contradictoire. Par ailleurs, l'abandon des poursuites en tant que sanction de la preuve est une option plus difficile à envisager lorsque le processus judiciaire est avancé.

**208. La légitimité du juge pénal.** Si la compétence du juge pénal dans l'exclusion de la preuve, après appréciation du caractère équitable du procès, peut être débattue, il est indéniable qu'il reste l'acteur judiciaire le mieux placé pour prendre cette décision. Il est tout d'abord le gardien des libertés fondamentales des individus et doit veiller ainsi à leur protection, tout en préservant l'équilibre établi entre liberté et sécurité. À ce titre, le juge doit veiller à ce que l'accusé bénéficie d'un procès équitable, notion qui ne peut s'apprécier qu'au travers de l'examen de la procédure dans son ensemble<sup>1251</sup>, des actes d'enquête effectués, de l'exercice effectif de ses droits par la défense tout au long du processus répressif. Par conséquent, cette appréciation ne peut être faite avant l'audience et la discussion contradictoire des preuves par les parties<sup>1252</sup>.

Par ailleurs, le magistrat est une autorité en contact permanent avec la réalité criminelle. Une autorité consciente des arguments désespérés de la défense, cherchant par tous les moyens à éviter une condamnation qui semble inéluctable, en exploitant la moindre faille dans la procédure. Mais il est également une autorité lucide sur les difficultés de la réalité du «terrain», sur les abus des policiers cherchant un potentiel coupable, et tentés d'outrepasser leurs compétences au détriment des droits du suspect. Si l'utilisation d'une preuve porte irrémédiablement atteinte à l'équité de la procédure, c'est le juge et lui seul qui a la légitimité matérielle et procédurale pour l'exclure<sup>1253</sup>.

---

<sup>1250</sup> M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1995, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1251</sup> CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85, *Série A*, n° 191-A, § 35 ; CEDH, 4 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88, *Série A*, n° 275, § 38 ; CEDH, 26 sept. 1996, *Miallbe c. France* (n° 2), req. n° 18972/91, *Recueil des arrêts et des décisions*, 1996-IV, § 43 ; CEDH, 25 mars 1999, *Pelissier et Sassi c. France*, req. n° 25444/94, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-II, § 46 ; CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. n° 21363/93, *Recueil des arrêts et des décisions*, 1997-III, § 50.

<sup>1252</sup> À moins que la violation des droits de l'accusé soit si grave qu'elle vicie irrémédiablement le droit à un procès équitable dès le début de la procédure, comme c'est le cas par exemple du recours à la torture pour obtenir des aveux.

<sup>1253</sup> Dans une étude sur l'application de la Section 78 du PACE, plusieurs des juges interrogés précisaient que l'équité de la procédure était leur seule préoccupation. L'exclusion de la preuve ne peut suivre des principes préétablis ; la subjectivité, les sentiments et l'expérience sont des facteurs déterminants dans l'appréciation du caractère équitable de la procédure. V. K. GREVLING, «Fairness and the exclusion of evidence under section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act», *op. cit.*, p. 684.

Enfin, un système trop rigide priverait le juge de son pouvoir d'appréciation dans l'application de la loi pénale. Or, la réalité criminelle est telle qu'aucune situation ne permet une vérification mécanique de la légalité<sup>1254</sup>. Le risque serait alors de voir apparaître des aberrations juridiques et la mise en péril de la sécurité et de la liberté des citoyens.

**Conclusion du paragraphe 2.** L'exclusion des preuves à l'étape sententielle semble vouée à devenir la règle, et l'intervention préalable des juridictions de l'instruction, l'exception. Le désamour contemporain des régimes continentaux pour le juge d'instruction explique en grande partie l'implication de plus en plus réduite des juges de l'instruction. Ainsi, en Belgique, en France et au Royaume-Uni, la preuve peut le plus souvent être contestée devant le juge du fond, avant toute défense au fond par les parties. L'exclusion tardive d'une preuve présente l'inconvénient majeur d'étendre l'irrégularité initiale à l'ensemble de la procédure. Cependant, par une appréciation souveraine du respect du procès équitable, le juge pénal reste maître de l'exclusion des preuves et ainsi décider de la régularité de la procédure. Si cette situation participe à renforcer l'efficacité de la réponse pénale, la position défavorable de la défense face aux incertitudes juridictionnelles est cependant critiquable.

**Conclusion de la section 1.** L'exclusion de la preuve pénale devant le juge du fond et non devant les juridictions de l'instruction semble être le mécanisme privilégié concernant la contestation de la preuve recueillie dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale. En effet, la lourdeur caractéristique de la procédure d'annulation des actes d'enquête ou d'instruction semble très peu adaptée à la flexibilité et la spontanéité de la coopération judiciaire. De plus, si les juridictions de l'instruction sont aptes à vérifier la régularité de la procédure nationale, il est tout à fait envisageable qu'elles s'estiment incompétentes quant à l'examen des actes effectués par une autorité judiciaire étrangère. Ainsi, la faculté de pouvoir contester une preuve à l'audience de jugement, tant dans les États de droit continental qu'au Royaume-Uni, est sans conteste un signe positif au regard de la contestation de la preuve étrangère de manière uniforme, sans que les justiciables soient pénalisés par la rigidité de certains régimes.

**209. Conclusion du chapitre 1.** L'étude de la légalité matérielle et formelle conditionnant la recevabilité de la preuve en France, en Belgique et au Royaume-Uni mène à un constat nuancé. Alors que les différences procédurales fondamentales entre les États

---

<sup>1254</sup> J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, 2006, *op. cit.*, p. 220.

civilistes et l'État de *common law* étaient d'abord envisagées comme incompatibles, la réalité semble moins catégorique. En effet, les régimes nationaux se rejoignent régulièrement, le plus souvent sous l'exigence d'une protection accrue des droits fondamentaux. Ainsi, la préservation de l'intégrité de la preuve et la sauvegarde des droits du suspect semblent être des objectifs communs, résultant en l'irrecevabilité de la preuve obtenue au moyen de pressions, ou de techniques déloyales.

Pourtant, cette tendance convergente semble circonscrite au respect de la légalité matérielle. La comparaison des règles procédurales relatives à la recherche et à l'administration de la preuve révèle des différences certaines : les exemples des perquisitions et des écoutes téléphoniques autant que celui de l'accès au dossier d'enquête ou d'instruction démontrent que les divergences persistent. Les mécanismes de sanction de la preuve illégale ne font que conforter cette appréciation : la souplesse accordée au juge anglais<sup>1255</sup> contraste avec la lourdeur de la théorie des nullités en France et en Belgique.

Cependant, cette hétérogénéité du contrôle juridictionnel tend également à s'estomper. Les nullités de l'instruction sont mises à mal par le progressif désaveu du magistrat instructeur<sup>1256</sup>, au profit d'un Ministère public toujours plus puissant. Par ailleurs, les préoccupations matérielles des juges poussent également à une harmonisation de la recevabilité de la preuve. En effet, la désuétude des nullités textuelles au profit d'un contrôle plus noble de la substance démontre la volonté du juge de s'affranchir de la forme pour un examen au fond de la recevabilité, avec pour unique but la protection du caractère équitable de la procédure. Il convient alors d'étudier plus en profondeur l'utilisation de la preuve illégalement recueillie pour vérifier cette théorie.

---

<sup>1255</sup> M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe*, 1998, *op. cit.*, p. 524.

<sup>1256</sup> Pour un résumé du débat qu'anime la suppression ou le maintien du juge d'instruction, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 185-190.

## Chapitre 2 : La recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit national, facteur de rapprochement des régimes nationaux

**210. Vers une quasi-liberté probatoire.** L'étude de la recevabilité de la preuve a de quoi décontenancer tout esprit logique. La preuve pénale est traditionnellement libre<sup>1257</sup> : prouver une infraction peut se faire par tout moyen, et les éléments discutés devant le juge pénal sont librement appréciés par lui. Néanmoins, la protection des droits inhérents aux valeurs fondamentales que l'État démocratique défend impose l'établissement d'un cadre légal, règlementant la recherche et l'administration de la preuve pénale par la limitation des pouvoirs des autorités enquêtrices. Ces règles sont sanctionnées par la puissance publique, assurant ainsi leur respect par les mécanismes d'exclusion et de nullité. Comme nous venons de le présenter, malgré des différences majeures quant aux mécanismes de sanction prévus par les États membres, la preuve obtenue en méconnaissance de la légalité est frappée d'irrecevabilité.

Or les vingt dernières années ont été marquées par des développements prétoriens audacieux, parfois suivis de l'intervention de législateur, bouleversant la question de la recevabilité de la preuve. Alors que la légalité matérielle et la légalité formelle tempéraient le principe de la libre admissibilité de la preuve et conditionnaient sa recevabilité, leur impact est désormais affaibli, leur violation ne conduisant pas inévitablement à l'irrecevabilité de la preuve. D'une limitation de la liberté de la preuve par la légalité, le système actuel tend vers une déconsidération de la légalité pour une quasi-liberté probatoire.

**211. Justification contextuelle au niveau national.** Les raisons pouvant justifier la remise en cause des principes régulant le droit probatoire sont concrètes, fermement ancrées dans la réalité criminelle. En effet, l'objectif assigné aux autorités étatiques est de garantir l'application de la loi pénale répressive. Le crime ne supporte pas l'impunité. Les règles procédurales ne seraient qu'un moyen de parvenir à ce but et leur respect deviendrait alors secondaire face à l'intolérance grandissante de l'inaction répressive, quitte à perdre de vue l'aspiration première du pouvoir judiciaire, la protection des libertés individuelles. C'est dans cet objectif que les juridictions belges et françaises, aidées par les carences législatives, ont peu à peu cédé aux sirènes de l'efficacité répressive et abaissé leurs exigences, pour étendre

---

<sup>1257</sup> Cf. *supra*.

les possibilités dans lesquelles la preuve illicite est recevable et dont la force probante est librement appréciable par le juge du fond. Cette situation tout à fait contestable rapproche encore un peu plus les deux régimes continentaux du droit anglais, qui malgré l'introduction nouvelle de considérations relatives aux droits de la défense, a toujours été libéral quant à l'admission d'un élément probatoire illicite (Section 1).

**212. Extranéité.** À cette situation de crise du droit probatoire national s'ajoute celui de l'internationalisation du phénomène criminel et donc des poursuites répressives, amenant inévitablement l'introduction de preuves recueillies à l'étranger dans le processus judiciaire. Outre une complexification des règles procédurales, plus difficilement exploitables par la défense, la recevabilité de la preuve étrangère soulève une nouvelle problématique : dans un contexte où la preuve nationale illicite est désormais recevable, quel obstacle peut-on dresser à la libre circulation et admission de la preuve étrangère, obtenue en méconnaissance du droit national et parfois même du droit étranger (Section 2) ?

### Section 1 : Le déclin de la légalité de la preuve : un phénomène national

**213. Large tolérance de la preuve illégale.** La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas réfractaire à la recevabilité de la preuve illégale si le droit au procès équitable est préservé. Il en est de même pour la Cour pénale internationale, dont l'article 69 § 7 du statut énonce que les preuves obtenues en violation des droits de l'homme ne sont inadmissibles que « si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve », ou « si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité »<sup>1258</sup>. À l'image des instances internationale et européenne, les juridictions nationales sont parfois très tolérantes dans la recevabilité de la preuve illicite (§ 1) et fondent leur action sur des raisonnements juridiques discutables (§ 2).

---

<sup>1258</sup> Les juridictions pénales internationales ne sont pas liées par les règles de droit interne concernant l'exclusion de la preuve et « ont assez de latitude sur ce point : elles ne prévoient pas de règle fixes en matière d'exclusion de preuves considérées comme admissibles », v. G. CATALDI et G. DELLA MORTE, « La preuve devant les juridictions pénales internationales », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, A. PEDONE, 2007, p. 212.



## § 1. La recevabilité de la preuve illicite : vers une quasi-totale liberté de la preuve

Le rempart qu'offraient le principe de légalité et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve est fissuré. En cause, les positions juridictionnelles nationales, convergeant vers une sacralisation du droit au procès équitable, unique régulateur de la recevabilité de la preuve. Si ces positions libérales ne sont pas encore unanimement assumées lorsque la preuve est recueillie par les autorités judiciaires (B), les parties privées bénéficient d'un régime généreux, les exonérant du principe de loyauté, pourtant véritable moralisateur<sup>1259</sup> de la matière procédurale (A).

### A. La preuve irrégulière recueillie par les parties privées

**214. L'implication des parties privées.** Qu'elles soient habituellement impliquées comme au Royaume-Uni, ou traditionnellement exclues dans les systèmes marqués par les principes de l'inquisitoire, il est indéniable que les parties privées jouent aujourd'hui un rôle actif dans la recherche des preuves, souvent en réaction à l'inaction des autorités judiciaires.

Ne bénéficiant pas des pouvoirs coercitifs des enquêteurs, elles n'en supportent pas les contraintes. De ce fait, les règles relatives à la légalité formelle, dont les enquêteurs sont les destinataires, ne trouvent pas application<sup>1260</sup>. Par conséquent, la recevabilité de la preuve ne peut être examinée uniquement sous l'angle de la loyauté. À ce sujet, les juridictions sont réfractaires à l'irrecevabilité de la preuve déloyale, que cette exception soit commune à toutes les parties comme en Belgique et au Royaume-Uni (2) ou spécifique aux parties privées, comme en France (1).

#### 1. La recevabilité de la preuve déloyale rapportée par les parties privées en France

Fruit d'une création de la chambre criminelle dans les années 1990, la recevabilité de la preuve déloyale rapportée par les parties privées est désormais un principe stable. Initialement conférée à la défense, cette largesse de la Cour suprême s'étend désormais à toutes les parties privées (a). Cependant, cette situation ne manque pas de susciter des

---

<sup>1259</sup> E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 280.

<sup>1260</sup> L'élément de preuve produit par un particulier ne peut faire l'objet d'une annulation, car n'émanant pas d'une autorité judiciaire, il ne constitue pas un acte de procédure, v. L. ASCENCI, « Retour sur le principe de loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2012, p. 346, sous Cass. crim, 7 mars 2012.

inquiétudes, tant au regard de son étendue que des dangers qu'elle fait courir aux fondements mêmes de la procédure pénale (b).

*a. La recevabilité de la preuve déloyale : une création jurisprudentielle*

**215. Un privilège initialement conféré à la défense.** Les parties privées jouissent d'un régime favorable au regard de la production de la preuve, inhérent à leur statut. Il est admis de jurisprudence constante que les parties privées ne sont pas soumises au principe de loyauté dans la recherche des preuves comme le sont les autorités judiciaires. En effet, la Cour énonce généralement « qu'aucune disposition légale ne permet aux juridictions d'instruction d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, et qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire »<sup>1261</sup>. La preuve déloyale rapportée par la défense peut être recevable, versée au débat contradictoire et donc figurer dans le panel des éléments souverainement appréciés par le juge pénal. Cette faveur est principalement justifiée par la place désavantageuse de la défense par rapport à l'accusation dans la recherche des preuves. Les moyens limités de l'accusé mis en concurrence avec les instruments à disposition des autorités judiciaires, bien qu'elles soient soumises à l'obligation d'enquêter à charge et à décharge, ont poussé la chambre criminelle à faire de cette exception une règle jurisprudentielle. Une séparation est dès lors volontairement établie entre l'accusation, autorité publique jouissant de prérogatives et soumise à des devoirs, et la défense. L'accusation dispose de pouvoirs importants conférés par le législateur dans la recherche de la vérité. Par conséquent, les règles relatives à l'obtention des preuves et la sanction des actes de procédure s'adressent aux autorités judiciaires et non à la défense : un juge ne saurait reprocher à un particulier la violation d'une règle procédurale dont il n'est pas le destinataire<sup>1262</sup>. Si la Cour ne le soulève pas, il faut toutefois noter dans le même sens que le droit à ne pas s'auto-incriminer dont bénéficie la personne poursuivie lui offre la possibilité de garder le silence face aux enquêteurs mais également celle de ne pas dire la vérité, dans son propre intérêt. Ainsi, la loyauté ne s'impose pas à l'accusé comme à l'accusation<sup>1263</sup>.

---

<sup>1261</sup> Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* 1993, n°210 ; *Dalloz*, 1994, p. 613, note Mascala ; Cass. crim., 30 mars 1999, pourvoi n°97-83464, *Bull. crim.* 1999, n° 59 ; *Dalloz*, 2000, p. 391, note Garé ; Cass. crim., 12 juin 2003, pourvoi n°02-81122, *RSC*, 2004, p. 427, obs. Buisson ; Cass. crim., 27 jan. 2010, pourvoi n°09-83395, *Bull. crim.* 2010, n° 16 ; *Dalloz actualités* 17 mars 2010, obs. Gayet ; Cass. crim., 7 déc. 2011, pourvoi n°11-80224, inédit.

<sup>1262</sup> L. COLLET-ASKRI, « La chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... », *Recueil Dalloz*, 2003 p. 1309, à propos de l'arrêt du 11 juin 2002

<sup>1263</sup> M. HUNTER, « Judicial discretion: Section 78 in practice », *op. cit.*, p. 562.

**216. Le respect du contradictoire comme unique exigence.** Les règles posées par la Cour de cassation conditionnant la recevabilité de la preuve déloyale ou illégale peuvent aisément être qualifiées de clémentes. En effet, mise à part la condition de nécessité<sup>1264</sup> imposée pour justifier l'exécution d'un acte déloyal ou d'une infraction, la Cour ne subordonne la recevabilité qu'au seul respect du contradictoire. La libre discussion des éléments donne l'occasion aux parties de contester la preuve déloyale, les conditions de son obtention, et convaincre le juge de sa faible influence. Cette discussion est sensée blanchir la preuve illégale. Le juge sera alors libre d'apprécier l'importance et la valeur probante de la preuve selon son intime conviction.

*b. Les inquiétudes suscitées par ce déséquilibre*

**217. Une exception trop extensive.** Si cette exception ne saurait être poussée à l'extrême<sup>1265</sup>, elle est cependant très voire trop extensive. Tout d'abord, elle concerne toutes les parties privées : la personne poursuivie, la partie civile<sup>1266</sup>, les témoins<sup>1267</sup>, voire un tiers à la procédure<sup>1268</sup>. Il est alors légitime de se demander comment la nécessité de l'exercice des droits de la défense peut justifier que la partie civile, dont les intérêts rejoignent souvent ceux de l'accusation, ait la possibilité de produire une preuve déloyale. En effet, comment la victime peut-elle bénéficier de l'exception instaurée dans le but de renforcer les droits de la défense ? Par ailleurs, la Cour présente une grande tolérance quand à l'origine de la preuve : la preuve illicite mais recevable peut résulter d'une pratique déloyale, comme d'une infraction pénale. Pour un exemple de pratique déloyale, la chambre criminelle a validé la preuve résultant d'une opération de *testing* : ce procédé, mis en place par l'association SOS Racisme, consiste à présenter à l'entrée de discothèques des groupes de personnes d'origine ethnique diverses, afin de prouver une discrimination raciale dans l'autorisation ou l'interdiction d'accès à ces lieux. La preuve d'une différence de traitement résultant de cette mise en scène a été considérée comme recevable par la chambre criminelle, sous réserve du respect du

---

<sup>1264</sup> Dans une décision de 2007, la chambre criminelle a pu joindre à la nécessité la proportionnalité : la mesure déloyale ou illégale, portant atteinte au droit au respect de la vie privée, doit être « nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile », Cass. crim., 24 avr. 2007, pourvoi n° 06-88051, *Bull. crim.* 2007, n° 108, p. 507 ; *Dalloz actualités* du 6 juin 2007, note Darsonville.

<sup>1265</sup> Il semble impossible que la Cour de cassation considère comme recevable une preuve ayant été obtenue en violation de l'interdiction absolue de la torture.

<sup>1266</sup> Cass. crim., 6 avr. 1994, pourvoi n° 93-82717, *Bull. crim.*, 1994 n° 136 p. 302

<sup>1267</sup> Cass. crim., 30 mars 1999, *op. cit.*

<sup>1268</sup> Cass. crim., 1<sup>er</sup> oct. 2003, pourvoi n° 03-84142, *Bull. crim.* n° 176 ; *AJ Pénal* 2003, p. 107, note Leblois-Happe.

contradictoire. Pour un exemple d'infraction pénale, des documents volés par un ancien salarié peuvent être soumis au débat contradictoire et souverainement appréciés par le juge dans sa prise de décision<sup>1269</sup>. On ne peut que soulever le paradoxe de la situation : l'accusé, poursuivi pour une infraction pénale, est autorisé à commettre une seconde infraction pénale, pour prouver son innocence dans la première.

**218. Une exception dangereuse.** Cette indulgence des juridictions françaises concernant les preuves rapportées par les particuliers est inquiétante et ébranle les fondements de la procédure pénale à tendance inquisitoriale telle que nous la connaissons en France. La juridiction de cassation reconnaît explicitement la position défavorable de la défense en justifiant la recevabilité de la preuve illégale par la nécessité<sup>1270</sup> d'avoir recours à un acte illicite pour se défendre. Ce raisonnement semble être un aveu des limites des enquêteurs ou magistrats instructeurs, dans leur mission de recherche de la vérité. Supposés recueillir les preuves à charge et à décharge, la nécessité pour l'accusé de participer activement à la recherche des preuves pour organiser sa défense démontre la faiblesse des enquêteurs à rechercher l'innocence plutôt que la culpabilité. La faculté pour la défense de demander l'exécution d'actes d'enquête supplémentaires ne semble dès lors plus suffisante pour assurer le respect du droit à une procédure équitable. Par la réception de la preuve illicitement obtenue par une partie privée, la Cour opère une hiérarchisation des droits fondamentaux avec à son sommet les droits de la défense, supplantant les droits protégés par la législation pénale relative à l'infraction commise pour obtenir la preuve. Cette mise en balance des droits fondamentaux que le juge protège a permis à la doctrine d'en extraire une théorie « blanchissant » la preuve illégale, pour la rendre licite<sup>1271</sup>. Ainsi, la nécessité de la protection des droits de la défense résulte en la consécration d'un nouveau fait justificatif<sup>1272</sup> à l'infraction pénale. L'infraction pénale ainsi anéantie, la preuve qui en découle n'est plus illégale et est donc recevable. Pourtant, si le fait justificatif est la nécessaire protection des droits de la défense, il ne devrait pouvoir s'appliquer aux autres parties privées comme les

---

<sup>1269</sup> Cass. crim., 27 jan. 2010, *op. cit.*

<sup>1270</sup> M. DELMAS-MARTY, *Procédures pénales d'Europe*, 1998, *op. cit.*, p. 538.

<sup>1271</sup> P. CONTE, «La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?», étude n°8, *Droit pénal*, n°4, Avril 2009. : « La défense de voler cesse là où commence le vol de la défense ». V. également Y. MAYAUD, «Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale», in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 293.

<sup>1272</sup> Les faits justificatifs sont des causes objectives d'irresponsabilité pénale : les circonstances exceptionnelles justifient la commission d'une infraction et donc l'anéantit. De la disparition de l'infraction découle l'impunité pénale. Le Code pénal prévoit quatre faits justificatifs : l'ordre de la loi (art. 122-4 al. 1<sup>er</sup>), le commandement de l'autorité légitime (art 122-4 al. 2), la légitime défense (Art. 122-5 et 122-6), et l'état de nécessité (art. 122-7). V. F. DEBOVE, «Qui soustrait des preuves se soustrait à rude épreuve», *Petites affiches*, n°191, sept. 2004, p. 14 et s.

témoins<sup>1273</sup>. Par ailleurs, qu'est-ce qui est considéré comme nécessaire à la défense ? L'enregistrement de conversations téléphoniques à l'insu de la personne écoutée, le vol de données informatiques, l'extorsion de documents comptables, une vidéo suite à une filature par un enquêteur privé, sont-ils des actes absolument nécessaires à la défense pour prouver son exonération ou ne constituent-ils que des facilités ? L'appréciation souveraine des juges de cette nécessité est un signe supplémentaire de la tangibilité juridique de l'exception instaurée par la jurisprudence française.

**219. L'inégalité des parties.** Au-delà de la justification de la recevabilité de la preuve illégale, la nouvelle place conférée aux parties privées dans l'enquête suscite des inquiétudes au regard des fondements de la procédure pénale. La possibilité pour la partie privée de ramener la preuve de son innocence et ce par tous les moyens lui attribue un rôle actif, à l'image de la défense dans les procédures issues de l'accusatoire comme au Royaume-Uni. La jurisprudence reconnaît ainsi la nécessité pour la défense de participer à l'enquête et de rapporter la preuve de son innocence. La brèche ouverte par la chambre criminelle laisse présager une augmentation des enquêtes privées en marge de l'enquête officielle, lesquelles seront protégées par la situation favorable des preuves apportées par les parties privées<sup>1274</sup>. Cette situation présente un risque pour le respect de l'égalité des armes : les particuliers auront ainsi la possibilité de commettre des infractions dans le but de recueillir une preuve, sans être inquiétés, tandis que l'accusation restera limitée au strict respect des lois. Par exemple, concernant la preuve obtenue grâce au *testing*, il est envisageable que telle machination de la part des autorités enquêtrices soit considérée comme une provocation policière et donc irrecevable. Cette dérive n'est sûrement pas souhaitée par la Cour de cassation mais elle fournit cependant tous les éléments pour y parvenir.

Les juridictions répressives semblent vouloir contrebalancer la tendance actuelle de sévérité et d'efficacité de la réponse pénale, en offrant à la défense un avantage auquel les autorités judiciaires n'ont pas droit. Outre les critiques formulées à l'encontre de cette « pirouette jurisprudentielle », érigeant le principe du contradictoire en un principe salvateur, la position des juridictions françaises se distingue de celle adoptée par les juridictions belge et anglaise, qui accordent à toutes les parties les mêmes avantages.

---

<sup>1273</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 177.

<sup>1274</sup> P. CONTE, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *op. cit.*

## 2. L'indifférenciation des parties en Belgique et au Royaume-Uni

L'exception jurisprudentielle française dont bénéficient les parties privées ne se retrouve ni en Belgique (a), ni au Royaume-Uni (b). Les preuves recueillies par les parties privées ne bénéficient pas d'un traitement de faveur au nom de la place désavantageuse de la défense. Néanmoins, les règles légales d'obtention ne leur étant pas applicables, on ne peut leur en reprocher la méconnaissance.

### *a. La solution retenue par la jurisprudence belge*

**220. Le tiers dénonciateur.** Longtemps les juridictions belges ont appliqué strictement le principe d'exclusion de la preuve illicite : que la preuve illégale ou déloyale soit recueillie par des parties privées ou par des autorités étatiques, le juge pénal ne pouvait s'en servir pour fonder une condamnation<sup>1275</sup>. De 1923<sup>1276</sup> jusqu'au début des années 90, la Cour de cassation s'est montrée rigoureusement inflexible<sup>1277</sup> : les preuves sur lesquelles l'action publique est fondée devaient absolument être légalement et régulièrement<sup>1278</sup> recueillies. Devaient également être écartées les preuves subséquentes aux actes annulés, s'il est établi qu'elles n'auraient pu être recueillies sans cet acte illicite<sup>1279</sup>. Les années 90 ont été marquées par un assouplissement de la position de la Cour de cassation quant au sort des preuves recueillies par des particuliers<sup>1280</sup>, mouvement qui précéda un changement plus profond et général concernant la recevabilité de la preuve illicite. En effet, deux décisions<sup>1281</sup> ont marqué la consécration d'une exception quant à la preuve illicite, mais à la différence de la France, cette exception n'est pas justifiée par la nécessité d'exercer les droits de la défense, mais par

---

<sup>1275</sup> M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 25/2005, obs. sous Cass. 2 mars 2005, p. 1094.

<sup>1276</sup> Cass. 10 déc. 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 66.

<sup>1277</sup> M.-F. HOLLINGER, « Qui sont les ARP ? », Dossier : Investigations privées en marge de l'enquête, *AJ Pénal*, n°11, nov. 2009, p. 442.

<sup>1278</sup> Est considérée comme illégale la preuve obtenue par un acte expressément interdit par la loi, ou en méconnaissance des prescriptions légales ou réglementaires, « de nature matérielle ou procédurale, d'origine nationale ou internationale ». La preuve irrégulière est quant à elle obtenue grâce à un acte déloyal, la loyauté renvoyant aux « valeurs considérées comme essentielles à une bonne administration de la justice et qui ne sont pas formulées en tant que telles dans un texte ». V. F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, n°6182, 21 mai 2005, p. 349.

<sup>1279</sup> F. KUTY, « L'exigence de la loyauté dans la recherche de la preuve pénale », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, p. 256.

<sup>1280</sup> Cependant, il faut noter qu'en Belgique, la question de la preuve recueillie par un particulier concerne la preuve illicite transmise aux autorités judiciaires et non la preuve produite par les parties au procès pénal, comme en France.

<sup>1281</sup> Cass., 17 jan. 1990, *Pas.* 1990, I, p. 588, et Cass. 17 avr. 1991, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, p. 94 et s.

la régulière entrée en possession des preuves illicites. Cette régulière entrée en possession nécessite alors un intermédiaire, appelé le dénonciateur, entre celui qui a commis l'acte illicite pour obtenir la preuve et les autorités judiciaires, lequel ne doit pas avoir commis d'infraction ou d'acte illégal. Par cette distinction, entre le dénonciateur et le tiers impliqué dans l'infraction « probatoire », la juridiction entend fragiliser voire anéantir le lien entre le comportement illicite qui est à l'origine de l'obtention de la preuve et l'entrée en possession de la preuve par les autorités poursuivantes. Dans la première affaire, des autorités judiciaires s'étaient vues remettre la preuve par un tiers lors d'une audition<sup>1282</sup>, dans la deuxième, les autorités avaient recueillis les documents volés lors d'une perquisition. Alors que l'origine illicite de la preuve était clairement établie, la Cour de cassation a estimé que « du seul fait qu'un document a été frauduleusement soustrait à son propriétaire, il ne se déduit pas nécessairement que sa production en justice soit illégale ». Ni l'autorité chargée de la recherche, ni le dénonciateur, ne doivent avoir commis un acte punissable pour obtenir l'élément en question, ni eu recours à un moyen irrégulier<sup>1283</sup>.

**221. Prémices d'une évolution plus libérale.** Cette solution était vivement critiquée par une partie de la doctrine, selon les mêmes arguments que ceux avancés par la doctrine française<sup>1284</sup> : la dignité de la justice commande de sanctionner une infraction, et non de lui reconnaître une certaine légitimité en ce qu'elle permet d'en sanctionner une autre<sup>1285</sup>. La Cour de cassation belge s'était pourtant montrée en apparence plus modérée que la Cour de cassation française en estimant recevable la preuve indirectement obtenue par un acte illicite, alors que sa voisine admet toujours la preuve obtenue directement par un acte illégal ou déloyal<sup>1286</sup>. Cette situation n'a cependant été que temporaire. Elle n'était que l'esquisse d'un principe affirmé quelques années plus tard : la recevabilité de principe de la preuve illicite, peu importe l'auteur de l'acte illégal ou irrégulier ayant conduit à l'obtention de la preuve, et

---

<sup>1282</sup> Cass., 17 jan. 1990, *op. cit.* : un employé avait volé à son employeur un carnet contenant la preuve de ses agissements illicites dans le but de le faire chanter. Après la condamnation de l'employé pour soustraction du carnet, ce carnet a été remis aux autorités judiciaires par une autre personne, à l'occasion d'une audition.

<sup>1283</sup> Cass., 4 avr. 1994, *Pas.* 1994, I, p.1 ; Cass. (ch réunies), 23 déc. 1998, *Pas.* 1998, I, p. 1256

<sup>1284</sup> Pour autant, l'exception belge était beaucoup moins large que l'exception française, car elle envisageait l'intervention d'un tiers « vierge » entre l'acte illicite et l'entrée en possession de la preuve par la police, ce que n'impose pas la Cour de cassation française. De plus, l'exception belge présentée ici était envisagée sous l'angle de la preuve obtenue par une partie privée, alors qu'en France, elle a pu être abordée, notamment dans l'affaire HSBC (*infra*), comme une preuve obtenue par une autorité judiciaire, même si un particulier était à l'origine de l'acte illégal ou illicite.

<sup>1285</sup> Position soutenue par M. l'avocat général du JARDIN, dans ses conclusions avant Cass. 4 jan. 1994, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1994, p. 801; F. KUTY, «Le droit de la preuve à l'épreuve des juges», *op. cit.*, p. 350.

<sup>1286</sup> La juridiction belge est plus modérée en ce qu'elle établit une distance entre la commission de l'acte illicite et l'entrée en possession, représenté par le tiers vierge, « blanchissant » la procédure. Pourtant, *in fine*, dans les deux situations, le but est de tirer profit de la commission d'une infraction.

par conséquent, la fin du traitement de faveur des preuves obtenues par les particuliers. Désormais, la preuve illicite obtenue par des particuliers est recevable, selon les conditions posées par la Cour de cassation<sup>1287</sup>.

*b. Le régime anglais, favorable à la défense*

**222. Avantages de la défense.** Le droit anglais ne prévoit pas l'exclusion de principe de la preuve illicite, qu'elle soit recueillie par la police ou par la défense. Ainsi, un système très libéral s'applique aux parties, celui de la recevabilité de la preuve obtenue par des moyens illégaux ou déloyaux. La défense va cependant bénéficier du faible avantage tiré des exceptions posées par le *common law* et le *Police and Criminal Evidence Act 1984*, relatives au pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure certaines preuves. Le droit anglais reconnaît ainsi la possibilité pour le juge d'exclure les preuves qui porteraient atteinte à l'équité du procès, mais ces dispositions ne concernent que les preuves rapportées par l'accusation. En effet, la jurisprudence donne à la juridiction de jugement la faculté d'exclure la « *prosecution evidence* »<sup>1288</sup>, tandis que la Section 78 du *Police and Criminal Evidence Act 1984*<sup>1289</sup> se réfère aux preuves sur lesquelles se fonde l'accusation. Par conséquent, ces exceptions ne s'appliquent pas à la défense. Cette position est justifiée par la raison motivant l'exclusion de la preuve illicite recueillie par les autorités judiciaires : le juge peut exclure la preuve s'il estime que son utilisation pourrait affecter l'équité du procès, ce qui constitue clairement un moyen de protection de la défense face à l'accusation. Aussi, le fait de ne pas appliquer ces exceptions à l'accusé participe au respect du procès équitable, en favorisant la partie présentant le plus de difficultés à réunir les preuves nécessaires.

B. La preuve illégale recueillie par les enquêteurs

La preuve pénale sert à établir l'existence effective de la transgression de la loi par une personne. Aussi apparaîtrait-il contradictoire et illégitime de permettre aux autorités investigatrices de violer la loi, pour prouver l'existence d'une autre violation. L'interdiction de la torture ou de tout traitement inhumain ou dégradant interdit aux enquêteurs d'avoir recours à la violence pour obtenir un témoignage ou un aveu, et donc interdit de commettre

---

<sup>1287</sup> Cf. *infra*.

<sup>1288</sup> R v. Sang, *op. cit.*

<sup>1289</sup> « *In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.* ». V. également G. ATKINSON, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, 2007, *op. cit.*, p. 507.



toute infraction contre la personne interrogée. La commission d'autres infractions, comme le vol ou le recel de documents ou de données, poussée par la nécessité de trouver des éléments de preuves, n'est pas moins condamnable. Néanmoins, les juridictions nationales peinent à préserver cette intégrité, pourtant attendue de la part des gardiens des libertés fondamentales que sont les juges et si la jurisprudence française hésite à aligner le régime de la preuve illégale obtenue par les autorités judiciaires sur celui des parties privées (1), les juges belges adoptent désormais une position claire et tranchée (2), se rapprochant ainsi de la large tolérance du droit anglais (3).

### 1. Les ambiguïtés de la jurisprudence française

**223. Une situation fragile.** L'avantage conféré à la défense concernant la preuve déloyalement obtenue ne s'étend pas aux autorités enquêtrices, qui restent en principe soumises aux principes de loyauté et de légalité dans la recherche et l'administration de la preuve.

Pourtant, en 2004<sup>1290</sup>, la chambre criminelle a eu l'occasion d'apprécier la recevabilité de preuves illégalement recueillies par une autorité enquêtrice, en l'espèce l'enregistrement clandestin, effectué par un gendarme dans l'exercice de ses fonctions, de propos tenus par une personne suspecte. Trois critères ont été avancés par la Cour de cassation pour valider l'utilisation d'un tel enregistrement, dans le respect des droits de la défense : l'enregistrement a fait l'objet d'une expertise authentifiant les propos tenus, et plus généralement, celui-ci a été l'objet d'un débat contradictoire entre les parties et il ne « constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges ». Par conséquent, l'utilisation d'un tel moyen de preuve ne porte pas atteinte au respect du droit au procès équitable. Ce raisonnement semble à première vue critiquable. Le fait qu'elle ne soit pas la seule preuve présentée se heurte au principe de la libre appréciation de la preuve : la preuve illégale peut tout à fait être déterminante dans la prise de décision et établir la certitude de culpabilité dans l'esprit du magistrat ou des jurés, plutôt que simplement appuyer leur intime conviction. Par ailleurs, la libre discussion de l'enregistrement ne semble pas suffisante pour blanchir le non-respect des formes légales sans représenter un danger certain pour les libertés fondamentales qu'elles protègent<sup>1291</sup>. Si cette décision semble isolée, elle n'en témoigne pas moins de la liberté que peut s'arroger la juridiction suprême d'utiliser une preuve illégale.

Par ailleurs, on ne peut que soulever l'hypocrisie née de l'utilisation par l'accusation d'une preuve illégalement recueillie par une partie privée. En effet, si les autorités enquêtrices

---

<sup>1290</sup> Cass. crim., 13 oct. 2004, pourvoi n°00-86726, *Bull. crim.* 2004, n°243, p. 885.

<sup>1291</sup> C. DE VALKENEER, *Manuel de l'enquête pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 32.

ne peuvent violer les dispositions légales matérielles et formelles dans leur mission de recherche de la vérité, elles peuvent tout à fait bénéficier des éléments qui leur auraient été transmis par un particulier, que lui-même aurait obtenus de façon illicite<sup>1292</sup>. Cette situation peut inciter à un détournement de procédure similaire à l'affaire KBL<sup>1293</sup>, et semble transitoire avant une consécration future du principe de la recevabilité des preuves illégales comme en Belgique.

**224. Rigueur et inaccessibilité des nullités.** Enfin, l'impact de ces incertitudes est à relativiser face aux restrictions imposées par la rigidité du régime des nullités<sup>1294</sup>. En effet, la preuve illégale est irrecevable uniquement si elle a été déclarée nulle. Or il suffit de se pencher sur les obstacles s'imposant à la défense souhaitant l'annulation d'un acte pour mesurer les lacunes de ce principe. La mise en œuvre des nullités de procédure s'oppose à la multiplication des délais de forclusion, purgeant les éventuelles irrégularités, et à l'exigence de la démonstration d'un grief<sup>1295</sup> : ces difficultés, si elles ne sont pas surmontées par la défense, peuvent permettre au juge d'utiliser des preuves illégales. L'absence d'instruction, situation caractérisant la majorité des affaires répressives, conduit le juge du fond à se prononcer sur la nullité des preuves uniquement si elle est soulevée avant toute défense au fond. Lors d'une audience unique, le juge effectue une appréciation successive de la procédure et du fond, dont les éléments sont réunis dans un même dossier, et décide de la portée de l'annulation qu'il prononce. L'impact des nullités est ainsi énormément limité. Par ailleurs, la dualité établie entre la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve légitime en partie le comportement déloyal des autorités judiciaires. Par conséquent, il n'est pas excessif d'affirmer que la majorité des preuves irrégulières sont recevables et utilisées par le juge pénal français, sous réserve du respect du caractère équitable du procès, librement apprécié par lui.

Le « repêchage » des preuves illégales, soumis à des conditions posées ponctuellement par une juridiction, n'est pas isolé. Le droit belge est d'ailleurs beaucoup plus permissif quant à l'utilisation de preuves obtenues illégalement.

---

<sup>1292</sup> Cass. crim., 27 jan. 2010, pourvoi n° 09-83.395, *Bull. crim.* 2010, n° 16 ; *Recueil Dalloz* 2010, p. 656.

<sup>1293</sup> V. *infra*.

<sup>1294</sup> E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 265. : « (...) le prononcé effectif de nullités relève plus souvent du vœu non exaucé que de la pratique observable ».

<sup>1295</sup> Cette exigence est elle-même soumise à une instabilité jurisprudentielle.

## 2. La consécration de la recevabilité de la preuve illicite en Belgique

Après avoir assoupli sa position concernant le sort des preuves déloyales obtenues via un dénonciateur, les chambres néerlandophone puis francophone de la Cour de cassation ont finalement consacré le principe de la recevabilité de la preuve illégale (a). Il sera alors intéressant, à titre d'exemple, d'examiner comment cette position a été rejetée par les juridictions luxembourgeoises, s'inspirant pourtant régulièrement des développements jurisprudentiels belges (b).

### a. La consécration du principe en Belgique

**225. Recevabilité de principe.** Si l'obtention de la preuve doit se faire dans le respect des règles légales établies, mais aussi dans le respect des exigences de loyauté, et du respect de valeurs essentielles à la bonne administration de la justice, la sanction de la preuve illicite n'est plus systématiquement leur exclusion, comme ce fut la règle auparavant<sup>1296</sup>. Par la désormais célèbre décision *Antigone*<sup>1297</sup>, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence bouleversant les règles jusqu'alors bien établies, relatives à l'irrecevabilité de principe des preuves illicites. Déjà dans les années 1990, la Cour avait assoupli sa position, considérant que la preuve illicite fournie par un tiers qui n'était pas l'auteur de l'acte illégal ou déloyal ayant permis son obtention, pouvait néanmoins être recevable. La décision *Antigone*, de la section néerlandophone de la 2<sup>ème</sup> chambre, confirmée par la suite par la section francophone, vient finalement révolutionner la matière en faisant de l'exception un principe : la preuve illicite n'est plus automatiquement irrecevable, qu'elle soit obtenue par des autorités judiciaires ou des particuliers. Était en cause ici l'utilisation de preuves recueillies suite à une fouille de véhicule irrégulière par des fonctionnaires de police, dans le cadre d'une opération policière d'envergure appelée l'opération Antigone<sup>1298</sup>, preuves que le requérant contestait car viciées par leur origine illicite. Suivant les conclusions de l'avocat général De Swaef, évoquant la « nécessité sociale d'une répression efficace », la juridiction admet que la preuve obtenue grâce à un acte illégal des autorités enquêtrices, ne doit pas nécessairement être exclue des débats. La preuve illicite sera exclue par le juge seulement dans trois cas : certaines conditions de formes prescrites à peine de nullité n'ont pas été respectées, « l'irrégularité commise a

---

<sup>1296</sup> Pour un exposé de la situation belge avant la consécration du principe de la recevabilité de la preuve illégale, v. A. DE NAUW, «Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1990, p. 705 et s.

<sup>1297</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 14 avr. 2003, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, p. 617.

<sup>1298</sup> M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, p. 1099.

entaché la fiabilité de la preuve », ou « l'usage de la preuve est contraire au droit au procès équitable »<sup>1299</sup>. Par trois décisions<sup>1300</sup>, la section néerlandophone a confirmé cette prise de position, précisant que le juge avait compétence pour déterminer les conséquences de la méconnaissance d'une formalité légalement prescrite, sauf si celles-ci ont été prévues par une disposition législative ou conventionnelle.

Moins de deux ans plus tard, la section francophone de la 2<sup>ème</sup> chambre a suivi la section néerlandophone, non sans hésitation<sup>1301</sup>. Elle opère un revirement de sa jurisprudence dans une décision de 2005<sup>1302</sup>, dite *Manon*, du nom du chocolatier ayant fourni la preuve illicite. Soupçonnant une activité frauduleuse de la part d'une de ses caissières, l'employeur avait mis en place une caméra de surveillance, sans en informer ses employés. La vidéosurveillance confirma les soupçons de l'employeur<sup>1303</sup>. Après avoir d'abord considéré l'enregistrement comme une preuve illicite irrecevable, la Cour de cassation a plié face à l'insistance de la juridiction de renvoi. Ainsi, une preuve illicite est désormais recevable si « l'irrégularité commise ne compromet par le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve, et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité ». Néanmoins, la Cour va plus loin que ces trois conditions en ajoutant que le juge peut prendre en considération des critères supplémentaires pour décider de l'exclusion « notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée ».

**226. La flexibilité des conditions d'irrecevabilité.** Une synthèse de la jurisprudence permet de dégager quelques règles d'exclusion de la preuve illicite, désormais recevable par principe. La preuve illicite doit d'abord passer le « test Antigone »<sup>1304</sup> :

---

<sup>1299</sup> En l'espèce, la fouille irrégulière n'a pas porté atteinte à la fiabilité de la preuve, les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées, et l'intervention de la police ne peut « être considérée comme une infraction grave aux principes d'un procès équitable, par laquelle il a été porté atteinte consciemment et en méconnaissance grave des intérêts du prévenu, à son droit à ce que sa cause soit traitée de manière équitable ».

<sup>1300</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 23 mars 2004, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, p. 1061, obs. Schuermans ; Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 16 nov. 2004 (deux arrêts), *Revue critique de jurisprudence belge*, 2007, n° 1, p. 36

<sup>1301</sup> Dans une décision de 2004, la section francophone avait choisi de ne pas suivre la jurisprudence *Antigone* : « les règles relatives à l'administration de la preuve exigent que les preuves entachées d'illégalité ou d'irrégularité soient écartées des débats en même temps que les éléments qui en sont la suite, mais admettent que le juge se prononce sur la base d'autres éléments de preuves qui, sans être affectés d'un vice, sous soumis à la libre discussion des parties ». V. Cass., 9 juin 2004, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, n° 12, p. 1260.

<sup>1302</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch. F), 2 mars 2005, *J.T.* n°6174, 12/2005, p. 212.

<sup>1303</sup> M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, p. 1101.

<sup>1304</sup> Expression largement utilisée par la doctrine.

- la preuve ne doit pas être recueillie en violation d'une forme prescrite à peine de nullité. Ces formalités prescrites à peine de nullité sont cependant très peu nombreuses<sup>1305</sup>, on peut donner l'exemple des écoutes téléphoniques<sup>1306</sup>. Cependant, la Cour ne vise pas expressément les nullités substantielles. Ainsi, Monsieur l'avocat général Vandermeersch a soulevé qu'une limite supplémentaire devait être établie, et que la preuve illicite devait être exclue « en cas de violation des libertés et droits fondamentaux, lorsque la valeur protégée représente, dans une société démocratique, une valeur supérieure à celle de l'efficacité de la justice »<sup>1307</sup>. Certains auteurs ont vu ici le rétablissement des nullités substantielles<sup>1308</sup>, d'autres estiment plus généralement que les formalités substantielles sont des formalités prescrites à peine de nullité<sup>1309</sup>.

- L'irrégularité commise ne doit pas entacher la fiabilité de la preuve. En effet, il serait contraire à l'objectif de recherche de la vérité d'utiliser une preuve dont la force probante semble douteuse, en raison des conditions de son obtention. Par exemple, un aveu obtenu sous la contrainte policière est non seulement illicite mais peu crédible et ne peut raisonnablement servir à forger l'intime conviction du juge pénal. Pour autant, ce critère mêle l'appréciation de la recevabilité de la preuve à l'appréciation de sa force probante, alors que la première devrait logiquement précéder la seconde.

- L'usage de la preuve ne doit pas être contraire au droit à un procès équitable. L'arrêt *Manon* précise que le critère du procès équitable s'applique à l'administration mais également à l'obtention de la preuve. Ainsi, des aveux obtenus grâce à des contraintes physiques, en violation du droit à ne pas s'auto-incriminer, ou du droit à bénéficier de l'assistance d'un avocat ne sauraient être utilisés sans porter irrémédiablement atteinte au droit au procès équitable. Cependant, le droit au procès équitable étant apprécié dans son ensemble, il n'est pas exclu que la libre discussion de la preuve lors des débats ne purge une éventuelle violation, comme c'est le cas en France.

Ces critères ne représentent qu'un minimum : une preuve illicite ayant passé le « test Antigone » pourra tout à fait être exclue du débat selon d'autres critères, comme la Cour l'a énoncé dans la décision *Manon*. La Cour donne comme exemple la proportionnalité de l'illicéité permettant l'obtention de la preuve par rapport à la gravité de l'infraction commise. Il va sans dire qu'une visite domiciliaire et une perquisition illégales, bien que représentant

---

<sup>1305</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », *op. cit.*, p. 265.

<sup>1306</sup> Art. 90ter et 90quarter du CIC.

<sup>1307</sup> Conclusions de Monsieur l'avocat général Vandermeersch, précédant Cass. (2<sup>ème</sup> ch. F), 2 mars 2005, *op. cit.*

<sup>1308</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1154.

<sup>1309</sup> M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, p. 1103.

une violation du respect du droit à la vie privée, sont sans commune mesure avec le trafic d'êtres humains. Pourtant, la mise en balance de ces intérêts pourra parfois être délicate pour le juge, ce contrôle de proportionnalité étant soumis à son appréciation subjective. Un autre exemple donné par la Cour dans cette décision est le fait que l'illégalité ou l'irrégularité commise est « sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée ». Ici, l'illégalité consistait à ne pas avoir prévenu l'employée qu'un dispositif de vidéosurveillance avait été installé et dirigé vers la caisse, ce qui, d'après la Cour, ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée. À ces deux critères non exhaustifs a pu s'ajouter le caractère intentionnel ou non de l'illicéité commise<sup>1310</sup>.

Monsieur l'avocat général De Swaef, dans sa justification de la nécessité d'un assouplissement des règles concernant la recevabilité des preuves pénales illicites, a pu citer l'exemple de la France. Or, cette liberté d'appréciation de la recevabilité conférée au juge est en France cantonnée à la preuve produite par les parties privées, et ne concerne que la chambre criminelle. L'ouverture affichée par la jurisprudence belge ne trouve pas son pendant en France<sup>1311</sup>, et est fermement refusée par le Luxembourg.

#### *b. La portée limitée de la jurisprudence belge au Luxembourg*

**227. Le rejet indirect de la jurisprudence belge.** Il est courant que les juges luxembourgeois s'inspirent des jurisprudences belges ou françaises pour trancher un problème de droit. Concernant la recevabilité de la preuve irrégulière, après quelques hésitations, les juges luxembourgeois ont adopté une position stricte<sup>1312</sup>, se démarquant de la jurisprudence *Antigone*.

D'une simple mauvaise plaisanterie, organisée par un policier annonçant un attentat imminent par un appel téléphonique au Palais Grand-Ducal<sup>1313</sup>, est née une querelle entre les juridictions du fond et la Cour de cassation luxembourgeoises, marquant une prise de position tranchée en faveur de l'irrecevabilité de la preuve illégale. Le policier avait alors été poursuivi sur la base d'une vidéosurveillance, unique preuve recueillie par l'entreprise des Postes et Télécommunications, laquelle avait installé l'appareil illégalement. Alors que la Cour d'appel s'était d'abord ralliée à la jurisprudence belge par un arrêt du 11 octobre

---

<sup>1310</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 23 mars 2004, *op. cit.*

<sup>1311</sup> En tout cas, pas encore et pas à un tel degré.

<sup>1312</sup> CA Luxembourg, 28 fév. 2007, *Bull. droit et banque*, 2007, n° 40, p. 46 : « dans l'intérêt de la sécurité juridique, la rigueur juridique doit l'emporter dans le présent dossier ».

<sup>1313</sup> Intervention de A. ELVINGER, « Antigone et Manon au Luxembourg – Comparaison de la jurisprudence luxembourgeoise avec les jurisprudences belge et française en matière de légalité des preuves », lors de la conférence « Risques juridiques liés à l'exercice de l'activité bancaire transfrontière AEDBF », 10 oct. 2012, Chambre de commerce, Luxembourg.

2005<sup>1314</sup> dans une précédente affaire, les juges de première instance<sup>1315</sup> ainsi que les juges d'appel ont ici vivement rejeté la recevabilité de la preuve ainsi obtenue. La Cour d'appel considère « que le respect de la légalité dans l'administration de la preuve est fondamental pour garantir le caractère équitable du procès », la rigueur juridique devant l'emporter pour garantir la sécurité juridique. Malgré un arrêt de cassation reprenant à nouveau comme exemple la jurisprudence belge<sup>1316</sup>, la Cour d'appel de renvoi persiste et complète son raisonnement. En premier lieu, elle confirme que la preuve illégale peut être écartée si elle viole une forme prescrite à peine de nullité, si l'illégalité entache la fiabilité de la preuve, ou son utilisation porte atteinte au caractère équitable de la procédure. Puis, la juridiction d'appel précise que la production d'une preuve illicite, dans une procédure non conforme aux dispositions régissant l'action publique et l'instruction résultait en une atteinte à la légalité de la procédure, et donc à son équité, laquelle ne pouvait être réparée « au seul titre du débat contradictoire au fond »<sup>1317</sup>. En d'autres termes, la preuve obtenue illégalement viole le droit à un procès équitable et doit donc être exclue. Cette position fut suivie par la suite par les juridictions de première instance<sup>1318</sup>. La Cour d'appel luxembourgeoise énonce ainsi clairement sa position exigeante au regard des droits de la défense et du procès équitable, le principe du contradictoire ne représentant pas la fonction de blanchiment de la preuve illégale comme c'est le cas en France.

Alors qu'en France et en Belgique, le critère de l'équité procédurale est apprécié de façon à « inclure » une preuve illégale qui devrait être irrecevable, au Royaume-Uni, la violation du procès équitable est depuis peu un critère d'exclusion de la preuve illégale habituellement recevable.

---

<sup>1314</sup> E. DELOSCH, « Dans un État de droit, la fin ne justifie pas les moyens ou la loyauté de la preuve », obs. sous CA Luxembourg, 28 fév. 2007, *op. cit.* : « le juge pénal peut même prendre en considération une preuve irrégulière dès lors que les dispositions violées ne sont pas prescrites à peine de nullité, que l'irrégularité n'entache pas la fiabilité de la preuve et que l'usage de la preuve n'est pas contraire au droit à un procès équitable ».

<sup>1315</sup> Le tribunal d'arrondissement usa de mots très fort dénonçant l'évolution « ahurissante » de l'argumentation de la Cour de cassation belge et la « corruption des mentalités », le Procureur devenant lui-même un « receleur ». Ces écarts de langage furent fermement critiqués par les juges d'appel. V. A. ELVINGER, « Le triomphe du droit et des droits fondamentaux - Du contrôle de la légalité des pièces au contrôle du procès équitable - La portée juridique des décisions rendues à la suite de l'"Affaire KB" », *Bulletin Droit et Banque*, n° 48, 2011, p. 42.

<sup>1316</sup> Cass., 22 nov. 2007, n° 2474. Disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse suivante : [http://www.justice.public.lu/fr/jurisprudence/cour-cassation/penal/2007/11/2474/PENAL071122\\_2474-57.pdf](http://www.justice.public.lu/fr/jurisprudence/cour-cassation/penal/2007/11/2474/PENAL071122_2474-57.pdf)

<sup>1317</sup> A. ELVINGER, « Le triomphe du droit et des droits fondamentaux - Du contrôle de la légalité des pièces au contrôle du procès équitable - La portée juridique des décisions rendues à la suite de l'"Affaire KB" », *op. cit.*, p. 43.

<sup>1318</sup> A. GROSJEAN, « La surveillance des salariés sur le lieu du travail et les nouvelles technologies de l'information au Grand-Duché du Luxembourg », *J.T.L.*, n° 21, 5 juin 2012, p. 75.

### 3. L'atténuation de la recevabilité de principe au Royaume-Uni

**228. Liberté totale.** La liberté de la preuve a longtemps été un principe auquel le droit anglais n'imposait pas ou peu de limites. L'oralité dominant, la recevabilité des déclarations des témoins, experts, enquêteurs ou victimes est dépendante de leur discussion à l'audience. Concernant les autres preuves, la situation pouvait être résumée par la réplique du juge Crompton : « peu importe la façon dont vous l'avez obtenue, même si vous l'aviez volée, la preuve serait admissible »<sup>1319</sup>. La justification est basée sur une conception pragmatique de la preuve : sa fiabilité et sa force probante dépendent peu de leur mode d'obtention<sup>1320</sup>. Par exemple, l'enregistrement vidéo d'un vol par une caméra de surveillance prouve incontestablement la commission de l'acte.

La liberté de la preuve domine toujours la majorité des affaires pénales : le choix de l'accusé de plaider coupable anéantit tout examen relatif à l'établissement de la culpabilité, les preuves recueillies ne sont pas discutées à l'audience et de ce fait, ne sont pas contestées. Seule la détermination de la peine nécessite de prendre en compte les preuves fournies et à ce stade, toutes les preuves sont recevables, même celles qui auraient été obtenues grâce à des moyens illégaux<sup>1321</sup>. Lorsque le choix de l'accusé a été de plaider non-coupable, le juge a alors la possibilité d'exclure une preuve, bien que celle-ci ait passé le filtre des *exclusionary rules*.

**229. Interdictions légales et pouvoir discrétionnaire.** En application des dispositions européennes et internationales<sup>1322</sup>, la preuve obtenue grâce à la torture ou à des moyens inhumains ou dégradants ne peut être recevable. Les aveux obtenus sous la contrainte ou dans des conditions qui pourraient en affecter la fiabilité ne peuvent servir de preuve, à moins que l'accusation ne démontre le contraire<sup>1323</sup>. Également, une partie ne peut produire à l'audience une copie des documents qu'elle aurait subtilisés à la partie adverse<sup>1324</sup>. Hormis ces quelques exceptions, la production et l'utilisation d'une preuve illicite ne sont pas expressément interdites. Cependant, si la recevabilité de la preuve illégale n'est pas interdite,

---

<sup>1319</sup> « It matters not how you get it if you steal it even, it would be admissible in evidence » V. R. v. Leatham (1861) 8 Cox CC 498.

<sup>1320</sup> « *With real evidence, what you see is what you get* », v. R. LÖÖF, « Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence », *Criminal Law Review*, n° 1, 2011, 52.

<sup>1321</sup> Puisque la culpabilité n'est plus à prouver, l'accusation n'apporte pas de « preuves » proprement dites, mais afin de déterminer la sentence applicable, le juge peut se baser sur tous les faits rapportés devant lui, sans se soucier des règles d'exclusion et des moyens selon lesquels ces éléments ont été recueillis. V. J. R. SPENCER, « The English system », in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 163.

<sup>1322</sup> V. *supra*.

<sup>1323</sup> Sect. 76(2) du *Police and Criminal Evidence Act 1984*.

<sup>1324</sup> A. KEANE, J. GRIFFITHS et P. McKEONS, *The Modern Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 53.



deux raisons principales peuvent justifier son exclusion : son manque de fiabilité et l'atteinte qu'elle porte à l'équité de la procédure, que le juge apprécie souverainement.

Le pouvoir discrétionnaire du juge d'écarter une preuve pénale a mis du temps à s'imposer. Les juges étaient très réticents à décider de leur exclusion<sup>1325</sup>. La jurisprudence a d'abord reconnu le pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure un élément dont l'utilisation causerait un préjudice plus important que les bénéfices issus de sa valeur probante<sup>1326</sup>. Cependant, la décision prenait soin de préciser que le juge ne pouvait décider d'exclure une preuve pertinente sur la base qu'elle avait été illégalement ou déloyalement recueillie. Cette position a été vivement critiquée par la doctrine.

*Le Police and Criminal Evidence Act 1984* est venu tempérer cette position, sans toutefois revenir sur la recevabilité de principe de la preuve illicite. L'idée d'une présomption d'irrecevabilité avait pourtant été avancée lors des débats parlementaires : la preuve obtenue de manière illégale ou déloyale devrait être exclue, à moins que le juge n'en décide autrement<sup>1327</sup>. Le but ici était de renforcer l'effet dissuasif du *PACE Act 1984* à l'égard de la police. Cette proposition n'a pas été retenue mais le pouvoir discrétionnaire du juge pénal est désormais lié à la notion de procès équitable et non plus seulement à la force probante de la preuve.

**230. Équité procédurale et fiabilité.** Comme nous l'avons déjà évoqué<sup>1328</sup>, la preuve obtenue grâce un moyen illégal ou déloyal peut être exclue sur décision discrétionnaire du juge, mais seulement s'il estime que son admission aurait un effet négatif sur l'équité de la procédure<sup>1329</sup>. Cette nouvelle base légale a donné lieu à une jurisprudence fournie<sup>1330</sup>, la combinaison des facteurs d'appréciation étant très étendue. En effet, tous les moyens de preuve peuvent potentiellement être concernés par la décision discrétionnaire du juge, la Section 78 du *PACE Act* ne visant aucun moyen de preuve particulier comme les aveux, ni certaines méthodes d'enquête. Par ailleurs, l'illicéité à l'origine de l'obtention de la preuve peut recouvrir plusieurs aspects comme la mauvaise foi de la police, ou la méconnaissance de dispositions légales<sup>1331</sup>. Enfin, l'appréciation du caractère équitable de la procédure est nécessairement subjective, il est difficile d'établir des critères précis exhaustifs

---

<sup>1325</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1326</sup> R. v. Sang, *op. cit.*

<sup>1327</sup> D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *op. cit.*, p. 772.

<sup>1328</sup> Cf. § n° 203.

<sup>1329</sup> « *The admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it* », Sect. 78(1) du *PACE Act*.

<sup>1330</sup> D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *op. cit.*, p. 774.

<sup>1331</sup> R. STONE, «Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and principles», *Web Journal of Current Legal Issues*, n°3, 1995.

déterminant l'exclusion de la preuve. Cependant, la doctrine a pu dégager plusieurs idées directrices suivies par les juridictions répressives dans leur évaluation discrétionnaire de l'équité.

La fiabilité de la preuve tient une place prépondérante dans cette évaluation, ainsi que la capacité de la défense à tester cette fiabilité. La preuve peut être remise en cause tant par l'attitude déloyale des policiers poussant à la commission d'une infraction, que par la violation d'une disposition légale comme la Section 58 du *PACE Code of practice*, prévoyant l'assistance d'un avocat<sup>1332</sup>. En revanche, il sera plus difficile de contester une analyse ADN, la preuve scientifique étant réputée comme extrêmement fiable, même si le prélèvement effectué résulte d'une action illégale de la police. À côté de la fiabilité de la preuve, le caractère volontaire ou non de l'acte illicite ayant permis l'obtention de la preuve est fréquemment pris en compte par les juridictions. L'erreur du policier de bonne foi ne sera pas aisément sanctionnée par l'exclusion de la preuve, mais il sera difficile pour la Cour de valider une preuve après la violation délibérée des dispositions légales<sup>1333</sup>. C'est également un moyen indirect pour la juridiction de montrer aux autorités enquêtrices l'intérêt de respecter le droit établi en les avertissant des conséquences de leur comportement<sup>1334</sup>. Enfin, l'exclusion de la preuve peut être prononcée pour protéger la défense et la replacer dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'y avait pas eu de violation, et plus généralement, pour préserver la bonne administration de la justice des dérives portant atteinte à son intégrité<sup>1335</sup>.

**231. Conclusion du paragraphe 1.** La position ainsi exposée du Royaume-Uni, selon laquelle tous les moyens de preuves discutés à l'audience peuvent fonder une condamnation, se rapproche de la position belge sur la recevabilité de la preuve illégale, mais également de celle adoptée par les juridictions françaises au regard des preuves rapportées par les parties privées : la recevabilité des preuves illicites est le principe, leur exclusion l'exception. Pourtant, les raisons de ce renversement des principes sont contestables, de même que les moyens avancés pour légitimer juridiquement l'admission de la preuve illicite.

## § 2. La justification délicate de la recevabilité de la preuve illicite

La recevabilité de la preuve illicite est désormais un principe prétorien, sinon législatif, auquel le seul respect du droit au procès équitable semble apporter de véritables

---

<sup>1332</sup> D. ORMEROD, «The evolution of the discretionary exclusion of evidence», *op. cit.*, p. 780.

<sup>1333</sup> *Ibid.*, p. 781.

<sup>1334</sup> I. DENNIS, *The Law of Evidence*, 2010, *op. cit.*, p. 317.

<sup>1335</sup> *Ibid.*, p. 317-318.

limites. Si cette démarche est discutable et d'une certaine façon, porte atteinte à l'intégrité de la justice, elle trouve son origine dans l'évolution de la société, pour laquelle la recherche de la vérité et la répression effective et efficace des infractions priment sur le respect de la légalité matérielle et formelle (A). Pour parvenir à ces buts, divers mécanismes ont été développés pour artificiellement justifier et légitimer la recevabilité de la preuve (B).

#### A. Les raisons de la recevabilité de la preuve illégale.

L'image qu'offre aujourd'hui un système répressif incapable de condamner l'auteur d'une infraction est celle d'un système défaillant. C'est dans ce postulat que résident les raisons de la survie de la preuve illicite. La réponse pénale doit être effective, elle ne saurait être abandonnée pour un motif procédural sous peine de mettre en danger la protection de la société (1). Pour ce faire, l'enquête pénale doit nécessairement être efficace et ne peut être freinée par l'exclusion d'un élément clé, fut-il illégal, affectant démesurément le bon déroulement des investigations (2). Par ailleurs, l'établissement de la vérité constitue le but de toute procédure pénale et l'impunité de l'auteur d'une infraction malgré la présence de preuves matérielles fiables mais irrecevables est apparemment contraire à ce but (3).

##### 1. L'effectivité de la réponse pénale

**232. La protection effective de la société.** L'évolution récente du sort de la preuve irrégulière est révélatrice des turbulences que la procédure pénale traverse. Alors qu'enfin, les droits de la défense parviennent tardivement et difficilement à trouver leur place tout au long du processus répressif<sup>1336</sup>, la protection des intérêts de la société ne semble accessible qu'au travers d'une répression effective, laquelle doit être obtenue par tous moyens, parfois au prix du respect de la légalité de la preuve. En effet, dans le but de poursuivre effectivement certaines infractions, la recevabilité de la preuve illégale apparaît comme nécessaire et relève dès lors d'une démarche « utilitariste »<sup>1337</sup>.

Refuser l'exclusion d'un élément, parfois fiable et accablant, traduit également la volonté de préserver l'efficacité et l'image de l'appareil répressif, en montrant que commettre une infraction ne restera pas sans conséquence<sup>1338</sup>. En effet, « l'ineffectivité du droit est un

---

<sup>1336</sup> E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 263.

<sup>1337</sup> M. VAN DE KERCHOVE, «La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?», *op. cit.*, p. 99.

<sup>1338</sup> E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 271.

facteur de trouble social : quelle légitimité pour un pouvoir qui énonce des règles qu'il est incapable de faire respecter ? »<sup>1339</sup> Pourtant, ce raisonnement mène inévitablement à une impasse : pour faire respecter le droit, le juge est dans l'obligation de le violer. Ainsi, si l'utilisation de la preuve illégale préserve l'image de la justice pénale à court terme en offrant une protection accrue de la société, elle cache une décision arbitraire grâce à laquelle le juge se soustrait à l'application de la loi.

**233. L'intervention des personnes privées pour assurer la protection de la société.** Dans le même temps, la nécessité d'apporter une réponse pénale à tout comportement déviant est alimentée par un phénomène de pénétration des citoyens non-initiés, mais néanmoins justiciables, dans la complexité de la sphère juridique, phénomène probablement exacerbé par la communication massive entourant certaines affaires pénales. Ainsi, l'exclusion d'une preuve illégale, bien qu'elle soit parfaitement justifiable juridiquement, est une décision incomprise par la société, réclamant une application sélective de la loi pénale punitive et non de la loi pénale relative à la procédure. L'abandon des poursuites ou la requalification plus clémentine des faits suite à l'exclusion d'une preuve illégale peuvent être perçus comme une défaillance du législateur, incapable d'établir des règles procédurales que les techniciens du droit tels que les avocats de la défense peuvent exploiter dans l'intérêt unique d'éviter toute sanction à leur client. La survie de la preuve illégale est donc un moyen de satisfaire les intérêts des citoyens composant la société.

Une place de plus en plus importante a également été accordée à la victime et plus généralement aux parties privées dans le procès pénal. Ainsi, bénéficiant du statut de partie civile au procès pénal, elles tendent à jouer un rôle actif dans la recherche et la production des preuves à l'audience, en suppléant des autorités judiciaires parfois défaillantes<sup>1340</sup>. En effet, la profusion de limites légales imposées aux enquêteurs, parfois incompatibles avec le rejet de l'impunité qui caractérise la procédure répressive contemporaine, peut inciter à une plus large implication des parties privées dans la matière probatoire. Or, en l'absence des normes spécifiques régulant leur intervention, celles-ci se voient parfois dotées d'une quasi-totale liberté d'action dans la recherche de la preuve de l'infraction, conduisant à la consécration de la recevabilité de la preuve déloyale rapportées par les parties privées.

---

<sup>1339</sup> L. COLLET-ASKRI, sous Cass. crim. 11 juin 2002, *op. cit.*

<sup>1340</sup> E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 275.

## 2. L'efficacité de l'enquête

**234. Une erreur humaine excusable.** La survie de la preuve pénale malgré son irrégularité est le moyen de préserver le travail accompli par les enquêteurs et les autres actes d'investigation ayant été régulièrement effectués. Il est en effet sévère de pénaliser toute une enquête pour une erreur de l'autorité judiciaire. Dans les conclusions précédant la décision *Antigone*, Monsieur l'avocat général De Swaerf admet qu'un fonctionnaire de police, dans sa mission d'enquête, puisse commettre des erreurs de bonne foi, mal apprécier les faits ou le droit<sup>1341</sup>. Le risque d'erreur est d'autant plus fort que la loi est complexe, le législateur instable et le culte de la performance et des résultats chiffrés ancré dans le discours politique. Ces tendances se répercutent sur le quotidien des professionnels<sup>1342</sup>. Par conséquent, invalider toute une procédure sur la base d'une erreur humaine ayant engendré un vice de procédure, est une issue discutable<sup>1343</sup> au regard de l'efficacité de l'enquête, mais également de l'effectivité de la réponse pénale.

**235. La sauvegarde de l'enquête en cours.** Constituant un risque d'atteinte au bon déroulement de l'enquête, l'exclusion d'un acte illégal soulève plusieurs difficultés. La première relative à la cohérence du dossier pénal en formation : amputé de quelques documents voire de quelques lignes, la compréhension et l'exploitation des actes subséquents indirectement liés peut devenir délicate, tant pour la défense que pour l'accusation, poussées à émettre des hypothèses et des suppositions autour d'un élément qu'elles ne peuvent en aucun cas utiliser. L'annulation d'un acte peut également être perçu comme un désaveu par les enquêteurs, entravant le dynamisme des investigations : le découragement ressenti suite à l'inexploitation des fruits de leur travail risque d'affaiblir l'enquête ou l'instruction. Enfin, dans l'hypothèse où un acte est « remplaçable », les autorités judiciaires ont la possibilité d'effectuer à nouveau le même acte en suivant les dispositions légales : cette réitération engendre un coût et un retard, inutiles si le nouvel acte conduit exactement aux mêmes résultats que l'acte annulé.

---

<sup>1341</sup> Conclusions de M. l'avocat général DE SWAEF, précédant Cass. 14 oct. 2003, *op. cit.*

<sup>1342</sup> Néanmoins, certaines études ont montré que les policiers soumis à des mesures de performances conservent une marge de manœuvre importante dans l'exécution de leur métier. V. A. PURENNE et J. AUST, « Piloter la police par les indicateurs ? Effets et limites des instruments de mesure des performances », *Déviante et société*, vol. 34, n° 1, 2010, p. 24.

<sup>1343</sup> Madame le Professeur Mascala souligne que la recevabilité de la preuve déloyale présente l'avantage considérable de permettre d'aller au terme de l'audience sans s'abriter derrière un prétendu vice de procédure. V. C. MASCALA, « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », note sous Cass. crim., 15 juin 1993, *op. cit.*

Pour conclure, il convient de ne pas perdre de vue que l'enquête tend vers la découverte de la vérité. Les résultats concrets des mesures d'enquêtes illégales sont parfois si utiles à l'enquête et à la manifestation de la vérité que les exclure paraît inconcevable pour les autorités juridictionnelles<sup>1344</sup>.

### 3. L'obsession de la vérité matérielle

Supplantant la mise en balance d'intérêts opposés animant le processus répressif, la découverte de la vérité semble désormais s'imposer non plus uniquement comme la finalité essentielle<sup>1345</sup> effectivement recherchée lors du procès pénal, mais comme nouveau<sup>1346</sup> moyen de régulation de la matière probatoire.

**236. L'opposition vérité matérielle/vérité judiciaire.** La « vérité » revêt plusieurs facettes : la vérité matérielle, relative aux données factuelles, scientifiques, et concrètes concernant l'infraction, rejoignant parfois l'établissement de la vérité judiciaire, consacrée par le prononcé d'une décision juridictionnelle, au terme d'une argumentation contradictoire précédant l'interprétation des preuves avancées<sup>1347</sup>. Or, la vérité matérielle ne correspond pas forcément à la vérité judiciaire : la recherche de preuves, permettant une reconstitution des faits et de l'implication des personnes poursuivies, répond à certaines exigences posées par le législateur, soucieux de prévenir l'arbitraire des autorités enquêtrices<sup>1348</sup>. Par ailleurs, l'appréciation de ces éléments légalement recueillis, pour autant qu'elle intervienne au cours d'un rituel judiciaire encadré par des règles relatives à la production de ces éléments, est nécessairement subjective : le juge décide selon son intime conviction et l'issue choisie correspondra aux arguments dont la force de conviction a été la plus forte. La consécration de cette vérité judiciaire est donc à la fois objective, dépendante du bon déroulement des investigations et du respect de règles légales, et subjective, soumise à la libre appréciation du

---

<sup>1344</sup> J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1345</sup> H. BEKAERT, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, 1972, *op. cit.*, p. 10.

<sup>1346</sup> Traditionnellement, l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité est un principe justifiant la liberté de la preuve, principe tempéré par la légalité dans l'administration de la preuve, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 1979, *op. cit.*, p. 161. Or ici, ce critère est envisagé comme exonérant l'irrecevabilité de la preuve illégale.

<sup>1347</sup> « La vérité ainsi produite, cependant, résulte d'un choix entre des versions des faits, des qualifications juridiques, des interprétations et des conclusions potentielles qui, bien que souvent opposées, pouvaient être les unes et les autres rationnellement 'défendables', v. M. VAN DE KERCHOVE, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité », *op. cit.*, p. 96.

<sup>1348</sup> « Le respect de la dignité, les droits de la défense, la loyauté de la preuve limitent, voire interdisent, la recherche de la vérité », v. Y. MULLER, « L'idéal de vérité dans le procès pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, 2012, *op. cit.*, p. 538.

juge pénal. Ces deux critères constituent d'éventuels facteurs d'éloignement de la vérité matérielle, au profit d'une vérité judiciaire respectueuse de la légalité.

**237. L'assimilation de la vérité judiciaire à la vérité matérielle.** Pourtant, la distance entre la vérité matérielle et la vérité judiciaire est difficilement tolérée dans la société actuelle « où on refuse le risque, où on refuse toute erreur, où on refuse certaines fatalités »<sup>1349</sup>. La vérité prononcée par le juge n'entend plus laisser de place à la subjectivité, elle doit être scientifique, concrète et infaillible<sup>1350</sup>. Les conséquences de cette évolution sur la recevabilité de la preuve sont doubles, consistant d'une part en l'élargissement<sup>1351</sup> des modes de preuves admissibles<sup>1352</sup>, et d'autre part, en la minimisation des débordements du cadre légal de l'obtention de la preuve. En effet, si l'on considère que l'objectif de la procédure pénale est la manifestation de la vérité « substantielle »<sup>1353</sup>, la seule justification de l'exclusion d'une preuve est qu'elle ne participe pas à l'établissement de la vérité, sans considération relative à son mode d'obtention<sup>1354</sup>. Cette démarche, poussant à l'assimilation de la vérité judiciaire à la vérité matérielle, présente inévitablement un risque pour les droits fondamentaux des individus, et particulièrement ceux de la défense, parallèlement à « l'érosion d'un modèle procédural qui avait progressivement conquis ses lettres de noblesse »<sup>1355</sup>.

## B. Les mécanismes justifiant la recevabilité de la preuve illicite

L'absence de consensus sur les règles d'exclusion de la preuve illégalement obtenue ne constitue pas un obstacle à une catégorisation des mécanismes « d'inclusion » de la preuve

---

<sup>1349</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, «Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité», *AJ Pénal*, vol. 7-8, 2005, p. 261.

<sup>1350</sup> Cependant la preuve scientifique n'est pas infaillible, comme le soulève Monsieur le Professeur Mehdi : « On se prête irrationnellement à reconnaître à la science une transcendance : la science ne mentirait pas, la science serait porteuse d'un absolu. Cette image est pourtant battue en brèche de longue date tant les vérités scientifiques sont elles-mêmes toutes relatives », R. MEHDI et S. MALJEAN-DUBOIS, «Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l'épreuve ? Conclusions», in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 333.

<sup>1351</sup> C. AMBROISE-CASTEROT, «Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité», *op. cit.*

<sup>1352</sup> Les dernières décennies ont vu la consécration de nouveaux moyens de preuves scientifiques comme l'analyse de prélèvements corporels, les écoutes des télécommunications, les enregistrements de vidéosurveillance ou encore les données numériques. Cf. § n° 123 et s.

<sup>1353</sup> M. VAN DE KERCHOVE, «La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?», *op. cit.*, p. 99.

<sup>1354</sup> Ce raisonnement a longtemps été celui suivi par les juridictions anglaises : la fiabilité et la force probante de la preuve primant sur son mode d'obtention, fut-il illégal. V. *supra*.

<sup>1355</sup> M. VAN DE KERCHOVE, «La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ?», *op. cit.*, p. 99.

illicite. En effet, quatre critères<sup>1356</sup> sont inégalement exploités par les juges répressifs pour légitimer l'admission d'un élément théoriquement irrecevable. Le respect du droit au procès équitable, et plus particulièrement du principe du contradictoire, est un critère unanimement avancé par la jurisprudence pour démontrer que l'utilisation de l'élément litigieux ne vicie aucunement la procédure et est donc acceptable (1). Complémentairement, l'application restrictive de la théorie des fruits de l'arbre empoisonné, minimisant les conséquences de l'illégalité (2), la sacralisation de la liberté d'appréciation du juge pénal (3) et la modulation de l'application du principe de proportionnalité (4) sont autant d'arguments ayant pu justifier un affaiblissement du respect de la légalité de la preuve.

### 1. Le respect du droit au procès équitable

La sauvegarde de l'équité de la procédure est devenue la seule exigence absolument incontournable relative à la recevabilité de la preuve illicite. Appréciée globalement, l'objectif d'équité constitue une valeur supérieure, dont la préservation n'est pas incompatible avec la violation des règles procédurales (a), tant que les preuves recueillies irrégulièrement sont discutées contradictoirement par les parties (b).

#### *a. Par une appréciation globale du critère de l'équité*

**238. La « sanctification » du caractère équitable de la procédure.** Outre l'organisation et l'encadrement des autorités judiciaires dans un État démocratique, les règles relatives à la recherche et à l'administration de la preuve ont pour dessein de garantir le respect du caractère équitable de la procédure. Pourtant, le respect strict de ces règles n'est pas l'unique moyen de parvenir à ce but. Les spécificités procédurales nationales montrent en effet que divers moyens parfois éloignés permettent d'offrir une procédure équitable aux justiciables. Par conséquent, si le but de l'équité est satisfait, il importe peu de revenir sur l'examen du respect des moyens légaux. C'est le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme pour admettre l'utilisation de la preuve illégale.

La Cour de Strasbourg s'est indirectement prononcée à plusieurs reprises sur la recevabilité de la preuve<sup>1357</sup>, sous couvert de l'appréciation du respect de l'article 6, mais

---

<sup>1356</sup> Ces critères ne sont pas exhaustifs.

<sup>1357</sup> Pour un exemple récent, v. CEDH, 26 juin 2012, *Gaitanaru c. Roumanie*, req. n° 26082/05, § 28 : « La Cour rappelle également que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne, que c'est en principe aux juridictions nationales qu'il revient d'apprécier les éléments recueillis par elles, et que la mission confiée à la Cour par la Convention consiste à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable ».



laissant aux législateurs nationaux le soin d'édicter les règles relatives à « l'admissibilité de la preuve »<sup>1358</sup>. La Cour estime que l'utilisation de la preuve illégalement obtenue ne vicie pas automatiquement l'équité de la procédure. Dans l'affaire *Schenk c. Suisse*, la Cour de Strasbourg a déclaré qu'elle ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale<sup>1359</sup>, en l'espèce, l'enregistrement d'une conversation téléphonique par une partie privée remis par la suite aux autorités policières. S'en tenant à une ligne constante, la Cour privilégie le respect du droit au procès équitable dans son ensemble.

**239. Les insuffisances de l'argument.** Cette position est pourtant contestable<sup>1360</sup>. Une procédure équitable nécessite le respect des règles formelles régissant la recherche et l'administration de la preuve, règles elles-mêmes édictées afin d'assurer le respect des droits fondamentaux des individus face aux pouvoirs des autorités répressives. Le maintien de cet équilibre serait alors assuré par une mise en balance des atteintes nécessaires aux droits fondamentaux par les autorités judiciaires et encadrées par le législateurs, et du respect de certains droits comme les droits de la défense, ou la protection de la vie privée. On peut alors supposer qu'une atteinte non nécessaire et non prévue par le législateur comme dans le cas des écoutes téléphoniques illégales pourrait être contrebalancée par le renforcement du respect d'un autre droit, comme le respect du contradictoire.

Toutefois, cette représentation ne semble pas satisfaisante au vu de la gravité des atteintes et l'impossibilité de les compenser. La sauvegarde de l'équilibre ne répond pas à un rééquilibrage de la balance mais au respect d'un cercle vertueux : l'efficacité de la répression passe inévitablement par le respect des droits fondamentaux dans un État démocratique, lequel respect peut effectivement être assuré par des normes formelles règlementant l'obtention de la preuve. Le respect de ces règles par les autorités judiciaires justifie l'utilisation des preuves lors d'un procès pénal, et ainsi participe à l'efficacité de la répression pénale. Recevoir et utiliser une preuve illégalement obtenue briserait cette harmonie et aucune solution autre que l'exclusion de cette preuve viciée ne pourrait parvenir à la sauvegarde de ce cercle vertueux.

---

<sup>1358</sup> La jurisprudence de la Cour EDH à l'égard de la recevabilité de la preuve sera étudiée plus en profondeur dans les § n° 433 et s.

<sup>1359</sup> CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, *Série A*, n°147, § 46.

<sup>1360</sup> Dans l'affaire *Schenk*, plusieurs juges ont d'ailleurs prononcé leur désaccord quant au raisonnement de la Cour car « le respect de la légalité dans l'administration des preuves n'est pas une exigence abstraite ou formaliste. Au contraire, nous estimons qu'il est d'une importance capitale pour le caractère équitable d'un procès pénal. ». V. l'opinion dissidente commune aux juges Pettiti, Spielmann, De Meyer et Carillo Salcedo.

**240. La libre discussion comme critère salvateur.** Le débat contradictoire de la preuve est peu à peu devenu une exigence commune, indispensable au respect du droit au procès équitable et par la même occasion, principe salvateur de la preuve irrégulière. En effet, la libre discussion des preuves à l'audience pourrait servir de contrepoids à leur illégalité, en offrant une chance à la partie adverse de les contester, de mettre en avant leurs faiblesses, les conditions ambiguës dans lesquelles elles ont été recueillies et par conséquent, affaiblir leur force probante. Certains auteurs<sup>1361</sup> considèrent que le respect du contradictoire garantit la protection des droits de la défense dans leur ensemble, l'origine de la preuve n'ayant aucune influence. La recevabilité de la preuve illicite ne serait alors qu'une application stricte de la loi pénale, celle-ci énonçant le principe de la libre appréciation de la preuve contradictoirement discutée<sup>1362</sup>. Par exemple, en Belgique, le principe a été mis en avant pour justifier la recevabilité de la preuve recueillie suite à une perquisition illégale : les indices matériels de culpabilité ont été soumis à la contradiction du demandeur, et par conséquent, leur utilisation n'a pas été considérée comme contraire au droit au procès équitable considéré dans son ensemble<sup>1363</sup>. C'est également la position de la chambre criminelle française, la discussion contradictoire purgeant l'origine illicite de la preuve<sup>1364</sup>.

**241. Insuffisance du critère.** Le critère du contradictoire semble pourtant insuffisant à plusieurs niveaux. Tout d'abord, ce serait dénaturer le principe même du contradictoire que de lui attribuer une fonction purificatrice de dernier recours : le principe du contradictoire donne la chance à chaque partie de s'exprimer, donner ses arguments et réfuter ceux de son adversaire. Dénoncer le caractère illégal d'une preuve au cours de cette discussion ne le fait pas disparaître<sup>1365</sup>, mais le rend au contraire bien visible. La conséquence attendue de cette mise en évidence de l'irrégularité devrait être l'exclusion de la preuve, et non sa purge. Le principe du contradictoire ne peut compenser la déloyauté ni l'illégalité, portant trop gravement atteinte à la morale<sup>1366</sup>. Il n'est pas non plus la seule garantie du respect des droits

---

<sup>1361</sup> C. MASCALA, « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », *op. cit.*

<sup>1362</sup> Art. 427 du CPP. : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. »

<sup>1363</sup> Conclusions de Monsieur l'avocat général Duinlaeger, Cass., 16 nov. 2004, *op. cit.*

<sup>1364</sup> T. GARÉ, « L'admission de la preuve illégale : la Chambre criminelle persiste et signe », note sous Cass. crim., 30 mars 1999, *op. cit.*

<sup>1365</sup> *Ibid.*

<sup>1366</sup> C'est d'ailleurs un des arguments retenus par la Cour d'appel luxembourgeoise, dans sa décision du 26 fév. 2008, pour justifier l'irrecevabilité de la preuve illégale.

de la défense : obliger un suspect à parler est une violation du droit au silence, et la discussion de ces déclarations à l'audience selon le principe du contradictoire ne peut effacer cette violation.

Par ailleurs, brandir le respect du contradictoire pour purger l'irrégularité de la preuve a été jugé comme incohérent au regard de la chronologie juridictionnelle<sup>1367</sup>. En effet, la question de la recevabilité de la preuve doit être réglée avant d'envisager une discussion contradictoire et non remplacer un tel examen. La discussion contradictoire doit normalement porter sur la force probante des preuves recevables et non sur leur recevabilité<sup>1368</sup>, celle-ci devant être déterminée a priori<sup>1369</sup>, avant toute défense au fond.

Enfin, retenir le principe du contradictoire comme critère salvateur de la preuve irrégulière se fait au prix du sacrifice d'autres droits et donc d'une hiérarchisation des valeurs protégées par les États. Le droit à la protection de la vie privée est continuellement mis en danger par des techniques probatoires nouvelles, perfectionnées et particulièrement intrusives. La Cour européenne des droits de l'homme a posé des conditions précises justifiant les atteintes à l'article 8 lors d'une procédure répressive : ces atteintes doivent être justifiées et nécessaires ainsi que prévues par la loi<sup>1370</sup>. Or, une preuve recueillie en violation de ces prescriptions serait recevable si discutée contradictoirement. Quel serait alors l'intérêt d'imposer un encadrement légal, si sa violation n'entraînait pas l'exclusion des preuves subséquentes ?<sup>1371</sup>

## 2. Une application restrictive de la théorie des fruits de l'arbre empoisonné

**242. Une théorie doctrinale.** La doctrine américaine des « fruits of the poisonous tree », si elle n'est pas exprimée en tant que telle, trouve application dans les droits continentaux. Selon cette théorie doctrinale, « solidement ancrée dans la tradition judiciaire américaine »<sup>1372</sup>, les fruits de la preuve irrégulière ne peuvent être pris en considération par le

---

<sup>1367</sup> P. CONTE, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », étude n°8, *Droit pénal*, n°4, Avril 2009.

<sup>1368</sup> « ...ni la libre discussion des preuves ni a fortiori la libre appréciation de leur valeur probante, ne concernent la phase d'obtention de la preuve que la loyauté permet de moraliser... », v. E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *op. cit.*, p. 280.

<sup>1369</sup> E. DELOSCH, « Dans un État de droit, la fin ne justifie pas les moyens ou la loyauté de la preuve », obs. sous CA Luxembourg, 28 fév. 2007, *op. cit.*

<sup>1370</sup> Cf. *supra*.

<sup>1371</sup> M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *op. cit.*, p. 1107.

<sup>1372</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, *op. cit.*, § 73-74.

juge pénal. En d'autres termes, la preuve primaire<sup>1373</sup>, découlant d'un acte d'investigation irrégulier, « contamine » la preuve secondaire<sup>1374</sup>. Un lien de causalité entre les deux actes est cependant nécessaire pour permettre l'exclusion de la preuve secondaire : l'acte primaire doit avoir été indispensable à la découverte du second<sup>1375</sup>.

En France et en Belgique, le pouvoir de sanction des irrégularités procédurales dont dispose le juge pénal est une manifestation de la théorie doctrinale américaine. En effet, le juge est maître de la portée des nullités qu'il prononce. Il peut décider d'écarter tout ou partie de l'acte litigieux seulement, ou se montrer plus sévère et annuler tous les actes de procédures subséquents, voire décider de l'irrecevabilité des poursuites pénales<sup>1376</sup>. Ainsi, une irrégularité particulièrement grave peut vicier le reste de la procédure, comme l'illustre l'exemple des aveux obtenus sous la torture dans l'affaire *Gäfgen*<sup>1377</sup>, ou des provocations policières ayant poussé à la commission de l'infraction.

**243. L'atténuation du principe.** Cependant, l'interprétation flexible de cette théorie, et plus particulièrement du lien de causalité entre l'acte primaire et l'acte secondaire, est un moyen d'éviter l'exclusion d'actes découlant d'une irrégularité<sup>1378</sup>. Dans son appréciation des nullités soulevées devant lui, le juge peut estimer que l'acte subséquent n'est pas vicié par l'acte originel et sauver une partie de la procédure irrégulière. L'affaiblissement du lien de causalité peut être justifié par le fait que l'acte originel n'était pas indispensable à la découverte de la seconde preuve : elle aurait pu être obtenue selon une procédure régulière.

Par ailleurs, plus que l'affaiblissement, la rupture du lien de causalité peut également être avancée pour justifier l'utilisation de preuves qui n'auraient probablement pas pu être obtenues sans l'acte initial. C'est la position divisée qui a été retenue par la Cour EDH dans l'affaire *Gäfgen*. Était ici en cause l'interrogatoire plus que « musclé » d'une personne soupçonnée d'avoir enlevé un enfant et l'utilisation des preuves en découlant. L'aveu obtenu par les policiers au moyen de techniques prohibées telles que des menaces de violences graves et sans l'assistance d'un avocat avait conduit à la découverte du corps de l'enfant

---

<sup>1373</sup> Selon la métaphore, la preuve primaire étant l'arbre empoisonné, et la preuve secondaire son fruit. P. MIRFIELD, « Successive confessions and the poisonous tree », *Criminal Law Review*, Août, 1996, p. 554.

<sup>1374</sup> S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *op. cit.*, p. 315.

<sup>1375</sup> V. *Ibid.*, p. 316.

<sup>1376</sup> « La nullité s'étend à tous les actes qui sont dans un rapport de causalité avec l'acte annulé, même si ce rapport de causalité n'est pas exclusif et si l'acte irrégulier n'en était pas le 'préalable nécessaire' », Cass. crim. (française), 19 avr. 2000, pourvoi n° 00-80.577, *Bull. crim.* 2000, n° 159, p. 465.

<sup>1377</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2010.

<sup>1378</sup> Aux Etats-Unis également, cette doctrine est loin d'être absolue. Ainsi, des preuves matérielles, obtenues suite à des déclarations du suspect auquel ses droits n'avaient pas été énoncés (Miranda warning), sont recevables devant un juge pénal. V. D. ORMEROD, « 'Fruits of the poisoned tree': discovery of physical evidence after suspect questioned without warnings », *Criminal Law Review*, Déc., 2004, p. 1061.

décédé. Devant les juridictions nationales, l'accusé est condamné non pas sur la base des aveux extorqués, ni sur les déclarations ultérieures, mais principalement, si ce n'est exclusivement, grâce aux aveux exprimés lors de l'audience<sup>1379</sup>. En revanche, le corps de l'enfant ainsi que l'autopsie en découlant, bien que résultant directement des aveux irréguliers, n'avaient pas fait l'objet d'une exclusion par le juge pénal, au motif qu'ils auraient pu être découverts régulièrement<sup>1380</sup>. La Cour de Strasbourg rejoint en partie le raisonnement des juridictions nationales : l'utilisation des déclarations ultérieures aux aveux extorqués priverait le suspect de son droit à bénéficier d'un procès équitable. Elle va cependant plus loin en retenant pour la première fois que l'emploi dans l'action pénale de déclarations obtenues grâce à un acte de torture ou traitements inhumain ou dégradant tout comme l'emploi de preuves matérielles rassemblées à la suite directe d'actes de torture privent automatiquement la procédure de son caractère équitable<sup>1381</sup>. Le corps de l'enfant et l'autopsie auraient ainsi du être exclus du faisceau de preuves recevables<sup>1382</sup>. Pourtant, la Cour ne conclue pas à la violation de l'article 6 en ce que le jugement national était fondé uniquement sur les seconds aveux exprimés à l'audience et sur d'autres moyens de preuves qui n'avaient pas été viciés, venant corroborer ces déclarations. À cette position, elle donne comme justification la rupture de la chaîne de causalité entre les méthodes d'enquête irrégulières et le verdict de culpabilité, les preuves matérielles litigieuses n'ayant eu aucune incidence sur la décision<sup>1383</sup>. En effet, si l'illégalité par ricochet des preuves matérielles est clairement établie, la juridiction européenne estime que le lien entre la production de ces preuves et les aveux fait à l'audience est inexistant<sup>1384</sup>.

Cette position a été vivement contestée par une partie des juges<sup>1385</sup>. Est reprochée à la Cour sa position ambiguë sur la question : si elle conclut à une violation de l'article 3 de la Convention, dont la protection se doit d'être absolue, elle n'en conclue pas moins à la sauvegarde de l'équité du procès, au cours duquel des preuves découlant de cette violation ont été utilisées, non pas pour fonder le verdict de condamnation, mais pour confirmer les déclarations faites à l'audience, exemptes de tout vice. Il est vrai que ce raisonnement relève

---

<sup>1379</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäffen c. Allemagne*, *op. cit.*, § 34.

<sup>1380</sup> « Il n'en restait pas moins que, même sans aveux de sa part, l'intéressé aurait été reconnu coupable d'enlèvement avec demande de rançon suivi de la mort de la victime. Le requérant avait été placé sous surveillance policière une fois qu'il s'était emparé de la rançon, que l'on devait retrouver par la suite pour partie dans son logement et pour partie sur ses comptes bancaires. » *Ibid.* § 35.

<sup>1381</sup> *Ibid.* § 173.

<sup>1382</sup> *Ibid.* § 151 : « Aucune autre voie légale hypothétique n'aurait pu mener la police à ces preuves à ce moment-là. La réponse à la question de savoir si la police les aurait jamais découvertes relèverait de la pure spéculation. »

<sup>1383</sup> *Ibid.* § 180.

<sup>1384</sup> *Ibid.*, § 184.

<sup>1385</sup> Opinion partiellement dissidente commune aux juges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Biancu et Power.

essentiellement d'une « pirouette juridique », permettant d'annihiler virtuellement le lien de causalité nécessaire à l'exclusion de la preuve. En effet, la Cour procède à une analyse séparée des diverses phases de la procédure pénale, et non comme un « tout organique »<sup>1386</sup>. Cette approche est d'autant plus surprenante que la juridiction a pour principe d'apprécier l'équité de la procédure dans son ensemble. Or l'exclusion des déclarations et non des éléments matériels en découlant affaiblit inévitablement la protection conférée par l'article 6<sup>1387</sup>. Par ailleurs, l'article 3 jouissant d'une portée absolue, « ni 'une rupture dans la chaîne de causalité' ni quelque autre construction intellectuelle ne peuvent effacer le tort qui est inévitablement causé lorsque sont admises à une procédure pénale des preuves recueillies » dans son mépris.

Pour conclure, bien que le lien de causalité ait été apprécié ici restrictivement et de façon « compartimentée », sur la base d'une approche formelle, il est indéniable que la CEDH a apprécié l'affaire dans son ensemble, en tenant compte du fond. En effet, l'artificielle rupture de la chaîne de causalité aurait-elle été retenue s'il n'était pas en question de punir le meurtrier d'un enfant ?

**244. Le rejet de la doctrine au Royaume-Uni.** Traditionnellement, le système de *common law* anglais en matière de preuve rejette la doctrine des « *fruits of the poisonous tree* »<sup>1388</sup>. La seconde confession, fruit d'un premier aveu irrégulier et irrecevable, est elle, recevable<sup>1389</sup>, autant que les preuves matérielles auxquelles l'aveu irrégulier a pu conduire<sup>1390</sup>. Plus encore, le recours à la torture, s'il est catégoriquement prohibé, n'en emporte par pour autant l'irrecevabilité des preuves matérielles recueillies suite aux déclarations faites sous la torture<sup>1391</sup>.

La liberté que le juge prend dans l'application de la théorie des fruits de l'arbre empoisonné, plus particulièrement au regard du lien de causalité entre l'acte primaire et l'acte secondaire, témoigne d'une tendance plus générale visant à renforcer le pouvoir d'appréciation des juges en matière probatoire.

---

<sup>1386</sup> *Ibid.*, § 6.

<sup>1387</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>1388</sup> P. MIRFIELD, «Successive confessions and the poisonous tree», *op. cit.*, p. 554.

<sup>1389</sup> *R v Smith* (Thomas Joseph) [1959] 2 QB 35.

<sup>1390</sup> P. MIRFIELD, «Successive confessions and the poisonous tree», *op. cit.*, p. 555.

<sup>1391</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 52.

### 3. Le renforcement du pouvoir d'appréciation des juges

La confiance octroyée aux juges ne cesse de croître, leur laissant une double marge de manœuvre dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve pénale d'une part, puis de sa force probante d'autre part.

**245. L'appréciation de la recevabilité.** L'imprécision délibérée du droit des nullités<sup>1392</sup> et la place grandissante du critère subjectivement apprécié de l'équité procédurale, sont les deux principaux facteurs faisant du juge pénal le véritable maître de la légalité de la preuve. En effet, si le législateur établit des règles toujours plus précises et détaillées concernant l'obtention de la preuve, notamment dans le domaine de la criminalité grave, le refus d'en prévoir la sanction offre au juge la possibilité de déterminer la portée de leur violation, qui en l'occurrence, apparaît de plus en plus limitée. Le juge a ainsi le pouvoir de moduler la force de la légalité de la preuve, par l'extension des hypothèses dans lesquelles la preuve illégale ou déloyale est recevable et prise en considération dans la détermination de l'issue du procès pénal.

**246. L'appréciation de la force probante.** L'examen de la recevabilité de la preuve est supposé indépendant de toute appréciation au fond<sup>1393</sup>. Pourtant, l'intime conviction du juge et l'appréciation de la force probante de la preuve sont désormais des arguments mis en avant afin de justifier l'admission de la preuve illégale, tenant compte de son intérêt plutôt que de son origine. Une telle démarche a été adoptée par les juridictions suprêmes française et belge.

En effet, la consécration de la recevabilité de la preuve déloyale rapportée par les parties privées en France a été l'occasion de rappeler l'importance de la libre appréciation de la valeur probante des éléments soumis au juge pénal, telle qu'elle est énoncée par l'article 427 du code de procédure pénale<sup>1394</sup>. Le juge est maître dans la construction de son raisonnement et de sa décision, l'illégalité affectant l'obtention de la preuve, si elle ne conduit pas à son exclusion du dossier ou des débats, pouvant conduire à la dépréciation de sa valeur probante. C'est également un argument avancé par l'avocat général dans la décision *Antigone* estimant que si le respect du procès équitable est établi, aucune raison valable ne peut venir

---

<sup>1392</sup> E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 264.

<sup>1393</sup> Les contestations relatives à la nullité ou l'exclusion des preuves en France, Belgique et Royaume-Uni doivent être présentées avant toute défense au fond.

<sup>1394</sup> C. MASCALA, « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », *op. cit.*

priver le juge de la libre appréciation de la preuve. L'avocat général présume également que l'accusé pourra bénéficier d'une certaine indulgence du juge dans la détermination de la peine, compte-tenu de l'illégalité de la preuve<sup>1395</sup>. La liberté d'appréciation de la preuve illégale par le juge a pu être combinée à un mécanisme de « dilution » de sa force probante. Ainsi, l'utilisation de la preuve théoriquement irrecevable se trouve justifiée en ce qu'elle fait partie d'un dossier d'éléments corroborant la thèse soutenue, et qu'elle ne fonde pas à elle seule une condamnation.

Cet argument est fragile : en effet, si la preuve ne peut être recevable en ce qu'elle ne serait pas assez fiable, ou violerait les droits de la défense, pourquoi en autoriser néanmoins l'utilisation au motif qu'elle aura une valeur probante inférieure ? Établir une telle hiérarchie semble artificiel. En effet, la liberté de la preuve implique l'appréciation de toutes les preuves débattues, aucune preuve n'étant supérieure à l'autre et toutes participant à l'établissement de l'intime conviction du juge. Ainsi, la preuve illégale supposée accessoire à la prise de décision peut avoir eu une importance déterminante dans l'esprit du juge ou des jurés, rien ne garantit que l'issue aurait été similaire si la preuve illégale avait été exclue du dossier.

Le dernier critère avancé pour justifier la recevabilité de la preuve illégale est celui de la proportionnalité, qui va être inégalement appréciée durant toute la procédure pénale, non seulement par le juge pénal mais également par les autorités enquêtrices et en amont, par le législateur.

#### 4. La modulation de l'exploitation du principe de proportionnalité

La proportionnalité en matière pénale est synonyme de modération par la mise en balance des intérêts en jeu, et des conséquences découlant de l'application des règles s'opposant. Ce principe est une « règle de pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'intérêt général »<sup>1396</sup>. Le principe de proportionnalité appliqué à la matière probatoire devient un principe salvateur de la preuve irrégulière par un mouvement tantôt de surexploitation du principe, afin de justifier les actes irréguliers des autorités judiciaires (a), tantôt de sous-exploitation, par le refus de contrôler sa bonne application par les autorités judiciaires (b).

---

<sup>1395</sup> Conclusions de Monsieur l'avocat général de Swaef, précédant Cass. 14 oct. 2003, *op. cit.*

<sup>1396</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*, v° proportionnalité.



a. *La surexploitation du principe de proportionnalité*

**247. Par les autorités enquêtrices.** La proportionnalité en matière procédurale revêt une importance particulière<sup>1397</sup> en ce qu'elle est sensée réguler les décisions des autorités enquêtrices engagées dans la recherche de la vérité. Vecteur du classique équilibre sécurité/liberté, le principe de proportionnalité dicte aux enquêteurs une mise en balance des intérêts en jeu dans chaque prise de décision, attendue comme cohérente, mesurée et adéquate au but poursuivi<sup>1398</sup>. Entrent traditionnellement en considération les intérêts de la société d'une part, et les intérêts de l'individu d'autre part. Plus concrètement, à la gravité de l'infraction, l'atteinte à la tranquillité et à l'ordre publics qu'elle génère et la nécessité de protéger la société efficacement et rapidement contre toute autre atteinte éventuelle, s'opposent la sévérité de la mesure d'enquête, son caractère attentatoire aux droits fondamentaux des individus concernés, et les risques éventuels au regard des exigences du procès équitable.

Or, si cet arbitrage est indispensable, son instrumentalisation représente un risque : une vision manichéenne de la situation pousserait inexorablement à l'écrasement des droits du suspect au profit de l'efficacité de la recherche du « coupable ». En effet, l'appréciation de la proportionnalité par les enquêteurs est évidemment subjective, dépendant des circonstances parfois atroces de l'infraction et des difficultés émotionnelles rencontrées face à la découverte des faits. S'appuyant sur l'exemple de l'affaire *Gäfgen*, comment nier le fait qu'un enjeu tel que la vie d'un enfant soit une valeur supérieure au droit du suspect à garder le silence ? Les menaces des policiers ne sont-elles pas justifiées par la nécessité de préserver la vie de l'enfant enlevé ? La répression d'une telle infraction mérite-t-elle d'être freinée par l'exclusion d'une preuve résultant d'un acte dont la proportionnalité pourrait être remise en cause ?

**248. Par le juge pénal.** Le juge pénal dispose de la faculté de sanctionner le déséquilibre engendré par des actes d'enquête démesurés, l'équité de la procédure constituant un critère sanctionnant l'irrégularité de la preuve. L'argument a été avancé par la chambre

---

<sup>1397</sup> L'article préliminaire du CPP français soumet les mesures de contrainte au respect de la proportionnalité : « Les mesures de contraintes dont cette personne peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. »

<sup>1398</sup> « La proportionnalité désigne donc une règle de juste mesure consistant en une adéquation des moyens employés au but poursuivi. », M.-C. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 711.

criminelle française pour exclure une preuve déloyale, apportée par une partie privée<sup>1399</sup>. À l'exigence du respect du contradictoire, la juridiction ajoute que l'admission de la preuve soit nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile<sup>1400</sup> comme limite à la libre recevabilité de la preuve illicite.

Cet argument a pourtant été interprété non pas comme une règle d'exclusion de la preuve illégale mais au contraire comme un moyen de l'inclure et la soumettre à l'appréciation des juges<sup>1401</sup>. Ainsi, le critère de proportionnalité a été avancé par la Cour de cassation belge dans une décision de 2004<sup>1402</sup> comme cause justificative neutralisant l'illégalité. Dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve irrégulière, le juge peut ainsi prendre en considération le fait que « la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise »<sup>1403</sup>. Autrement dit, plus l'infraction poursuivie est grave, plus les autorités enquêtrices ont des chances d'être « excusées » des illégalités commises et la preuve illicite blanchie. Cette décision rejoint les mots de Monsieur l'avocat général De Swaef qui estimait, à propos de la décision *Antigone*, que l'acte irrégulier ne devait pas automatiquement priver le juge pénal de son pouvoir d'appréciation, qu'il exercera en mettant en balance « l'intérêt de la protection contre des interventions policières irrégulières », et « l'intérêt de la protection des infractions »<sup>1404</sup>. Mais dans une vision plus globale, la répression d'une infraction, si ignoble soit-elle, justifie-t-elle l'abandon des idéaux fondamentaux de la fonction répressive ? Outre l'insécurité juridique générée par l'utilisation de ce critère<sup>1405</sup>, le sacrifice des droits individuels dans des situations particulièrement graves est-il compatible avec les notions d'équité et de justice ?

La surexploitation du principe de proportionnalité par les autorités judiciaires pour justifier le recours à une mesure irrégulière lors de l'enquête pénale est encadrée par deux phases de sous-exploitation du principe, en amont par le législateur, et en aval par le juge pénal<sup>1406</sup>.

---

<sup>1399</sup> A. DARSONVILLE, « Les limites au principe de la liberté de la preuve pour les parties », *Dalloz actualités*, 6 juin 2007, sous Cass. crim., 24 avr. 2007.

<sup>1400</sup> Cependant, cette jurisprudence ne concerne que la preuve rapportée par les parties privées et semble limitée aux irrégularités découlant d'une atteinte au respect du droit à la vie privée.

<sup>1401</sup> S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *op. cit.*, p. 319.

<sup>1402</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> ch. (N), 24 mars 2004, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2005, n° 6, p. 661.

<sup>1403</sup> *Ibid.*

<sup>1404</sup> Conclusions de Monsieur l'avocat général De Swaef, précédant Cass. 14 oct. 2003, *op. cit.*

<sup>1405</sup> CA Luxembourg, 28 fév. 2007, *op. cit.*

<sup>1406</sup> La sous-exploitation du principe de proportionnalité par le juge pénal concerne ici uniquement la France.

*b. La sous-exploitation du principe de proportionnalité*

**249. L'abandon du législateur.** Si le législateur a parfois pris soin d'ériger le principe de proportionnalité en un principe fondamental de procédure pénale comme en France, il n'en fait pourtant pas usage de façon soutenue lors de l'établissement de règles procédurales. Ce problème a en effet été soulevé par Monsieur Badinter<sup>1407</sup>, s'inquiétant des dérives du législateur contemporain, abandonnant la nécessité au profit de la commodité. Selon lui, la nécessité est trop souvent oubliée, les avantages et le confort procurés par la loi nouvelle aux autorités répressives supplantant l'exigence du caractère indispensable de l'atteinte portée aux droits individuels<sup>1408</sup>. Or les libertés et droits fondamentaux dans un État de droit ne sont préservés que tant que le législateur démontre le caractère essentiel d'une norme face à « l'insuffisance des pouvoirs actuels des autorités de poursuite de d'investigations pour accomplir leurs missions »<sup>1409</sup>.

**250. L'abandon du juge pénal.** Le manque d'implication du législateur dans l'application du principe de proportionnalité et le surinvestissement des autorités judiciaires dans son utilisation à leur avantage pourrait être contrebalancé par un contrôle de proportionnalité strict du juge pénal lors de l'examen de la recevabilité de la preuve. Or il n'en est rien. La Cour de cassation française considère en effet que le contrôle de proportionnalité est dévolu exclusivement à l'autorité enquêtrice, et donc effectué immédiatement lors de la prise de décision<sup>1410</sup>. Toute vérification complémentaire de la proportionnalité et par extension, de l'opportunité de la mesure, est proscrite aux juridictions du fond. Si cette lacune peut être comblée par le contrôle de l'équité de la procédure, le rejet de tout contrôle de proportionnalité peut néanmoins conduire au blanchiment de certaines preuves irrégulières, obtenues dans un contexte où les intérêts de la société ou de la victime étaient particulièrement menacés.

**251. Conclusion du paragraphe 2.** Comme annoncé, la justification de la recevabilité de la preuve illicite est une question plus que délicate, tant au niveau des raisons avancées que

---

<sup>1407</sup> Intervention de Robert Badinter, lors de la 2ème lecture du projet de loi sur «l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», *op. cit.*

<sup>1408</sup> L'abandon du principe de proportionnalité est également mis en avant concernant la prolifération des incriminations, parfois fondées sur des éléments constitutifs identiques, M.-C. SORDINO, «De la proportionnalité en droit pénal», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, 2012, *op. cit.*, p. 718.

<sup>1409</sup> Intervention de Robert Badinter, lors de la 2ème lecture du projet de loi sur «l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», *op. cit.*

<sup>1410</sup> J. LELIEUR, «La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?», *RSC*, n° 1, 2011, 7.

des mécanismes employés. Concernant les raisons à l'origine de ce mouvement libéral commun, elles semblent aisément identifiables et renvoient à l'équilibre traditionnellement présenté comme caractéristique de la procédure pénale. En effet, la protection des libertés individuelles et plus précisément celles du suspect ne peut être assurée que tant qu'elle ne porte pas démesurément atteinte à l'objectif d'efficacité. Pourtant, les raisons présentées n'en sont pas moins contestables, tout comme les mécanismes employés. Il ressort de la présentation des moyens auxquels recourent les juridictions nationales pour assurer la recevabilité de la preuve illégale un sentiment d'incertitude, remettant en cause la confiance et la fiabilité qu'est sensée inspirer l'institution judiciaire. Ainsi, « l'inclusion » de la preuve qui devrait être mise à l'écart est certes caractéristique du rapprochement des procédures nationales, mais également représentative des dérives contemporaines de la procédure pénale.

**252. Conclusion de la section 1.** Les origines du déclin de la légalité de la preuve, matérialisé par la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue, sont nationales. En effet, si des comportements similaires rapprochent incontestablement les différents systèmes nationaux étudiés, la crise traversée par le droit probatoire est due à l'incapacité pour les législateurs et les juridictions nationales d'établir un régime de recevabilité de la preuve cohérent, soucieux des droits fondamentaux des individus et adapté aux nécessités répressives contemporaines. La conséquence commune est regrettable : en pratique, la preuve recueillie sur le territoire national, en méconnaissance du droit national, est généralement recevable. Dans un tel contexte, quel serait l'impact de l'introduction d'un élément d'extranéité dans le mécanisme probatoire ?

Section 2 : Le déclin de la légalité de la preuve : un phénomène exacerbé par l'extranéité

**253. La banalisation de l'extranéité.** L'introduction d'un élément d'extranéité dans le mécanisme probatoire n'est pas exceptionnelle. L'internationalisation de la criminalité n'est plus à démontrer. L'éclatement des éléments constitutifs de l'infraction qui en découle mène inévitablement à l'accroissement du besoin de coopération judiciaire entre les autorités étatiques. En effet, la répression d'un comportement déviant, conformément aux principes fondamentaux de la matière pénale, ne peut être effectivement et efficacement assurée sans l'obtention de tous les éléments nécessaires à l'établissement de la vérité, y compris les éléments situés à l'étranger.

**254. La complexification de la procédure.** Ces éléments, objets, documents, données, sont sensés avoir été régulièrement obtenus pour être recevables. Or, comment assurer le respect de la légalité lorsque la preuve est recueillie selon des règles procédurales différentes de celles prévues par la législation nationale, lequel recueil répond à la mise en action d'instruments de coopération judiciaire ? Cette multiplication et complexification des règles relatives à la recherche et à l'administration de la preuve à un double niveau rendent plus que délicat le respect de la légalité de la preuve (§ 1). Les États membres n'ont d'ailleurs pas véritablement tranché la question et les quelques réponses qui ont pu être apportées par les juridictions et le législateur restent incomplètes, compte tenu du sort complaisant réservé aux preuves obtenues en méconnaissance du droit national (§ 2).

### § 1 : La multiplication des risques d'atteinte à la légalité de la preuve

Dans un contexte criminel extraterritorial, la légalité matérielle et la légalité formelle sont doublement menacées. En amont, tout d'abord, par la multiplication des règles nationales et européennes applicables et des autorités judiciaires impliquées, complexifiant considérablement l'administration de la preuve et par conséquent, aggravant les risques d'illégalité (A). En aval, par la suite, faute pour les États de pouvoir mettre en place un contrôle juridictionnel effectif de la preuve étrangère (B).

#### A. La complexification des règles d'administration de la preuve

**255. L'expansion de la légalité formelle et matérielle comme source d'irrégularités.** Nul besoin d'étudier en profondeur les mécanismes de coopération judiciaire en matière pénale à ce stade<sup>1411</sup> pour présumer d'une situation problématique : la multiplication de bases légales nationales et européennes nécessaires à l'obtention de la preuve dans une affaire transnationale ne peut qu'être source de conflits. En effet, les risques d'atteinte à la légalité matérielle et formelle sont déjà importants dans une procédure strictement nationale et demande aux autorités judiciaires une vigilance et une rigueur continues, parfois difficilement compatibles avec les exigences de spontanéité et de rapidité de l'enquête pénale. Dans le cadre d'une infraction transnationale, les règles constituant la légalité matérielle et formelle gonflent, s'entremêlent, se superposent et quelquefois s'opposent. L'interprétation qui en est faite par les cours nationales participe à cette

---

<sup>1411</sup> Les mécanismes de coopération judiciaire en matière pénale feront l'objet d'une étude approfondie destinée à en identifier les défauts dans le premier Titre de la seconde Partie.

confusion. Les sources d'irrégularité n'en deviennent que plus nombreuses et complexes, mais sont néanmoins identifiables.

**256. L'identification des sources d'irrégularité.** Les hypothèses de conflit dans la légalité sont envisagées dans le cadre d'une coopération judiciaire entre autorités nationales : l'État A est l'État dans lequel l'infraction est poursuivie, et donc l'État dans lequel l'enquête ou l'instruction est menée, l'État B est celui dans lequel se trouve les éléments de preuve. Ce contexte peut faire naître trois situations principales, sources d'irrégularité, en raison des différences procédurales (1), de la multiplication des bases légales applicables (2), et enfin, de l'intervention d'une partie privée, dont l'impact dans la recevabilité de la preuve est obscur (3).

#### 1. L'irrégularité de la preuve en raison des différences procédurales

**257. Des différences procédurales.** L'exécution d'un acte d'enquête ou un élément de preuve spécifique est requise par les autorités A, auprès des autorités B<sup>1412</sup>. La mesure est donc exécutée par les autorités B, selon le droit national B, et la preuve en résultant est transférée aux autorités A. Or le droit B est contraire à celui de l'État A, ou moins protecteur. La preuve obtenue est-elle irrégulière, et par conséquent irrecevable ?

**258. Illustration.** L'affaire *Stojkovic*<sup>1413</sup> donne un exemple concret de cette situation et des difficultés qu'elle engendra relativement à la recevabilité de la preuve obtenue. En l'espèce, à la suite d'un vol à main armée dans une bijouterie en France, un juge d'instruction français délivra une commission rogatoire internationale pour interroger M. Stojkovic, ressortissant serbe alors détenu en Belgique pour une autre cause. Celui-ci fut par la suite interrogé en Belgique, en présence d'autorités belges et françaises, dont le juge d'instruction français, sous le statut de témoin assisté<sup>1414</sup>. Ce statut prévoit l'assistance d'un avocat avant tout interrogatoire. Pourtant, malgré la demande de l'intéressé, celui-ci ne put s'entretenir avec un avocat et fut interrogé conformément à la législation belge en vigueur, ne prévoyant pas l'intervention de l'avocat à ce stade, ni le statut de témoin assisté<sup>1415</sup>. Les aveux ainsi recueillis en Belgique, par le magistrat instructeur français, ont par la suite été contestés par M. Stojkovic, demandant leur exclusion du dossier, ce qui lui a été refusé, la procédure étant

---

<sup>1412</sup> Autorité diplomatique ou judiciaire selon la base légale prévoyant la coopération.

<sup>1413</sup> CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, req. n° 25303/08.

<sup>1414</sup> Art. 113-1 et s. du CPP.

<sup>1415</sup> Art. 47*bis* du CIC.

en accord avec le droit interne belge<sup>1416</sup>. Les différences procédurales entre l'État requérant et l'État requis ont inévitablement conduit à un conflit de recevabilité, l'engagement international sur lequel la commission rogatoire internationale était délivrée prévoyant l'application de la législation de l'État requis<sup>1417</sup>.

La situation inverse peut également être envisagée comme source de conflit : suite à la demande des autorités de l'État A, les autorités de l'État B ont exécuté une mesure d'enquête portant atteinte à la législation nationale B<sup>1418</sup>. Cet acte d'enquête n'est pourtant pas interdit dans l'État A. Ainsi, l'exclusion de la preuve obtenue pourrait être refusée par le juge A au motif que la mesure est autorisée dans l'État A. Cependant, le transfert ne saurait constituer un moyen de survie de la preuve derrière laquelle le juge pénal pourrait se réfugier.

Plus généralement, les spécificités nationales pourraient conduire à un phénomène de *forum shopping* de la législation applicable : en fonction de l'instrument de coopération choisi, le droit de l'État requérant ou celui de l'État d'exécution s'appliquerait. Le choix des règles les plus favorables à l'accusation dans le but de justifier une plus large recevabilité de la preuve obtenue ne serait fait qu'au mépris des droits fondamentaux du suspect, qui mériterait de bénéficier de la législation la plus protectrice.

## 2. L'irrégularité de la preuve en raison de la multiplication des règles applicables

**259. La multiplication des potentielles irrégularités.** La multiplication des règles de procédure conduit inévitablement à sa complexification et par conséquent, à l'accroissement des potentielles irrégularités. En effet, les autorités judiciaires ne sont plus seulement soumises au respect du droit national mais également au respect des règles de coopération judiciaire et éventuellement des règles procédurales étrangères<sup>1419</sup>. Ce contexte législativement encombré, accompagné du manque de connaissance des autorités nationales face aux procédures de coopération judiciaire, représente sans conteste un facteur favorisant les irrégularités dans l'administration de la preuve.

La requête émanant des autorités de l'État A, demandant aux autorités de l'État B d'effectuer un acte d'investigation, peut méconnaître les formalités prévues par les engagements internationaux régissant cette coopération : la réglementation des compétences entre magistrat instructeur et Ministère public, la nécessité d'un avis conforme d'une autorité supérieure avant toute demande, ou l'existence d'un seuil minimal relatif à la gravité de

---

<sup>1416</sup> CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, *op. cit.*, § 47.

<sup>1417</sup> L. MILANO, « L'équité procédurale n'a pas de frontière », *JCP*, n°47, 21 nov. 2011, p. 1292.

<sup>1418</sup> En application de l'engagement international ou non.

<sup>1419</sup> Art. 4 § 1 de la Convention du 19 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les membres de l'Union européenne, par exemple.

l'infraction poursuivie. Par ailleurs, l'irrégularité peut intervenir postérieurement à la demande de coopération, lors de son exécution par les autorités requises : actes effectués hors du cadre de la demande, non-respect des formalités requises par l'autorité A, notamment concernant le respect des droits du suspect.

**260. Illustration.** Une décision de la Cour de cassation belge de 2002<sup>1420</sup> offre un exemple d'irrégularité touchant la procédure de coopération<sup>1421</sup>, mais n'affectant pas la recevabilité de la preuve. Était en cause l'irrégularité d'une commission rogatoire internationale délivrée par une autorité judiciaire belge<sup>1422</sup>, ainsi que l'illégalité des actes d'enquêtes effectués en principauté de Monaco et en Italie, tant par les enquêteurs belges que les enquêteurs italiens. La Cour décide ici qu'invoquer la violation de la règle de droit pénal international applicable n'est pas suffisant pour déclarer la preuve irrecevable, l'exclusion de la preuve ne pouvant être prononcée qu'après avoir démontré une violation du droit interne de l'État requis<sup>1423</sup>. Le contrôle de légalité limité à la vérification de la conformité avec les droits nationaux ampute la défense d'une partie de ses droits, la laissant impuissante face aux irrégularités, si importantes soient-elles, des actes de coopération judiciaire.

### 3. L'intervention d'une partie privée

**261. L'intervention d'un particulier dans l'enquête transnationale.** Parallèlement aux deux sources d'irrégularités, nées de l'application des règles procédurales nationales et internationales, s'est développée une troisième difficulté, relative à la preuve obtenue déloyalement par une partie privée. Les infractions dans le domaine bancaire et financier telles que le blanchiment d'argent et la fraude fiscale ont particulièrement mis en lumière ces

---

<sup>1420</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 13 mars 2002, *Larvier Cassation*, 2002, p. 190.

<sup>1421</sup> La violation d'une norme supranationale comme fondement à l'irrecevabilité des preuves est également avancée par S. BRAUM et V. COVOLO. En effet, l'achat de données bancaires volées dans un autre État membre en vue de leur utilisation par des autorités judiciaire ou administratives porte atteinte au secret bancaire, qu'il résulte d'accords signés entre les États concernés, ou soit plus généralement apprécié au regard des normes élémentaires de droit national telles que le principe de légalité des poursuites. V. S. BRAUM et V. COVOLO, «Le droit pénal européen et l'échange de renseignements en matière fiscale : conséquences sur le secret bancaire en droit luxembourgeois», *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 20, 2010, p. 102 et s.

<sup>1422</sup> Était reproché le fait que la commission rogatoire ait été transmise directement aux autorités judiciaires de l'État requis et non par la voie diplomatique.

<sup>1423</sup> «Que, n'étant saisis d'aucune contestation portant sur la violation d'une règle de droit interne de l'État requis, les juges d'appel n'avaient pas à vérifier en outre si la manière dont les enquêteurs belges participèrent à l'exécution de la commission rogatoire aurait violé une forme substantielle, ou prescrite à peine de nullité, prévue par la loi étrangère», Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 13 mars 2002, *op. cit.*



difficultés<sup>1424</sup>. Quelques affaires récentes ont ainsi placé le juge pénal dans une position délicate, face à l'opacité et à l'irrégularité de l'obtention de la preuve par la partie privée, autant que par les enquêteurs, mais également face à la gestion et à la protection du secret bancaire et des engagements internationaux des États relatifs. Deux cas emblématiques méritent d'être donnés comme exemples, tous deux marqués par l'irrégularité de l'obtention de la preuve ayant initié les poursuites pénales : le vol de documents par un salarié.

**262. Illustrations.** Le premier cas concerne la très médiatisée affaire Kredietbank-KBL<sup>1425</sup> et plus largement les activités bancaires transfrontières entre la Belgique et le Luxembourg. Était pénalement reproché à la KBL le fait d'avoir mis en place des mécanismes financiers permettant à ses clients belges de faire échapper leurs avoirs au fisc belge<sup>1426</sup>. Une instruction fut ouverte en Belgique sur la base de documents volés à la KBL, par des employés alors en procédure de licenciement et soupçonnés d'avoir détourné des fonds. Ces documents volés furent obtenus par la police belge, via l'intermédiaire d'un indicateur black-listé<sup>1427</sup>. Or, les documents d'origine délictueuse ne pouvant servir à l'ouverture d'un dossier judiciaire en Belgique à l'époque<sup>1428</sup>, une mise en scène fut organisée pour perquisitionner légalement en Belgique ces documents obtenus illégalement au Luxembourg et ainsi blanchir la preuve illicite<sup>1429</sup>. Les procès-verbaux établis lors de la perquisition furent par la suite détruits puis remplacés par des procès-verbaux antidatés «plus conformes – aux yeux du magistrat instructeur – aux exigences de la Cour de cassation et décrivant faussement une remise volontaire»<sup>1430</sup> des documents volés par l'indicateur. Si les jugements et arrêts condamnent ces pratiques en concluant à l'irrecevabilité des poursuites, eu égard à la gravité des atteintes portées à l'équité du procès, à l'image de la justice et au devoir de loyauté<sup>1431</sup>, ce cas n'en reste pas moins révélateur des difficultés rencontrées lors

---

<sup>1424</sup> V. à ce sujet, S. BRAUM et V. COVOLO, «Le droit pénal européen et l'échange de renseignements en matière fiscale : conséquences sur le secret bancaire en droit luxembourgeois», *op. cit.*, p. 73 et s.

<sup>1425</sup> KBL Private bankers, anciennement dénommée Kredietbank SA Luxembourgeoise.

<sup>1426</sup> Intervention de A. MASSET, «L'exemple de l'affaire KBLux», lors de la conférence «Risques juridiques liés à l'exercice de l'activité bancaire transfrontière AEDBF», 10 oct. 2012, Chambre de commerce, Luxembourg.

<sup>1427</sup> *Ibid.*

<sup>1428</sup> Conformément à la jurisprudence antérieure à la jurisprudence Antigone, v. *supra*.

<sup>1429</sup> A. ELVINGER, «Le triomphe du droit et des droits fondamentaux - Du contrôle de la légalité des pièces au contrôle du procès équitable - La portée juridique des décisions rendues à la suite de l'"Affaire KB"», *op.cit.*, p. 30.

<sup>1430</sup> CA Bruxelles, 10 déc. 2010, *J.L.M.B.*, n° 3, 2011, p. 138, confirmant le jugement de première instance, TC Bruxelles, 8 déc. 2009, *J.L.M.B.*, n° 2, 2010, p. 60 et s.

<sup>1431</sup> *Ibid.*, p. 35.

d'une procédure transnationale<sup>1432</sup> et notamment lorsqu'une partie privée prend activement part à l'obtention de la preuve. En effet, l'opacité d'une telle procédure prive la défense de tout moyen de contestation des actes de procédure durant l'instruction, qui s'est révélée ici être particulièrement longue<sup>1433</sup>. Il est probable que si les preuves avaient été volées dans une banque belge, le déroulement de l'affaire aurait été similaire et la déloyauté manifeste des autorités judiciaires ne pouvait que vicier irrémédiablement la procédure. Néanmoins, cet élément d'extranéité a vraisemblablement contribué à l'engouement des autorités judiciaires, le peu d'encadrement légal prévu en la matière leur donnant, à tort, plus de liberté dans la recherche de la vérité. En effet, la mise en scène imaginée a été un moyen de contourner la mise en œuvre des règles de coopération judiciaire : l'exécution de certaines mesures d'enquête au Luxembourg aurait en effet pu mener à l'obtention de preuves régulières, tout en respectant l'équité que se doit de rechercher toute procédure.

La tentative de «blanchiment» de preuve illégalement obtenues par un particulier dans l'affaire HSBC<sup>1434</sup>, entre la France et la Suisse, a également mis en avant la volonté pour certaines autorités judiciaires de contourner la légalité et utiliser le fruit d'un vol de documents. En l'espèce, un employé de la banque HSBC s'était procuré une liste de 3000 noms de contribuables français, possédant des avoirs non déclarés à l'administration fiscale française sur des comptes en Suisse<sup>1435</sup>. Cette liste illégalement obtenue a d'abord été transmise à l'administration fiscale par l'employé indélicat, initiant plusieurs visites domiciliaires<sup>1436</sup> dans le but de démontrer l'existence de fraudes fiscales, puis transmise à nouveau au parquet, suite à sa découverte lors d'une perquisition. La chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>1437</sup> prononça la nullité de la visite domiciliaire et des saisies effectuées par des agents de l'administration des impôts au motif que le juge des libertés et de la détention les avaient autorisées sur la base d'un document volé par un employé de la banque, l'origine illicite des pièces suffisant à entacher de nullité la procédure qui en découle<sup>1438</sup>. Le fait que l'administration fiscale ait reçu ces données volées grâce au parquet n'en purge pas l'origine illicite. Cette position exigeante semble pourtant fragile, la chambre commerciale

---

<sup>1432</sup> En matière fiscale, « le respect des formalités juridiques est perçu par les politiques comme un fardeau », S. BRAUM et V. COVOLO, « Le droit pénal européen et l'échange de renseignements en matière fiscale : conséquences sur le secret bancaire en droit luxembourgeois », *op. cit.*, p. 103.

<sup>1433</sup> Les pièces ont été remises à la police judiciaire pour la première fois en 1994 et l'instruction a été ouverte en 1996, pour un premier jugement en 2009.

<sup>1434</sup> V. *supra*.

<sup>1435</sup> A. PANDO, « Affaires des fichiers volés HSBC : la Cour de cassation confirme l'annulation des perquisitions fiscales », *op. cit.*

<sup>1436</sup> Visites autorisées par le juge des libertés et de la détention du TGI de Paris.

<sup>1437</sup> CA Paris, ordonnance du 8 fév. 2011, et Cass. com., 31 jan. 2012, pourvoi n°11-13097, *Bull.*, 2012, IV, n° 22.

<sup>1438</sup> A. PANDO, Affaires des fichiers volés HSBC : la Cour de cassation confirme l'annulation des perquisitions fiscales, *Petites affiches*, n°43, 29 fév. 2012, p. 3.

empruntant un chemin différent de la chambre criminelle. En effet, conformément à la jurisprudence constante sur la recevabilité des preuves déloyales produites par les parties privées, le tribunal correctionnel de Paris a jugé le 18 décembre 2013 que la preuve ainsi recueillie était recevable<sup>1439</sup>. Les juridictions françaises montrent par conséquent la même complaisance face aux preuves déloyales obtenues par les parties privées dans un cadre transnational, ce qui n'est pas sans laisser présager des tensions au regard de l'inexécution des accords internationaux éventuellement conclus.

## B. Le difficile contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve étrangère

**263. L'inégalité des parties.** La recherche et le recueil d'un élément de preuve à l'étranger mettent inévitablement la défense dans une position défavorable, en ce qu'elle n'a pas la possibilité d'intervenir dans cette quête, ne disposant pas d'un mécanisme de coopération équivalent aux instruments dont les autorités judiciaires disposent. Cette inégalité est particulièrement importante dans les systèmes de *common law*, où la défense participe activement à la production des preuves. Le pouvoir de contester la régularité des actes d'enquête devient alors un attribut majeur de l'activité de défense, l'irréprochabilité de la procédure constituant la garantie de son équité. Pourtant, les obstacles à l'accès à un contrôle juridictionnel effectif de la preuve recueillie à l'étranger sont nombreux. En effet, la mise en œuvre d'un contrôle de légalité de la preuve étrangère apparaît complexe, au regard du choix de la juridiction compétente (1), de l'objet du contrôle (2), ou encore du rôle de la défense (3).

### 1. Le choix de la juridiction compétente

**264. Juridiction de l'État requérant ou de l'État requis.** Le choix de l'autorité compétente pour contrôler la légalité de la preuve n'est pas évident. Une juridiction de l'État requérant semble devoir être privilégiée, que ce soit le juge de l'instruction ou le juge du fond chargé de vérifier la régularité de l'enquête. Cette solution apparaît comme naturelle, la preuve étrangère faisant partie intégrante d'un dossier judiciaire plus important, dont les autorités de l'État requérant avaient la charge. Pourtant, dans le cas où le contrôle porte sur le respect du droit de l'État requis, le juge dispose-t-il de connaissances suffisantes du droit de l'État requis pour en vérifier le respect ? Il peut s'estimer incompétent pour accomplir

---

<sup>1439</sup> Décision non encore publiée.

cette tâche<sup>1440</sup>. Plus important, la défense est-elle à même de soulever cette irrégularité ? N'est-ce pas faire peser sur elle une «charge exorbitante au regard de la situation à laquelle (elle) est confronté»<sup>1441</sup> que de vérifier le respect du droit étranger ? Il paraît cependant difficile, en l'état actuel du droit de la coopération judiciaire et du droit national, de mettre un juge de l'État requis au service de la vérification de la régularité des actes exécutés sur son territoire<sup>1442</sup>. Cela impliquerait de solliciter la participation d'un magistrat extérieur, n'ayant pas forcément connaissance du dossier judiciaire, dont la mission se limiterait à un contrôle formel.

## 2. L'objet du contrôle juridictionnel de la légalité

**265. Le triple objet du contrôle.** De nombreuses interrogations peuvent être soulevées quant à l'objet du contrôle de la recevabilité de la preuve étrangère. En effet, le contrôle peut porter sur la conformité de l'acte exécuté à la loi de l'État requérant ou à la loi de l'État requis, aussi bien que sur la régularité de la commission rogatoire internationale vis-à-vis de l'engagement international sur lequel elle a été décidée. L'unique respect des règles de l'État requérant devrait-il être privilégié, parfois au mépris des atteintes aux règles en vigueur dans l'État requis ? Si cette solution est retenue, que penser des atteintes aux droits fondamentaux des personnes sujettes à la mesure d'enquête dans l'État requis, par exemple lors d'une perquisition illégale ?

Une vérification accrue est nécessaire, tout en restant accessible au juge de l'État requérant. Le contrôle du respect de la légalité nationale devrait alors être accompagné d'un contrôle similaire portant sur la procédure de l'État requis, le premier relatif à la légalité matérielle, tandis que le second ne serait que formel. Ainsi, une triple vérification semblerait plus équitable et plus adaptée au contexte transnational : un premier contrôle formel de la procédure de recueil par rapport au droit de l'État requis, complété par un contrôle de la régularité de la procédure de coopération, ainsi que par un contrôle de la légalité matérielle, basé sur le droit de l'État requérant et l'interprétation qui est en faite par les juridictions nationales.

---

<sup>1440</sup> Par exemple, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, dans une décision du 26 septembre 2006, a refusé d'annuler une procédure au motif qu'elle était «incompétente pour connaître d'une prétendue nullité de la procédure américaine concernant des actes qui ont été accomplis par les autorités américaines, sur leur territoire». Cette décision fut par la suite cassée par la Cour de cassation, v. *infra*.

<sup>1441</sup> P. MONVILLE, «Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ?», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, p. 721, note sous Cass. 13 mars 2002.

<sup>1442</sup> C'est pourtant une des solutions qui sera avancée face aux conflits de recevabilité. V. *infra*, Deuxième Partie, Chapitre 2.

**266. Les inconvénients d'un triple contrôle.** Pourtant, si tant de rigueur semble favorable à la défense, elle nécessite une connaissance importante du droit étranger par le juge national, difficile à acquérir compte tenu des différences entre les 28 législations de l'Union européenne. Par ailleurs, mené à bien, ce contrôle conduirait assurément à l'exclusion de nombreux éléments pertinents, ce qui semble contraire à l'objectif d'efficacité de l'enquête, motivant les autorités judiciaires. Enfin, les preuves «européennes» seraient soumises à un examen infiniment plus rigoureux que celui exercé sur les preuves «nationales», ce qui pourrait être difficilement justifiable : quel fondement à une différence de traitement entre la personne impliquée dans une procédure strictement nationale, et la personne poursuivie pour une infraction transnationale ?

### 3. Les entraves aux actions de la défense

**267. Les difficultés relatives à l'accès à la procédure en cours.** Comme il a été suggéré précédemment, la charge de la défense dans la contestation de tout acte d'enquête transnational semble particulièrement lourde. Plusieurs raisons mènent à cette affirmation. L'opacité de la procédure transnationale tout d'abord : si l'accès au dossier avant tout jugement au fond permet à la défense de contester la recevabilité de la preuve, encore faut-il matière à contester. La complexité propre à toute procédure transnationale est telle que certains éléments essentiels peuvent manquer, notamment le détail des actes effectués dans l'État requis. En effet, la défense ne dispose souvent que « d'informations parcellaires sur la manière dont le dossier répressif a été constitué »<sup>1443</sup>.

**268. Les difficultés relatives au recueil des preuves.** Cette position d'infériorité est renforcée par la mainmise de l'accusation sur les procédures de coopération judiciaire. En effet, la défense ne pouvant disposer des instruments d'entraide judiciaire, l'obtention de la preuve à l'étranger est beaucoup plus délicate et coûteuse. Or, le rôle de la défense dans la recherche et la production de la preuve sont essentiels dans les États de *common law*. Lorsqu'un témoin se trouve à l'étranger, plusieurs possibilités se présentent. La première, la plus simple, est de faire venir le témoin pour qu'il intervienne directement à l'audience, suivant la procédure de droit commun<sup>1444</sup>. La deuxième est d'avoir recours à la visioconférence, si l'infrastructure de la salle d'audience le permet. Enfin, le témoignage peut

---

<sup>1443</sup> P. MONVILLE, «Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ?», *op. cit.*

<sup>1444</sup> R. LOOF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *Criminal Law Review*, n° 1, 2011, p. 41.

être recueilli et consigné à l'étranger, sur support papier ou vidéo<sup>1445</sup>. Ces trois moyens d'intervention du témoin demandent cependant à la défense un travail beaucoup plus ardu qu'à l'accusation, et surtout onéreux, nécessitant des déplacements à l'étranger, l'intervention de plusieurs avocats sur le territoire de plusieurs États, et éventuellement d'interprètes. De plus, si la défense a la possibilité de demander l'émission d'une commission rogatoire internationale auprès d'une juridiction nationale, les autorités enquêtrices bénéficient d'instruments d'entraide judiciaire directe<sup>1446</sup>. La mise en place d'outils de coopération spécifiques à la défense pourrait éventuellement participer à un rééquilibrage des droits des parties<sup>1447</sup>.

**269. Les difficultés relatives à la contestation de la preuve étrangère.** La défense doit également s'adapter au système juridique parfois très différent de l'État requis pour en soulever les irrégularités, mais également au mouvement constant de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite. Il est souvent délicat de tirer des développements jurisprudentiels des enseignements clairs sur lesquels développer un argumentaire de défense, comme en témoigne l'exemple des preuves illégales rapportées par les parties privées en France. En effet, dans ce cadre-là, seul le respect du contradictoire paraît réellement important mais la cour suprême française peut ponctuellement y attacher d'autres critères comme la stricte<sup>1448</sup> nécessité et la proportionnalité<sup>1449</sup> de la mesure déloyale ou illégale. Ainsi, dans le cadre d'une affaire transnationale, il serait encore plus difficile de prédire le sort d'une preuve produite par un particulier.

**270. Conclusion du paragraphe 1.** La multiplication des risques d'atteinte à la légalité de la preuve dans le cadre d'une enquête transnationale s'exprime en deux temps. Par la complexification des règles d'administration de la preuve d'une part : à la confrontation des procédures nationales parfois dissemblables s'ajoute la complexité normative de la coopération judiciaire. De cette situation délicate peut aisément résulter une violation de la légalité, formelle principalement, ceci malgré la bonne foi des autorités enquêtrices. Cette complexité peut également être analysée comme un facteur d'intensification d'un phénomène de contournement de la légalité, par l'intervention illégale de tiers dans le recueil de la preuve,

---

<sup>1445</sup> Ce moyen de preuve est admissible au Royaume-Uni dans des conditions limitatives. V. *infra*.

<sup>1446</sup> P. MIRFIELD, «Successive confessions and the poisonous tree», *op. cit.*, p. 554.

<sup>1447</sup> Ce point sera discuté dans le § n° 392.

<sup>1448</sup> P. CONTE, «La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?», *op. cit.*

<sup>1449</sup> La proportionnalité était avancée concernant une atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la Cour ne s'est pas prononcée sur l'exigence de proportionnalité pour toutes les preuves. V. A. DARSONVILLE, note sous Cass. crim., 24 avril 2007, *op. cit.*

comme le montre l'exemple du vol de données dans le secteur bancaire et financier. D'autre part, le risque d'atteinte à la légalité de la preuve est accentué par l'absence de véritable contrepoids juridictionnel. En effet, les parties sont confrontées à des difficultés péniblement surmontables au regard de la contestation de la recevabilité de la preuve. L'instabilité et l'incertitude caractérisant tant le choix de la juridiction compétente que l'objet du contrôle juridictionnel s'ajoutent aux obstacles matériels déjà significatifs s'imposant à la défense, comme la méconnaissance du droit des États impliqués dans la coopération judiciaire.

## § 2 : Les positions nationales quant à la recevabilité de preuve obtenue à l'étranger

Sans surprise, les difficultés rencontrées par le droit probatoire au niveau national rejaillissent sur la question de la recevabilité de la preuve obtenue à l'étranger. Alors que le droit anglais aborde la question simplement, principalement en superposant le régime de la preuve « étrangère » sur celui de la preuve « nationale » (C), le droit belge a établi un régime particulier, à première vue clair, présentant cependant quelques incohérences (B). Le régime français de la recevabilité de la preuve obtenue à l'étranger, en revanche, brille par son absence, le législateur et la jurisprudence n'ayant pas décidé d'investir le sujet ou très timidement (A).

### A. Les déficiences du droit français

**271. Une incompétence de principe.** La question de la recevabilité de la preuve étrangère n'a jamais été abordée de front par le législateur français. Traditionnellement, les autorités juridictionnelles françaises s'estiment incompétentes pour effectuer un contrôle de légalité portant sur les formalités régissant l'obtention de la preuve dans l'État requis<sup>1450</sup>. Selon la Cour de cassation<sup>1451</sup>, seules les juridictions de l'État d'exécution de la commission rogatoire internationale sont compétentes pour statuer sur la régularité des actes accomplis. Par conséquent, les juridictions françaises sont compétentes uniquement si la France est l'État de réception de la demande de coopération, et si les actes litigieux sont mis à leur disposition<sup>1452</sup>.

---

<sup>1450</sup> J. LELIEUR, «La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?», *op. cit.*, p. 10.

<sup>1451</sup> Cass. crim., 24 juin 1997, pourvoi n° 96-85581, *Bull. crim.*, 1997, n°252, p. 861.

<sup>1452</sup> *Ibid.*

**272. Les limites du refus.** Pourtant, cette position ne saurait être maintenue. En effet, si la faiblesse du contrôle juridictionnel de la recevabilité de la preuve nationale est critiquable, son total abandon est encore moins acceptable dans le cadre d'une procédure engageant plusieurs États, eu égard à la gravité des infractions transnationales et aux difficultés concrètes auxquelles la défense doit faire face. Par ailleurs, la rupture de l'égalité entre le justiciable impliqué dans une procédure strictement nationale, et celui concerné par une procédure transnationale, semble difficilement justifiable. Dans l'état actuel du droit, la défense peut contester la légalité formelle d'une preuve uniquement si elle a été recueillie en France et se trouve ainsi dans une position défavorable si l'acte d'enquête irrégulier a été effectué à l'étranger.

Le refus d'examiner la régularité de la preuve étrangère a récemment été sanctionné par la CEDH, dans l'affaire *Stojkovic*<sup>1453</sup>. Selon la cour de Strasbourg, les juridictions françaises ne peuvent se cacher derrière une incompétence proclamée ou un engagement international pour éviter de sanctionner une preuve irrégulière. Elles sont au contraire tenues de s'assurer que les actes réalisés à l'étranger « n'avaient pas été accomplis en violation des droits de la défense et de veiller ainsi à l'équité de la procédure dont elles avaient la charge, l'équité s'appréciant en principe au regard de l'ensemble de la procédure »<sup>1454</sup> et donc ne supportant aucune limitation due aux frontières des États.

Pourtant, une brèche en ce sens avait déjà été ouverte par la Cour de cassation dans une décision de 2007<sup>1455</sup>, relative à la loyauté de la preuve. Était ici en question la recevabilité de preuves recueillies lors d'une perquisition, suite à une dénonciation par des autorités judiciaires américaines, pour importation, détention et diffusion d'images pornographiques de mineurs. Le site pédophile proposant les images avait été créé et était toujours exploité par l'unité criminalité informatique du service de police de New York. Or, dans sa traditionnelle distinction entre la provocation à l'infraction et provocation à la preuve, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de clarifier cette situation en estimant qu'elle constituait un stratagème destiné à piéger un éventuel pédophile et faisant naître une infraction<sup>1456</sup>. Par cette nouvelle décision, la Cour étend le champ d'application du principe de loyauté aux éléments de preuves obtenus à l'étranger<sup>1457</sup> et conclue ainsi à leur

---

<sup>1453</sup> CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, *op. cit.*

<sup>1454</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>1455</sup> Cass. crim., 7 fév. 2007, *op.cit.* V. à ce sujet J.-R. DEMARCHI, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil de protection transnationale du justiciable », *op. cit.*

<sup>1456</sup> Cass. crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84837, *Bull. crim.*, 2006, n° 132, p. 482. La situation était quasiment similaire : un particulier s'était fait passer pour un mineur à la demande des policiers de la brigade des mineurs et avait contacté un homme en lui proposant un rendez-vous.

<sup>1457</sup> C. GIRAULT, « L'extension du principe de loyauté à la preuve obtenue à l'étranger », *Dalloz actualités*, 15 mars 2007.



irrecevabilité, ainsi qu'à celle des actes subséquents<sup>1458</sup>. L'incompétence de la juridiction du fond à vérifier la légalité de la preuve étrangère est ainsi remise en question, tout du moins en ce qui concerne la légalité matérielle, et non la légalité formelle. Néanmoins, une décision récente laisse présager une ouverture du contrôle de la légalité formelle de la preuve transnationale : en janvier 2014<sup>1459</sup>, la Cour de cassation a ainsi cassé une décision de la chambre de l'instruction rejetant les requêtes en nullité d'un réquisitoire supplétif car s'estimant incompétente pour vérifier la conformité des actes de procédure aux stipulations conventionnelles liant la France et le Luxembourg. Une telle décision est dès lors tout à fait transposable aux requêtes en annulation d'actes d'enquête.

Il est indéniable que cette situation instable est préoccupante pour la défense, celle-ci se trouvant dans l'impossibilité de soulever l'irrégularité formelle de la preuve étrangère devant une juridiction française. Néanmoins, elle est tout à fait caractéristique d'un droit probatoire en crise, marqué par le laxisme des juridictions nationales dans l'utilisation de la preuve illégale<sup>1460</sup>. Le droit belge est en apparence plus clair que le droit français concernant la recevabilité de la preuve obtenue à l'étranger en ce qu'il a abordé le problème de front en établissant des règles spécifiques, inspirées de la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation<sup>1461</sup>.

## B. La clarté apparente du droit belge

La question de la recevabilité de la preuve « étrangère » en Belgique est absolument déroutante. À première vue, l'intervention du législateur semble avoir imposé une solution, retenant trois critères sur la base desquels la preuve obtenue à l'étranger peut être exclue. Cette solution rend obsolète la jurisprudence antérieure, selon certains auteurs<sup>1462</sup>. Pourtant, les conditions posées par la jurisprudence antérieure ont non seulement été présentées comme les critères d'appréciation de la régularité de la preuve obtenue à l'étranger<sup>1463</sup>

---

<sup>1458</sup> « Attendu que porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent public, fût-elle réalisée à l'étranger par un agent public étranger, ou par son intermédiaire ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus. », Cass. crim., 7 fév. 2007, *op.cit.*

<sup>1459</sup> Cass. crim., 15 jan. 2014, pourvoi n° 13-84.778, *Dalloz actualité*, 31 jan. 2014, note. Winckelmuller

<sup>1460</sup> J. LELIEUR, «La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?», *op. cit.*, p. 10.

<sup>1461</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1522.

<sup>1462</sup> *Ibid.*

<sup>1463</sup> R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 858 ; H-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 2008, *op. cit.*, p. 1300-1303 ; B. DEJEMEPPE et L. KENNES, «Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve -

postérieurement à la loi de 2004, mais également été soulevées et examinées par les juridictions nationales<sup>1464</sup>.

**273. Les critères jurisprudentiels.** Lors de l'examen de la régularité de la preuve obtenue à l'étranger, le juge pénal était traditionnellement tenu de vérifier si :

- la loi étrangère autorisait le moyen de preuve utilisé,
- ce moyen de preuve n'était pas contraire à l'ordre public belge, lequel est aussi déterminé par les règles de droit international et supranational qui sont directement applicables dans l'ordre juridique national,
- la preuve avait été obtenue conformément au droit étranger<sup>1465</sup>.

Ce triple examen était parfois difficile à accomplir pour le juge belge, celui-ci n'ayant pas forcément accès aux informations relatives à la procédure suivie pour recueillir la preuve<sup>1466</sup>. À ces critères jurisprudentiels s'ajoutent désormais ceux prévus par le législateur.

**274. Les critères législatifs.** Consacrant la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale dispose que ne peuvent être utilisés dans le cadre d'une procédure menée en Belgique, les éléments de preuve recueillis irrégulièrement à l'étranger lorsque l'irrégularité découle, selon le droit de l'Etat dans lequel l'élément a été recueilli, de la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, ou entache la fiabilité de la preuve<sup>1467</sup>. De plus, l'utilisation de la preuve ne peut en aucun cas violer le droit à un procès équitable<sup>1468</sup>.

Concrètement, face à une preuve recueillie à l'étranger, le juge pénal doit procéder à un examen nécessitant une véritable connaissance du droit de l'État de recueil. En effet, le juge doit ne pas rechercher la simple irrégularité, mais la violation d'une règle formelle prescrite, par le droit étranger, à peine de nullité. Or le concept de nullité n'est pas commun à tous les régimes des États membres, certains abordant la question de la recevabilité indépendamment de la nature de la norme violée, comme au Royaume-Uni<sup>1469</sup>. De plus, les

---

Développements récents», in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.) *La preuve. Questions spéciales.*, Liège, Anthemis, 2008, p. 75.

<sup>1464</sup> Cass. (2e ch., F.), 6 avril 2005, RG n° P.05.0218.F, *Larvier Cassation* 2005, Sommaire n° 767 ; Cass. 8 mai 2007, RG n° P.07.0129.N ; CA Liège (4<sup>ème</sup> ch.), 12 jan. 2010, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2010, n° 10, p. 454.

<sup>1465</sup> CA Liège (4<sup>ème</sup> ch.), 12 jan. 2010, *op. cit.*

<sup>1466</sup> P. MONVILLE, «Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ?», *op. cit.*

<sup>1467</sup> Art. 13 1° de la loi du 9 déc. 2004.

<sup>1468</sup> Art. 13 2° de la loi du 9 déc. 2004.

<sup>1469</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 46.

cas de nullités textuelles tendent à se réduire, comme en témoigne l'exemple de la France. Enfin, il semble difficile pour l'avocat de la défense d'explorer en profondeur le droit étranger pour soulever l'irrégularité d'un acte et en demander l'exclusion. Par conséquent, les possibilités de soulever une cause de nullité textuelle sont très limitées et vont concerner quelques actes seulement comme les écoutes téléphoniques, ou certaines formes de perquisition.

Pour apprécier ces trois causes d'exclusion, la jurisprudence belge retient que la connaissance du dossier de l'instruction menée à l'étranger n'est pas requise : la seule discussion contradictoire des éléments régulièrement soumis devant le juge suffit<sup>1470</sup>.

**275. Une situation transitoire.** La présentation concomitante des deux séries de critères par certains auteurs<sup>1471</sup> pousse à les envisager comme des examens successifs de la recevabilité de la preuve : les critères jurisprudentiels permettant de déterminer la régularité de la preuve recueillie à l'étranger, et les critères législatifs, sa recevabilité, en cas d'irrégularité. Or, quel serait l'intérêt de faire précéder à l'examen de recevabilité, un examen de régularité ? En effet, l'issue du premier examen n'est pas déterminante sur la recevabilité de la preuve : la preuve irrégulière pourra tout à fait être déclarée recevable à l'issue du second examen.

Il semblerait plutôt que la persistance des critères jurisprudentiels soit seulement symptomatique d'une période de transition, précédant l'application uniforme de l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle. En effet, la survivance des anciens critères semble démesurément stricte au regard de la jurisprudence *Antigone* et créerait une inégalité entre les demandes d'exclusion de la preuve « nationale » et les requêtes concernant la preuve « étrangère ».

### C. La simplicité du régime au Royaume-Uni

Le fléchissement de l'inadmissibilité du oui-dire<sup>1472</sup> et l'importance croissante de l'écrit dans la procédure répressive participent à une plus large admissibilité de la preuve testimoniale recueillie à l'étranger. La recevabilité du témoignage oral (1), preuve par excellence et privilégiée des systèmes de *common law*, est abordée différemment de celle des

---

<sup>1470</sup> Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 3 avr. 2012, RG ° nP.10.0973.N, *Pas.* 2012, n° 212, p. 740.

<sup>1471</sup> H-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 2008, *op. cit.*, p. 1300-1303.

<sup>1472</sup> Cf. n° 93 et s.

autres preuves (2), mais les deux régimes s'alignent naturellement sur celui de la preuve nationale.

### 1. Le témoignage oral : le développement des alternatives

**276. Le recours à la vidéoconférence.** En cas d'impossibilité pour le témoin de se présenter physiquement à l'audience, le recours à la visioconférence semble un compromis acceptable permettant la participation virtuelle du témoin situé à l'étranger, en offrant une interaction directe et spontanée avec le juge et les parties. La connexion uniquement téléphonique est en revanche inadmissible<sup>1473</sup>, l'image du témoin étant indispensable pour permettre au jury et au juge d'apprécier la qualité et la fiabilité du témoignage, en interprétant la « prestation » du témoin<sup>1474</sup>.

Le recours à la vidéoconférence est autorisé par le *Criminal Justice Act 1988*, et le *Criminal Justice Act 2003*. Le premier texte prévoit expressément l'intervention par visioconférence du témoin situé en dehors du Royaume-Uni<sup>1475</sup>, seulement sur autorisation de la juridiction et pour les infractions les plus graves<sup>1476</sup>. Le deuxième texte couvre la vidéoconférence de façon plus générale et ne se limite pas aux infractions les plus graves<sup>1477</sup>.

**277. Le recours au témoignage sur support.** Lorsque le témoin situé à l'étranger ne peut se présenter à l'audience<sup>1478</sup> et qu'une mesure de vidéoconférence ne peut être envisagée, la preuve indirecte est éventuellement admissible, dans le respect des règles établies conditionnant la recevabilité du oui-dire. En effet, le témoignage recueilli à l'étranger génère l'impossibilité pour la partie adverse de contre-interroger le témoin, condition traditionnellement indispensable à sa recevabilité. Sous certaines conditions, la défense a ainsi la possibilité de présenter le témoignage écrit<sup>1479</sup> d'une personne située à l'étranger, recueilli par un avocat ou une autre personne agissant dans le cadre d'une activité professionnelle<sup>1480</sup>.

---

<sup>1473</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 41.

<sup>1474</sup> S. DE BERTODANO, «The use of videoconferencing across criminal justice systems in the United Kingdom», Intervention lors de la conférence «*Transnational use of video conferencing in court*» les 24 et 25 novembre 2011 à Trier.

<sup>1475</sup> Sect. 32 (1) du *Criminal Justice Act 1988*.

<sup>1476</sup> Le mesure est autorisée seulement lors de *trial on indictment* et des procédures relatives aux mineurs. Sect. 32 (1A) du *Criminal Justice Act 1988*.

<sup>1477</sup> La vidéoconférence a été abordée plus en détail dans le Chapitre 2 du Titre précédent.

<sup>1478</sup> Sect. 116 (2) c) du *Criminal Justice Act 2003* : «*the relevant person is outside the United Kingdom and it is not reasonably practicable to secure his attendance*».

<sup>1479</sup> Ou contenu dans un document. Sect. 117 (1) du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>1480</sup> «... *a person in the course of a trade, business, profession or other occupation, or as the holder of a paid or unpaid office*», sect. 117 (2) a) du *Criminal Justice Act 2003*.

Le juge sera néanmoins très attentif aux raisons qui ont empêché le témoin de se présenter physiquement à l'audience pour déterminer la recevabilité du document en tant que preuve<sup>1481</sup>. Si le témoignage a été recueilli par des autorités étatiques en dehors des procédures de coopération établies, l'opportunité et la nécessité de cet acte informel font également l'objet d'une vérification par le juge<sup>1482</sup>. Ainsi, dans l'affaire *R v. Radar*, la *Court of Appeal* a considéré que la production d'un témoignage écrit obtenu de manière non formelle par l'accusation, suite à l'échec de la mise en œuvre des mécanismes d'entraide judiciaire, portait atteinte à l'équité de la procédure et aux intérêts de la justice<sup>1483</sup>. Le recours à une procédure formelle est également envisageable. La défense dispose de la faculté de demander auprès d'une juridiction nationale, au même titre que l'accusation<sup>1484</sup>, l'exécution d'une commission rogatoire internationale, dans le but d'obtenir le témoignage de personnes situées à l'étranger. Ce filtre juridictionnel constitue une première garantie en opérant un contrôle de la régularité de la requête. Cependant, cette option est rarement choisie par les autorités judiciaires, lui préférant les procédures simplifiées permettant une coopération directe entre les autorités judiciaires des différents États, et évitant ainsi tout contrôle avant la phase sententielle<sup>1485</sup>.

Par la suite, la recevabilité de la preuve obtenue à l'étranger sera généralement soumise aux mêmes règles que la preuve obtenue au Royaume-Uni<sup>1486</sup>. Seront examinées par exemple les circonstances dans lesquelles le témoignage a été recueilli ou le document support créé<sup>1487</sup>, sa valeur probante<sup>1488</sup>, sa fiabilité<sup>1489</sup>.

## 2. Les autres moyens de preuve

**278. Les preuves matérielles.** Compte-tenu de la fiabilité des preuves matérielles par rapport aux preuves orales, les juridictions anglaises ont une approche très libérale quant à

---

<sup>1481</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 44.

<sup>1482</sup> M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1995, *op. cit.*, 524.

<sup>1483</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 49.

<sup>1484</sup> Sect. 7 (3) a) et c) du *Crime (International Co-operation) Act 2003*.

<sup>1485</sup> S. NASH, «The admissibility of witness statements obtained abroad: *R v Radak*.», *The international journal of evidence and proof*, n° 3, 1999, p. 195.

<sup>1486</sup> Sect. 9 du *Crime (International Co-operation) Act 2003*, (Explanatory notes) : “evidence obtained from an overseas authority may be used only for the purposes for which it was requested (unless the consent of the requested overseas authority has been obtained), and is subject to the same provisions on the admissibility of evidence as evidence obtained under normal domestic arrangements”.

<sup>1487</sup> Sect. 117 (7) c) et d) du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>1488</sup> Sect. 114 (2) a) du *Criminal Justice Act 2003*.

<sup>1489</sup> Sect. 114 (2) f) du *Criminal Justice Act 2003*.

leur recevabilité<sup>1490</sup>. En effet, les preuves illégalement recueillies au Royaume-Uni jouissent d'une vaste tolérance de la part des juges, leur pertinence constituant la raison principale de leur salut. Par conséquent, ce principe souple s'applique également aux preuves qui auraient été obtenues à l'étranger<sup>1491</sup> et l'élément illégalement recueilli dans un autre État membre demeure recevable, sous réserve de la mise en œuvre de la section 78 du *Police and Criminal Evidence Act 1984*<sup>1492</sup>. Ainsi, pourra être exclue la preuve obtenue à l'étranger en violation des règles étrangères uniquement si les violations sont caractérisées par l'extrême mauvaise foi des autorités enquêtrices dans l'utilisation des pouvoirs qui leur avaient été confiés<sup>1493</sup>.

**279. Conclusion du paragraphe 2.** L'étude des positions nationales quant à la recevabilité de preuve obtenue à l'étranger révèle d'importantes divergences au sein des États membres. Les juridictions françaises se démarquent particulièrement par leur désengagement : en principe, elles ne sont pas compétentes pour vérifier la régularité de la procédure d'obtention, bien que la protection de l'équité procédurale légitimerait leur implication dans l'exclusion de tout élément de preuve y portant atteinte. Le régime belge est plus protecteur pour la défense en offrant la sécurité de critères législativement consacrés, malgré l'inconstance des juridictions nationales remettant en cause la stabilité de ces critères. Le régime anglais s'avère finalement être le plus juste, en appliquant les règles relatives à la recevabilité de la preuve « nationale » à la recevabilité de la preuve « étrangère ».

**280. Conclusion de la section 2.** S'appuyant sur un droit national défaillant, il aurait été surprenant de constater que la légalité de la preuve « étrangère » ne connaisse pas les mêmes maux. Au contraire, l'enquête transnationale s'avère propice au déclin de la légalité de la preuve par la conjugaison de deux phénomènes successifs. Le premier tient à la complexification inévitable de l'administration de la preuve dans un contexte transfrontalier, générée par la multiplication des règles mises en œuvre. Si les incompatibilités entre les procédures nationales ne sont pas nécessairement source d'illégalité, la lourdeur normative résultant de la coopération internationale participe à l'amplification, volontaire ou non, des atteintes à la légalité de la preuve. Ce phénomène pourrait être contrebalancé par un contrôle juridictionnel performant, accessible et clairement encadré au niveau national. L'effectivité du contrôle s'accompagnerait alors de mesures spécifiques destinées à aider la défense à

---

<sup>1490</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 46.

<sup>1491</sup> R. LÖÖF, «Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence», *op. cit.*, p. 51-52.

<sup>1492</sup> V. *supra*.

<sup>1493</sup> Aff. Redmond (2006), v. S. NASH, «The admissibility of evidence in extradition proceedings: R v Governor of Brixton Prison, ex parte Levin», *The international journal of evidence and proof*, n° 2, 1998, p. 204.

contester la légalité de la preuve. Or il ne ressort pas de l'étude des régimes nationaux un constat globalement positif à ce niveau. Alors que le système anglais envisage l'irrecevabilité de la preuve « étrangère » dans les mêmes conditions que l'irrecevabilité de la preuve « nationale », les systèmes belge et français ne sont pas si clairs. Si le législateur belge semble vouloir adopter l'équivalence des régimes, retenue par le Royaume-Uni, les juridictions françaises n'ont toujours pas clairement tranché la question, pas plus que le législateur. Pourtant, une intervention sera rapidement indispensable, comme l'étude des mécanismes de coopération judiciaire le montrera.

**281. Conclusion du chapitre 2.** La comparaison des régimes nationaux concernant la recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit national mène à un constat préoccupant, en particulier pour la défense. Le sort de la preuve illicite dépend essentiellement des mouvements jurisprudentiels nationaux mais également européens, ce qui rend le sujet éminemment instable, conditionné par la sévérité ou le laxisme du juge pénal envers les violations de la légalité matérielle et formelle par les parties, que ce soit les autorités chargées de l'administration de la preuve ou les particuliers.

Néanmoins, nous pouvons prudemment avancer qu'en règle générale, la preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie est recevable. La France était à première vue la plus réticente à l'utilisation de la preuve illicite en ce qu'elle ne consacre pas la recevabilité de principe de la preuve illicite. Pourtant, en pratique, la situation française se rapproche des régimes belge et anglais : en effet, le juge français peut fonder sa décision sur une preuve illégalement recueillie, suite à la mise en échec des mécanismes de nullité, tout comme le juge belge et le juge anglais. Ainsi, que la preuve ait été recueillie dans le cadre d'une procédure strictement nationale ou grâce à la mise en œuvre des mécanismes de coopération judiciaire, par des autorités judiciaires ou des parties privées, légalement ou illégalement, elle est généralement recevable, à moins qu'elle ne porte gravement atteinte à la légalité matérielle, le respect de la légalité formelle ne passant alors qu'au second plan. La protection absolue de la dignité humaine mise à part, la sauvegarde du procès équitable apparaît donc comme le critère essentiel pouvant justifier l'exclusion ou l'utilisation de la preuve pénale illégalement recueillie, critère unanimement consacré par les régimes des États membres étudiés. Ce constat, s'il est vivement critiquable, est néanmoins favorable à la libre circulation de la preuve pénale dans l'espace pénal européen.





## CONCLUSION DU TITRE 2

Le but initial poursuivi par l'étude de la recevabilité de la preuve telle qu'elle est envisagée en Belgique, en France et au Royaume-Uni était d'identifier d'éventuelles divergences nationales qui auraient pu constituer un frein à la libre circulation de la preuve dans l'espace pénal européen. Au regard de cet objectif, le résultat est globalement encourageant.

Les premières comparaisons ont pourtant souligné l'existence de différences apparemment profondes, principalement à l'égard des règles formelles organisant la recherche, le recueil, et la production de la preuve devant le juge pénal. La présentation de mesures d'enquête classiques, telles que les perquisitions ou les écoutes téléphoniques, montre que les formalités exigées dans la recherche de la vérité peuvent significativement varier d'un État à l'autre. L'accès au dossier durant l'enquête policière, l'instruction, ou avant l'audience, le partage des preuves entre les parties, mais surtout l'organisation du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve, sont autant de sujets sur lesquels les législations nationales divergent, faisant resurgir l'opposition pourtant abandonnée entre l'inquisitoire et l'accusatoire. De cette hétérogénéité peuvent naître des obstacles de taille à la recevabilité mutuelle des preuves entre les États membres. Cependant, l'impact des spécificités formelles doit être largement tempéré et ceci pour plusieurs raisons. En premier lieu, la multiplication de régimes dérogatoires, principalement dans le cadre de la répression d'infractions particulièrement graves, montre l'adaptabilité des régimes nationaux à des normes exceptionnelles voire étrangères. En second lieu, le désengagement progressif du juge d'instruction tant en France qu'en Belgique conduit inévitablement à la raréfaction de la saisine des juridictions de l'instruction et donc à l'abandon d'un mécanisme lourd, opérant ainsi un rapprochement vers le régime anglais. Enfin, l'observation des jurisprudences nationales récentes au regard de la sanction de l'illégalité de la preuve montre clairement une convergence vers la recevabilité de principe de la preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie, résultant du déclin de la légalité formelle de la preuve. Ainsi, dans un contexte où l'impact de la conformité de la preuve aux règles légales nationales ou étrangères faiblit, l'obstacle que représentent les différences nationales apparaît désormais insuffisant. Le bilan de la pratique tendant vers une quasi-totale liberté de la recevabilité de la preuve est totalement favorable au développement de mesures de coopération judiciaire, notamment celles basées sur le principe de reconnaissance mutuelle, visant une libre circulation des actes judiciaires, et par conséquent, des preuves.

Néanmoins, si la minimisation des divergences procédurales nationales est souhaitable en vue de favoriser la recevabilité des preuves recueillies dans un État membre autre que celui en charge des poursuites, elle est vivement critiquable en ce qu'elle résulte d'un abaissement de la protection des droits et libertés fondamentaux que le juge pénal est sensé garantir, ce qui n'est pas acceptable dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 1.

L'érosion progressive des disparités entre les régimes des États membres apparaît clairement de la présentation de la légalité de la preuve nationale. Malgré l'identification d'exigences procédurales divergentes régissant la recherche, le recueil et la production de la preuve devant le juge pénal, il est indéniable que globalement, les régimes probatoires nationaux convergent. Sous l'influence bénéfique de la consécration supranationale de principes supérieurs protégeant les justiciables tout d'abord, la recherche d'une procédure équitable et équilibrée a permis l'expansion des droits de l'homme en matière pénale. Une meilleure considération de la personne poursuivie et de ses droits fondamentaux, contrebalançant toute la sévérité qu'une action répressive inspire, a ainsi permis aux régimes nationaux de se rapprocher. Paradoxalement, c'est dans l'abandon partiel de ces principes que ce mouvement d'harmonisation de la légalité de la preuve semble se parachever. En effet, l'objectif d'efficacité de la procédure répressive paraît désormais primer sur la protection des droits des individus, ou tout du moins, justifier la multiplication des atteintes qui leur sont portées. La recevabilité de la preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie constitue le paroxysme de ce phénomène de déconsidération des droits des individus : en supprimant l'exclusion de la preuve illicite, le juge anéantit toute sanction de la violation des règles légales, établies dans le but de préserver les individus des abus des autorités enquêtrices. Ainsi, seul le respect de la légalité matérielle, plus particulièrement de l'équité procédurale, semble trouver grâce aux yeux des juges nationaux, et ce dans tous les États membres étudiés.

Malgré toutes les inquiétudes qu'une telle situation suscite, il est indéniable que le déclin du respect de la légalité formelle est favorable à la recevabilité mutuelle de la preuve dans l'espace pénal européen, les divergences procédurales ne constituant plus un frein à l'utilisation de la preuve obtenue en méconnaissance du droit national. Pourtant, est-il acceptable de profiter des défaillances du droit probatoire national, propices à un

renforcement des outils de coopération ? La réponse semble évidente. D'une part, exploiter les faiblesses exposées précédemment serait contreproductif. À court terme<sup>1494</sup>, les avantages résultant de l'obtention facilitée des preuves seraient manifestes pour l'accusation. Pourtant, il serait illusoire de se contenter des effets bénéfiques sur la coopération, les risques résultant de cette situation étant réels. En effet, si la preuve illégale est recevable, cette situation doit rester exceptionnelle. Partir du principe que la libre circulation des preuves est possible grâce aux faiblesses du droit national laisse la voie ouverte à la multiplication des erreurs judiciaires, dues à la pauvre qualité de la preuve. Par ailleurs, le transfert de preuves illégales et donc moins fiables pose à terme le problème du maintien d'un certain degré de confiance entre les systèmes judiciaires des États membres, confiance déjà fragile. De plus, les droits fondamentaux de la personne poursuivie n'en seraient que plus exposés, le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve ne pouvant que difficilement être mis en œuvre. La construction de la légalité de la preuve européenne représente alors une chance à saisir pour palier les défaillances des régimes probatoires nationaux.

---

<sup>1494</sup> J. LELIEUR, «La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?», *op. cit.*, p. 17.

## PARTIE 2

# LA LÉGALITÉ DE LA PREUVE « EUROPÉENNE » : UNE CONSTRUCTION INACHEVÉE

**282. Définition de la « preuve européenne ».** Le concept de « preuve européenne » peut être doublement interprété. En premier lieu, l'existence de la preuve européenne a pu être discutée sur la base des similitudes que présentent les régimes nationaux. En effet, comme le soutient Monsieur le Professeur Spencer, le socle commun de règles relatives à la preuve dans l'Union européenne justifierait le recours à un tel concept<sup>1495</sup>. La preuve européenne serait donc recueillie selon des règles « européennes »<sup>1496</sup>, communes à tous les États membres. Dans notre étude, le concept de « preuve européenne » est abordé de façon beaucoup plus pragmatique. La preuve européenne<sup>1497</sup>, en opposition à la preuve nationale, réfère à l'extranéité : c'est l'élément recueilli dans le cadre d'une procédure d'investigation transnationale, principalement par la mise en œuvre d'instruments de coopération judiciaire<sup>1498</sup>. Ainsi, la légalité de la preuve européenne résulte de l'articulation des normes

---

<sup>1495</sup> J. R. SPENCER, «The Concept of "European Evidence"», *ERA-Forum*, vol. 4, n° 2, 2003, p. 29 et s.

<sup>1496</sup> Éventuellement suite à l'uniformisation du droit pénal procédural, comme cela a été dans le cadre du *Corpus Juris*, v. M. DELMAS-MARTY et J. A. E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, 2000, *op. cit.*

<sup>1497</sup> Les termes de preuve européenne, preuve transnationale ou preuve transfrontière recouvrent ici la même signification.

<sup>1498</sup> Selon Monsieur le Professeur Vogel, « une preuve est transnationale lorsqu'elle concerne, au moins, deux États ou une organisation internationale ou transnationale, qui se doit fondamentalement à deux circonstances : d'une part, que le moyen de preuve se trouve dans un État différent de celui de l'autorité judiciaire compétente et, d'autre part, que les moyens probatoires d'un même fait punissable se trouvent

internes de l'État membre à l'origine des investigations transnationales, des normes internes de l'État membre participant au recueil effectif de la preuve, et des règles de coopération judiciaire horizontales et verticales.

**283. La légalité de la preuve européenne : une construction déséquilibrée.** La légalité de la preuve européenne est une question éminemment complexe et ceci pour deux raisons principales. La première tient à son absence d'autonomie. À défaut de règles procédurales uniformes, édictées au niveau supranational, la légalité de la preuve européenne repose principalement sur la légalité de la preuve nationale. La recherche et le recueil effectifs des preuves dans le cadre d'une enquête transnationale reposent essentiellement sur la mise en œuvre du droit national, par les autorités judiciaires internes compétentes. Les défaillances du droit probatoire national rejaillissant sur la légalité de la preuve européenne, il aurait ainsi été inadéquat d'aborder ce sujet sans une étude préalable du droit national.

La deuxième difficulté tient à la construction déséquilibrée de la légalité de la preuve européenne. Alors que les règles organisant la recherche et l'administration de la preuve doivent être le fruit d'un juste équilibre entre efficacité et liberté, la seconde tempérant l'enthousiasme de la première, il en va différemment au niveau européen. L'espace pénal européen s'étant principalement développé sur la volonté d'apporter une réponse répressive à la criminalité transnationale<sup>1499</sup>, la légalité de la preuve européenne est profondément marquée par l'obsession d'offrir aux autorités judiciaires les instruments nécessaires à une coopération judiciaire efficace. Rééquilibrer la légalité de la preuve en vue de l'épanouissement de l'espace pénal européen nécessite ainsi de renforcer la protection des droits fondamentaux des individus dans les procédures répressives transnationales. À cette fin, accompagner les instruments de coopération judiciaire d'un mécanisme de sanction semble indispensable, face aux carences nationales dans l'organisation d'un contrôle juridictionnel effectif de la légalité de la preuve (Titre 1). Néanmoins, le succès d'une telle entreprise ne pourra être complet sans le renforcement des garanties procédurales dans l'espace pénal européen, en vue de leur harmonisation (Titre 2).

---

dans divers États », J. R. VOGEL, « La preuve transnationale dans le procès pénal : cadre pour la théorie et la pratique », in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 115.

<sup>1499</sup> « L'espace judiciaire pénal européen est principalement tournée vers la lutte contre la criminalité, c'est-à-dire vers la recherche, la poursuite et la condamnation des auteurs d'infractions. », v. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 22 et s.

## TITRE 1

# DE LA NÉCESSITÉ D'ÉQUILIBRER LES MÉCANISMES DE COOPÉRATION JUDICIAIRE

**284. La profusion d'instruments destinés à faciliter la répression des infractions transnationales.** Un des objectifs poursuivis par la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne<sup>1500</sup> est la simplification de la coopération judiciaire concernant l'obtention de la preuve. En effet, le domaine est marqué par l'abondance d'instruments disponibles, s'imbriquant difficilement. Une telle accumulation normative appellerait dans un premier temps à l'indulgence, tant la tâche est délicate. En dépit des divergences procédurales apparentes, les États souverains se sont progressivement résolus à relâcher leur emprise sur la matière pénale, aux fins de lutte contre la criminalité transnationale<sup>1501</sup>. Dès lors, les instruments de coopération judiciaire n'ont eu de cesse de vouloir faciliter, tout du moins en théorie, le travail des autorités enquêtrices, notamment par l'établissement de réseaux en vue de l'amélioration des contacts directs entre autorités judiciaires<sup>1502</sup>. L'adoption successive d'instruments a donc tenté de remédier aux déficiences des instruments existants, déficiences principalement révélées par la pratique, tout en s'adaptant aux évolutions technologiques, juridiques, et politiques de la société. L'objectif constant était d'offrir aux autorités judiciaires les outils nécessaires à une enquête transnationale efficace et un recueil des preuves européennes facilité (Chapitre 1). Or cette

---

<sup>1500</sup> Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale, Bruxelles, le 29 avril 2010, Dossier interinstitutionnel : 210/0817 (COD), 9145/10 COPEN 115 CODEC 363 EUROJUST 47 EJM 12.

<sup>1501</sup> « *There was an increasing need of national prosecution authorities to cooperate in order to be on a level playing field with international (and often organised) crime* », F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, « Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order », *European Criminal Law Review*, n° 1, 2011, p. 57.

<sup>1502</sup> Sur les différentes sortes de coopération, v. S. GLESS, « Police And Judicial Cooperation Between The European Union Member States. Results And Prospects », in *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, 2009, *op. cit.*, p. 29.

abondance fut contreproductive, tant pour l'efficacité de la coopération judiciaire<sup>1503</sup>, que pour la recevabilité mutuelle de la preuve européenne. Il fut laissé aux États membres le soin de régler les problèmes de recevabilité nés des divergences procédurales des États membres coopérant, mais également ceux relatifs à la légalité des actes des nouveaux acteurs européens<sup>1504</sup>, alors que l'accumulation d'instruments a été et est toujours incontestablement génératrice d'illégalités, dues à l'application chaotique et délicate de ces mécanismes se superposant. Seul un contrôle juridictionnel effectif de la légalité de la preuve européenne accompagnant les mécanismes de coopération judiciaire permettrait de rééquilibrer l'enquête transnationale répressive et assurer une meilleure protection des droits fondamentaux dans l'espace pénal européen (Chapitre 2).

---

<sup>1503</sup> « Les principales difficultés sont liées à la fragmentation et à la complexité du cadre juridique régissant actuellement l'obtention de preuves en matière pénale, ainsi qu'au champ d'application limité du principe de reconnaissance mutuelle », S. MANACORDA, «Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ?», *RSC*, oct.-déc. , 2010, p. 952.

<sup>1504</sup> *Ibid.*, p. 38



## Chapitre 1. Les déficiences du cadre normatif de l'obtention de la preuve européenne

**285. La coopération judiciaire pénale : un domaine partagé entre entraide judiciaire et reconnaissance mutuelle.** La recherche, le recueil et l'obtention des preuves à l'échelle transnationale est une question paradoxalement marquée par l'abondance des instruments organisant la coopération judiciaire et par l'incohérence<sup>1505</sup> et la complexité globale du cadre légal. La matière est en effet régie et fragmentée<sup>1506</sup> par des instruments coexistant, d'initiative intergouvernementale pour la plupart : les instruments d'entraide judiciaire d'une part, auxquels s'ajoutent désormais ceux adoptés sous l'égide du principe de reconnaissance mutuelle.

L'entraide judiciaire est un mode de coopération reposant, comme son nom le laisse deviner, sur l'aide mutuelle que les autorités judiciaires vont pouvoir s'apporter. Elle peut être définie comme « étant un ensemble d'actes qu'une autorité judiciaire compétente (autorité requise) relevant d'un État (État requis) accomplit pour le compte d'une autorité judiciaire requérante relevant d'un autre État (État requérant) »<sup>1507</sup>. Concrètement, l'autorité requérante formule une requête à travers une commission rogatoire internationale, en vue de l'exécution de mesures d'investigations destinées à recueillir les preuves nécessaires à la répression d'une infraction transnationale<sup>1508</sup>. La commission rogatoire peut viser à l'obtention d'une preuve disponible<sup>1509</sup> ou au recueil d'une preuve non encore disponible<sup>1510</sup>.

Parallèlement à l'expansion de la coopération judiciaire sous la forme d'une assistance flexible entre autorités judiciaires se sont développés les instruments relevant de la

---

<sup>1505</sup> Selon Monsieur le Professeur VERMEULEN, ce domaine est caractérisé par des inconsistances, incohérences et lacunes, v. G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU - Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, Anvers, Maklu, 2011, p. 11.

<sup>1506</sup> Sur ce caractère fragmenté, v. J. R. SPENCER, «An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering», *op. cit.*, p. 28 et s.

<sup>1507</sup> G. DEMANET, «Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale», *op. cit.*, p. 811. Dans le même sens, « l'entraide judiciaire consiste pour un État à faire accomplir sur son territoire, par ses agents publics, des actes à la demande d'un autre État, lequel considère qu'ils sont nécessaires ou, à tout le moins, utiles pour une procédure qu'il a engagée », D. REBUT, *Droit pénal international*, 2012, *op. cit.*, p. 135.

<sup>1508</sup> G. DEMANET, «Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale», *op. cit.*, p. 812.

<sup>1509</sup> Comme par exemple l'exécution d'une mesure de perquisition, d'une saisie, ou d'une mesure de gel.

<sup>1510</sup> Cette hypothèse recouvre le recueil de nouvelles preuves grâce à l'organisation d'une audition, d'une confrontation, d'une expertise, ou le recueil de données en temps réel comme l'interception des télécommunications.

reconnaissance mutuelle<sup>1511</sup>. Fondé sur la « confiance réciproque des États membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs »<sup>1512</sup>, le principe a été érigé en 1999 comme « la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale » dans l'Union européenne<sup>1513</sup>. Son champ d'application est très large puisqu'il concerne toutes les phases de la procédure pénale, y compris celle précédant la phase de jugement<sup>1514</sup>. Concrètement, en application du principe de reconnaissance mutuelle, « une décision prise par une autorité dans un État pourrait être acceptée en tant que telle dans un autre État, même si une autorité comparable n'existe pas dans cet État, ou ne peut prendre une telle décision ou aurait pris une décision totalement différente dans un cas comparable »<sup>1515</sup>.

**286. Des instruments défaillants.** L'entraide judiciaire est aujourd'hui la seule forme de coopération utilisée par les autorités judiciaires pour l'obtention ou le recueil de la preuve à l'étranger. Elle bénéficie d'un régime très flexible, l'étendue de l'assistance entre autorités enquêtrices ne se limitant qu'à la propre volonté des acteurs de l'entraide<sup>1516</sup>. Mais ce mode de coopération souffre des inconvénients nés de ces avantages : la grande liberté laissée aux autorités judiciaires occasionne lenteur<sup>1517</sup> et incertitude à l'égard de l'exécution des commissions rogatoires. Le développement de la coopération judiciaire autour du principe de reconnaissance mutuelle est orienté vers la suppression des difficultés rencontrées par la mise en œuvre de l'entraide judiciaire<sup>1518</sup> en imposant des délais de reconnaissance ou d'exécution stricts et en encadrant les motifs de refus. Cependant, les premiers instruments de reconnaissance mutuelle ont été victimes de ces critères ambitieux, destinés à fluidifier la coopération judiciaire : suite à des longues négociations, les instruments relatifs aux preuves pénales ne sont toujours pas réellement mis en œuvre. Actuellement, les autorités judiciaires

---

<sup>1511</sup> À ce jour, seulement deux instruments relatifs aux preuves pénales ont été effectivement adoptés : la décision-cadre du 22 juil. 2003 sur le gel des avoirs et des preuves et la décision-cadre du 18 déc. 2008 sur le mandat d'obtention de preuve.

<sup>1512</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* n° C 12 du 15 jan. 2001, p. 10.

<sup>1513</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, pt. 33.

<sup>1514</sup> *Ibid.*, pt. 36.

<sup>1515</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 juil. 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales dans le domaine pénal, COM(2000) 495 final, pt. 3.1.

<sup>1516</sup> Cette absence de limitation est parfaitement adaptée aux besoins des praticiens, V. JAMIN, « A comprehensive approach : the scope of the EIO », Intervention lors de la conférence « La décision d'instruction européenne en matière pénale – Un pas de plus vers l'obtention de preuves dans les affaires transfrontalières dans l'UE », Bruxelles, les 14 et 15 déc. 2010, organisée par l'ERA.

<sup>1517</sup> F. TRAVAILLOT, « L'assistance mutuelle dans l'Union européenne - La pratique française », *op. cit.*, p. 84. V. aussi S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, 2009, *op. cit.*, p.157.

<sup>1518</sup> Le reconnaissance mutuelle apporterait l'amélioration substantielle de l'effectivité requise dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, v. L. HARRIS, « Mutual Recognition from a Practical Point of View: Cosmetic or Radical Change? », in *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, 2002, *op. cit.*, p. 109.

engagées dans une enquête transnationale sont ainsi confrontées au système morcelé mais cependant efficient de l'entraide judiciaire (Section 1), auquel les instruments issus du principe de reconnaissance mutuelle n'ont pu apporter d'amélioration significative (Section 2).

## Section 1. La superposition des instruments d'entraide judiciaire

**287. Typologie de la coopération interétatique.** L'entraide judiciaire en matière pénale est constituée d'un ensemble considérable d'instruments hétérogènes, adoptés dans le cadre d'organisations internationales<sup>1519</sup> ou entre États souverains<sup>1520</sup>, ratifiés par peu d'États<sup>1521</sup> ou de très grande envergure<sup>1522</sup>, visant certaines formes de criminalité<sup>1523</sup> ou aucune de manière spécifique<sup>1524</sup>. Les instruments de coopération interétatiques peuvent être classifiés selon l'intensité de l'engagement qu'ils impliquent : alors que l'aide que les États s'accordent mutuellement est appelée l'entraide secondaire, l'entraide primaire implique un abandon de souveraineté, réalisé par une délégation de compétence<sup>1525</sup>. Cependant, l'entraide judiciaire primaire, de par ses conséquences sur la souveraineté de l'État, est en pratique très limitée<sup>1526</sup> et la plupart des instruments de coopération exploités par les États répondent aux principes de l'entraide judiciaire secondaire, permettant à un État requérant de demander à l'État requis l'aide nécessaire pour lui permettre de mener à bien sa mission répressive<sup>1527</sup>. Cette catégorie, beaucoup plus riche que la première, laisse plus de flexibilité aux États : l'entraide judiciaire secondaire majeure, relative à l'extradition, est complétée par l'entraide

---

<sup>1519</sup> Principalement dans l'étude présente, le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne.

<sup>1520</sup> Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, signé à Bruxelles le 27 juin 1962, Luxembourg Mémorial A n° 13 du 22 mars 1965.

<sup>1521</sup> Comme par exemple, la Convention européenne pour la répression des infractions routières du Conseil de l'Europe, du 30 nov. 1964, *STE* n° 052, ratifiée par seulement 5 États : Chypre, Danemark, France, Roumanie et Suède (situation au 6 juin 2013).

<sup>1522</sup> Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avr. 1959, *STE* n° 030, ratifiée par 50 États (situation du 6 juin 2013).

<sup>1523</sup> Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du Conseil de l'Europe, du 8 nov. 1990, *STE* n° 141, ratifiée par 48 États (situation au 7 juin 2013) ; Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe du 23 nov. 2001, *STE* n° 185, ratifiée par 39 États (situation au 7 juin 2013)

<sup>1524</sup> Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000, *JOCE*, n°197, 12 juil. 2000, p. 3.

<sup>1525</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 51.

<sup>1526</sup> Elle concerne par exemple la transmission de poursuite et l'exécution de condamnations. V. *Ibid.*, p. 53.

<sup>1527</sup> V. E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 111.

judiciaire secondaire mineure, regroupant toutes les autres formes d'entraide, notamment celle relative au recueil de la preuve par l'État requis pour le compte de l'État requérant<sup>1528</sup>.

**288. Typologie de l'entraide judiciaire (secondaire) mineure.** La matière n'ayant jamais connu de profonde réforme abrogatoire, un certain nombre d'accords et conventions, bilatéraux ou multilatéraux, coexistent et peuvent être mis en œuvre par les autorités étatiques. Nous envisagerons ainsi les forces et les faiblesses des instruments permettant l'obtention de la preuve européenne en les regroupant sous deux catégories. La première forme d'entraide judiciaire de grande envergure résulte des travaux du Conseil de l'Europe, lesquels ont résulté en l'adoption en 1959 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, puis en 1978 de son premier protocole additionnel. Reposant sur l'intervention du pouvoir politique, cette forme d'entraide appelant les États à s'accorder l'assistance la plus large possible représente l'entraide judiciaire classique (§ 1). Les instruments ultérieurs, consacrant la coopération directe entre autorités judiciaires et détaillant plus précisément certaines mesures d'enquêtes transnationales sont regroupés sous la catégorie de l'entraide judiciaire améliorée<sup>1529</sup> (§ 2).

### § 1. L'entraide judiciaire classique : une coopération intergouvernementale

La coopération intergouvernementale a été le premier moyen choisi par les États souverains pour mettre en œuvre l'entraide et l'assistance entre autorités judiciaires. Ce choix paraît évident compte-tenu du poids de la matière pénale dans les compétences de l'État, le droit de punir étant la compétence régaliennne par excellence. La première convention multilatérale relative à l'entraide judiciaire adoptée au sein du Conseil de l'Europe, si elle implique le pouvoir politique dans le processus de recherche et d'obtention de la preuve (B), reste aujourd'hui un instrument puissant, marqué par sa longévité (A).

---

<sup>1528</sup> *Ibid.*

<sup>1529</sup> L'opposition entraide judiciaire classique et entraide judiciaire améliorée a été celle présentée par Madame le Professeur A. WEYEMBERGH, v. A. WEYEMBERGH, L'obtention de la preuve dans l'UE : la situation actuelle dans l'Union européenne et dans les États membres et le Mandat d'obtention de preuve, Intervention lors la conférence « La décision d'instruction européenne en matière pénale : Un pas de plus vers l'obtention de preuves dans les affaires transfrontalière dans l'UE », Bruxelles, les 14 et 15 déc. 2010, organisée par l'ERA.

## A. L'avènement d'une coopération judiciaire flexible et extensible

Les premières concrétisations relatives à la coopération entre autorités étatiques aux fins de répression des infractions transnationales étaient caractérisées par leur champ d'application restreint et limité au caractère bilatéral des relations interétatiques. La matière fut profondément affectée par l'adoption d'un instrument multilatéral (1), offrant aux États le cadre nécessaire pour une coopération flexible et librement modulable (2).

### 1. Un instrument d'envergure : la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959

**289. L'adoption d'un instrument multilatéral d'envergure<sup>1530</sup>.** La coopération judiciaire originelle était le fruit de conventions bilatérales spécifiques, le plus souvent entre États frontaliers. L'extradition était le sujet de prédilection<sup>1531</sup>, les compétences des autorités judiciaires durant la phase pré-sententielle demeurant exclusivement nationales. En 1953, la question de l'extradition est devenue le centre des attentions du Conseil de l'Europe, l'entraide judiciaire n'étant au départ qu'accessoire à la procédure de transfèrement<sup>1532</sup>. Pourtant, l'intérêt pratique du sujet<sup>1533</sup> a poussé le Comité des ministres à initier l'élaboration d'un instrument relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale, indépendamment du succès de la procédure d'extradition.

Adopter un instrument ambitieux de coopération judiciaire en matière pénale sous l'égide du Conseil de l'Europe était alors judicieux et légitime. L'organisation offrait une réunion d'États suffisamment importante<sup>1534</sup> pour espérer une large application de l'instrument, garantie de son succès. Par ailleurs, à travers une union plus étroite entre ses membres, le rôle du Conseil de l'Europe est de promouvoir la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>1535</sup>, ainsi que l'État de droit. Or la coopération judiciaire en matière pénale répond à ce double objectif : d'une part, en aidant les États à

---

<sup>1530</sup> De nombreux instruments de coopération ont été adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe, v. J.-P. HOFFMANN, «L'Évolution de la coopération judiciaire en matière pénale», *op. cit.*, p. 59 et s. Néanmoins, dans le but de limiter la présentation à l'obtention de la preuve pénale, seul la Convention européen d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959 sera abordée.

<sup>1531</sup> Par exemple, la Convention pour assurer la répression des crimes et délits entre la Belgique et l'Espagne, signée à Bruxelles, le 17 juin 1870, facilitait le transfèrement de personnes pour certaines infractions.

<sup>1532</sup> Un comité d'experts gouvernementaux a été chargé de réfléchir aux principes généraux encadrant l'extradition pour les inclure dans une Convention européenne d'extradition, signée à Paris le 13 décembre 1957.

<sup>1533</sup> Rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1534</sup> Quinze États étaient alors membres du Conseil de l'Europe en 1959.

<sup>1535</sup> Art. 1 du Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949.

assurer la protection des droits et libertés de leurs citoyens en permettant la répression effective des infractions pénales<sup>1536</sup>, et d'autre part, en offrant un cadre limitant les pouvoirs des autorités répressives et protégeant la personne poursuivie du caractère arbitraire ou opaque des enquêtes transnationales.

La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale a rapidement été adoptée en 1959, mais n'est entrée en vigueur qu'en 1962. Alors que la France et la Belgique ont ratifié la Convention dans les années qui suivirent<sup>1537</sup>, elle ne fut ratifiée par le Royaume-Uni qu'en 1991. Deux protocoles additionnels sont venus la compléter : le premier<sup>1538</sup>, en 1978, ne fut pas d'une grande importance, mais a néanmoins permis d'élargir un peu plus le champ d'application du texte en supprimant l'exception relative aux infractions fiscales, ainsi qu'en ajoutant d'autres mesures annexes<sup>1539</sup>. Le second<sup>1540</sup> apporta des améliorations significatives, mais son impact reste limité compte-tenu du peu de ratifications de la part des États<sup>1541</sup> et des similitudes qu'il présente avec la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne<sup>1542</sup>.

## 2. La flexibilité et l'adaptabilité de la Convention

**290. La flexibilité de la mise en œuvre de l'entraide.** Le champ d'application de la Convention de 1959 a été voulu extrêmement vaste et extensible : le Conseil de l'Europe donne un cadre que les parties exploitent selon leur bon vouloir. Selon la lettre de la Convention, la mise en action de l'entraide judiciaire ne connaît que peu d'obstacles. Elle peut être demandée « dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires requérantes »<sup>1543</sup>. Aucun seuil de gravité n'est envisagé par le texte, aucune peine minimale encourue requise : l'entraide judiciaire peut être demandée et accordée sur la base d'une

---

<sup>1536</sup> L'impunité du délinquant faute de coopération judiciaire effective représentant également une atteinte à l'État de droit.

<sup>1537</sup> Respectivement 1967 et 1975.

<sup>1538</sup> Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 17 mars 1978, *STE* n° 099, ratifié par tous les États membres de l'Union Européenne.

<sup>1539</sup> Art. 3 du 1<sup>er</sup> protocole additionnel de 1978 : « La Convention s'appliquera également : à la notification des actes visant l'exécution d'une peine, le recouvrement d'une amende ou le paiement des frais de procédure ; aux mesures relatives au sursis au prononcé d'une peine ou à son exécution, à la libération conditionnelle, au renvoi du début d'exécution de la peine ou à l'interruption de son exécution ».

<sup>1540</sup> Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 nov. 2001, *STE* n° 198.

<sup>1541</sup> Le texte n'a été ratifié que par 29 États, l'Allemagne, l'Espagne, la Suède ou encore l'Italie n'en faisant pas partie.

<sup>1542</sup> V. *infra*.

<sup>1543</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

simple contravention<sup>1544</sup>. Deux motifs de refus étaient cependant prévus par la Convention. Le premier, concernant les infractions politiques et les infractions fiscales, a été amputé par le protocole additionnel de 1978, supprimant l'exonération facultative<sup>1545</sup> relative aux infractions fiscales<sup>1546</sup>. La partie requise a également toujours la possibilité de refuser l'entraide dans le but de prévenir toute « atteinte à la souveraineté, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels<sup>1547</sup> de son pays »<sup>1548</sup>, termes dont la définition est suffisamment large pour offrir aux États une marge de manœuvre généreuse<sup>1549</sup>. Pour conclure, l'entraide judiciaire est aussi aisée à mettre en œuvre qu'à refuser.

**291. L'étendue de l'entraide.** Soucieux de préserver la souveraineté des États, la Convention laisse les États parties maîtres de l'étendue de l'entraide qu'ils souhaitent mutuellement s'accorder, ceux-ci s'engageant néanmoins à fournir l'aide « la plus large possible »<sup>1550</sup>. Cette formule généreuse englobe toutes les mesures d'enquêtes potentiellement requises par les autorités étatiques. De plus, elle est adaptable aux évolutions sociétale et technologique, ce qui explique la longévité de la Convention : la liste exhaustive des mesures ou infractions concernées aurait pu constituer un frein à la poursuite de phénomènes criminels nouveaux. La Convention peut ainsi être exploitée pour certaines mesures qui n'existaient pas lors de sa rédaction comme l'analyse ADN ou la visioconférence. Pour finir, les parties ne sont soumises à aucune contrainte temporelle relative à l'acceptation et l'exécution des mesures d'entraide judiciaire.

---

<sup>1544</sup> Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du Rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1545</sup> L'État requis disposait d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. V. Commentaire de l'article 2, *ibid.*

<sup>1546</sup> Art. 1<sup>er</sup> du protocole additionnel de 1978.

<sup>1547</sup> Les intérêts essentiels devant être entendus comme ceux de l'État et non des individus, v. le rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1548</sup> Art. 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1549</sup> En France, par exemple, le risque d'atteinte à l'ordre public peut conduire à refuser l'aide lorsque le droit français ne punit pas les faits sur lesquels porte la demande, ou lorsque la peine encourue dans l'État requérant est contraire à l'ordre public, comme la peine capitale. Les intérêts fondamentaux de la nation sont eux énoncés à l'art. 410-1 du code pénal et « s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ». V. F. TRAVAILLOT, « L'assistance mutuelle dans l'Union européenne - La pratique française », *op. cit.*, p. 78.

<sup>1550</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

## B. Les mesures relatives à l'obtention de la preuve

Les prérogatives des autorités judiciaires se trouvent désormais enrichies du pouvoir d'émettre des commissions rogatoires internationales, afin de demander aux autorités compétentes d'un autre État l'exécution d'une mesure d'enquête ou le transfert d'une preuve (1). Cependant, leur pouvoir décisionnel est fortement amputé du fait de l'implication du pouvoir exécutif dans la transmission des requêtes (2)

### 1. Une double forme d'entraide : la recherche et le transfert des preuves

**292. L'avènement des commissions rogatoires<sup>1551</sup> internationales<sup>1552</sup>.** La demande d'entraide prend la forme d'une commission rogatoire<sup>1553</sup> : c'est le « mandat donné par une autorité judiciaire d'un pays à une autorité judiciaire étrangère à l'effet de procéder en ses lieu et place à un ou plusieurs actes spécifiés par le mandat »<sup>1554</sup>. Ce mandat judiciaire permet aux autorités de l'État requis d'accomplir des « actes d'instruction ou de communiquer des pièces à conviction, des dossiers ou des documents »<sup>1555</sup>, dans les formes prévues par la législation de l'État requis.

Les commissions rogatoires empruntent normalement le canal diplomatique et transitent par les chancelleries nationales : le ministère de la Justice de l'État requérant adresse la demande au ministère de la Justice de l'État requis<sup>1556</sup>. En cas d'urgence cependant<sup>1557</sup>, les autorités judiciaires compétentes des deux parties peuvent convenir directement de l'entraide judiciaire. Pourtant, ni la Convention ni son rapport explicatif ne donnent de définition de l'urgence, qui selon une définition non juridique, suppose une situation pouvant entraîner un préjudice irréparable s'il n'y est porté remède à bref délai<sup>1558</sup>, ce qui est souvent le cas en matière répressive.

---

<sup>1551</sup> Au niveau national, une commission rogatoire est une délégation du pouvoir d'un magistrat, dans les cas où celui-ci nécessite l'intervention d'une autorité dans des lieux où il n'est territorialement pas compétente. V. S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003, v<sup>o</sup> Commission rogatoire. Cette définition a été transposée au niveau international par la Convention.

<sup>1552</sup> Sur la définition des commissions rogatoires internationales et sur les éléments principaux qu'elles contiennent, tel un bref résumé des faits, ou de détails sur l'identité de la personne poursuivie, v. S. D. BROWN, «Letter of Request briefing», in S. D. BROWN (éd.), *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008, p. 278.

<sup>1553</sup> Art. 3 § 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1554</sup> Rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1555</sup> Art. 3 § 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1556</sup> Art. 15, *ibid.*

<sup>1557</sup> La condition de l'urgence a été supprimée pour les États ayant ratifié le deuxième protocole additionnel.

<sup>1558</sup> Petit Larousse illustré, Paris, Larousse, 2011, v<sup>o</sup> urgence.



**293. Mesure d'enquête et transfert de preuve disponible.** L'entraide judiciaire peut ainsi concerner l'exécution d'un acte d'investigation, en vue d'obtenir un élément de preuve, suivi de sa transmission aux autorités de l'État requérant, mais également la remise des preuves disponibles, déjà recueillies par les autorités de l'État requis.

La réalisation d'actes d'instruction est le volet le plus pertinent de l'entraide judiciaire. En effet, dans la plupart des investigations, les enquêteurs ne savent pas précisément quelle preuve rechercher, ni quel élément leur sera utile par la suite. Il est alors primordial que les commissions rogatoires internationales visent une mesure à exécuter et non uniquement un élément disponible à transférer. Les actes d'instruction visés par le texte ne renvoient pas à une liste prédéfinie de mesures, le rapport explicatif de la Convention a donné une liste d'exemples non limitative comprenant l'audition de témoins, experts<sup>1559</sup> et prévenus, le transport sur les lieux, les perquisitions et les saisies<sup>1560</sup>. Les témoins et experts pourront également être invités à comparaître devant les juridictions de l'État requérant<sup>1561</sup>, mais ceux-ci ne peuvent y être astreints par la force<sup>1562</sup>. Le transfert de pièces disponibles est l'autre forme de coopération. Elle peut concerner des éléments de preuve comme les pièces à conviction, ou d'autres éléments du dossier, résultant d'actes d'instruction effectués précédemment à la réception de la commission rogatoire<sup>1563</sup>. L'article 13 de la Convention prévoit également la remise d'extrait du casier judiciaire et de tous renseignements relatifs à une personne poursuivie, ce dernier mentionnant notamment les condamnations précédemment prononcées<sup>1564</sup>.

Pour conclure, si la Convention renvoie spécifiquement à certaines mesures d'entraide, l'engagement de principe d'accorder l'aide la plus large possible coiffant l'ensemble du texte donne la base légale à toute forme d'entraide possible, les États en déterminant seuls les modalités.

---

<sup>1559</sup> Les témoins et experts peuvent déposer sous serment : art. 3 § 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1560</sup> Du fait de leur caractère particulièrement attentatoire aux droits et libertés fondamentales des individus, l'article 5 de la Convention précise que l'exécution de perquisitions et saisies peuvent être soumises à plusieurs conditions comme la double incrimination, ou la compatibilité de la mesure avec la loi de l'État requis.

<sup>1561</sup> Art. 10 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1562</sup> Rapport explicatif de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1563</sup> Art. 3 § 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1564</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 153.

## 2. Les limites de l'obtention de la preuve

**294. L'intervention du pouvoir exécutif dans la coopération judiciaire.** La souplesse de la Convention de 1959, telle qu'amendée par son premier protocole additionnel, présente néanmoins certains inconvénients, notamment au regard de l'implication du pouvoir exécutif dans la coopération judiciaire. En effet, la mise en œuvre de l'entraide entre les autorités nationales dépend, sauf urgence, d'une décision diplomatique. Il est évident qu'une autorité judiciaire enquêtant sur une affaire pénale est supposée être le plus souvent à l'origine de la demande : l'impossibilité de mener à bien sa mission au moyen d'instruments nationaux donne l'impulsion pour la mise en application des instruments internationaux. Néanmoins, c'est du ministère de la Justice de l'État requérant que doivent être adressées la plupart des demandes d'entraide judiciaire, vers le ministère de la Justice de l'État requis<sup>1565</sup>. Les éléments transférés doivent utiliser le même canal diplomatique<sup>1566</sup>.

L'implication du pouvoir exécutif présente certains avantages. En effet, la demande d'entraide émanant d'un ministère de la Justice a politiquement plus de force qu'une demande émise par une autorité judiciaire. On peut raisonnablement estimer qu'elle a plus de chances d'aboutir une fois le filtre de la chancellerie requisé passé. De plus, passer par une autorité centrale comme le ministère de la Justice ou des Affaires étrangères des États permet de contacter directement l'autorité compétente et d'éviter qu'une demande ne se perde dans les services de l'appareil judiciaire. Enfin, cette forme de coopération est très respectueuse de la souveraineté étatique en matière pénale. La validation de l'engagement d'autorités judiciaires vis-à-vis d'une autre État semble alors réaffirmer la place du droit pénal dans l'État souverain.

Pourtant, la prééminence du pouvoir exécutif dans ce mécanisme de coopération présente de nombreux inconvénients. En effet, l'acceptation d'une demande d'entraide par le ministère compétent peut être conditionnée à la bonne entente diplomatique entre les États impliqués. Par ailleurs, laisser la décision de coopération à la discrétion des autorités ministérielles peut freiner considérablement le travail des autorités judiciaires et affecter le bon déroulement de l'enquête. Elles deviennent dépendantes du bon vouloir du pouvoir exécutif, des éventuelles tensions affectant les relations diplomatiques des États, ou de l'encombrement de l'agenda des autorités ministérielles<sup>1567</sup>. De plus, l'introduction du pouvoir exécutif dans les compétences du pouvoir judiciaire est un risque d'arbitraire, celui-ci

---

<sup>1565</sup> Certains États comme la Suède et l'Irlande ont précisé que les demandes d'entraide transiteraient par le ministère des affaires étrangères.

<sup>1566</sup> Art. 15 § 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1567</sup> L'inaction du pouvoir exécutif pouvait potentiellement justifier le recours à l'entraide judiciaire directe, l'urgence justifiant la coopération entre autorités judiciaires.

étant libre d'apprécier l'opportunité de la requête. En effet, si l'exécution de la demande d'entraide est en principe obligatoire<sup>1568</sup>, aucun recours n'est envisagé en cas d'inexécution<sup>1569</sup>. Ces critères particulièrement vagues et susceptibles de donner lieu à de multiples interprétations peuvent justifier le refus de coopérer. Enfin, il est indéniable que ce mécanisme présente l'inconvénient majeur d'allonger la procédure en multipliant les étapes intermédiaires avant l'obtention effective des résultats de la mesure d'enquête. Aucun délai n'étant imposé par la Convention<sup>1570</sup>, la qualité et la force probante de la preuve recueillie peuvent être affectées : un témoignage recueilli trop tard pourra devenir approximatif et laisser plus de place à l'interprétation et à l'invention.

**Conclusion du paragraphe 1.** La Convention de 1959 a instauré le premier cadre légal permettant l'entraide judiciaire dans l'espace pénal européen et par conséquent le transfert d'éléments probatoires. Sa flexibilité et l'imprécision des formules employées ont fait d'elle un instrument parfaitement adapté aux besoins des États soucieux de préserver leurs compétences souveraines et adaptables aux évolutions de la société. Pourtant, ces caractéristiques qui ont fait sa force ne sont pas forcément adéquates pour répondre aux besoins d'efficacité et de rapidité de l'enquête pénale, entraînant inévitablement l'élaboration d'instruments plus performants, aux fins d'une coopération directe entre les autorités judiciaires.

## § 2. L'entraide judiciaire améliorée : une coopération directe et ciblée

Marquée par la lourdeur des procédures de transmission et d'exécution des commissions rogatoires internationales<sup>1571</sup>, la simplification de l'entraide judiciaire était devenue nécessaire pour les praticiens<sup>1572</sup>. L'allègement et l'assouplissement des mécanismes ont été principalement opérés par la signature d'accords multilatéraux<sup>1573</sup>, dont l'accord de

---

<sup>1568</sup> Art. 3 § 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1569</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 147.

<sup>1570</sup> Le second protocole additionnel est venu modifier ce point en modifiant l'article 1 : la mention vague « dans les meilleurs délais » accompagne désormais l'obligation de s'accorder l'entraide la plus large possible.

<sup>1571</sup> G. DEMANET, « Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale », *op. cit.*, p. 822.

<sup>1572</sup> *Ibid.*

<sup>1573</sup> C'est le cas par exemple du Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale, signé le 27 juin 1962, v. M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1440. Le groupe TREVI (Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme, Violence Internationale), s'il n'a jamais débouché sur la création d'instruments normatifs, est pourtant significatif de la volonté de certains États de renforcer la coopération policière et judiciaire en matière pénale. V. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 26. V. également W. DE LOBKOWICZ, *L'Europe et la sécurité intérieure - Une élaboration par étapes*, Paris, La documentation française, 2002, p. 18 et s.

Schengen<sup>1574</sup>, complété par la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000. Ces instruments modifièrent profondément et positivement la coopération judiciaire en simplifiant les rapports entre les autorités compétentes. Ainsi, par la judiciarisation de la coopération judiciaire, l'entraide entre autorités nationales devient la « chose des juges »<sup>1575</sup> en s'affranchissant du pouvoir exécutif (A). Par ailleurs, la fluidification de la transmission des demandes d'enquête s'inscrit dans un mouvement réformateur plus large, concrétisé par la mise en place de mécanismes effectifs à l'égard de l'obtention de la preuve européenne (B).

#### A. Vers la judiciarisation de la coopération en matière pénale.

Limité au départ au territoire de cinq États, l'espace Schengen a permis le développement de principes novateurs ayant fortement influé sur la coopération judiciaire et policière. Les réussites rencontrées ont eu un effet attractif sur d'autres États, modernisant graduellement les relations entre les autorités judiciaires dans l'Union européenne (1). Cette dynamique d'amélioration de l'assistance mutuelle par sa judiciarisation, grâce au renforcement des pouvoirs des autorités judiciaires, fut complétée par l'adoption d'une nouvelle convention au sein de l'Union européenne (2).

##### 1. La modernisation graduelle de l'entraide judiciaire grâce à la Convention de Schengen

Si la Convention de Schengen avait pour ambition première de faciliter les échanges commerciaux entre certains États frontaliers (a), son succès a permis l'extension de mesures relatives à la coopération policière et judiciaire au sein de l'espace Schengen (b).

##### *a. La création d'un laboratoire d'essai<sup>1576</sup> juridique : l'espace Schengen*

**295. La concrétisation d'un engagement de principe.** La coopération judiciaire actuelle, tant en matière civile qu'en matière pénale, doit beaucoup aux travaux effectués dans

---

<sup>1574</sup> Pour Monsieur Elsen, l'exemple des accords de Schengen montre les avantages d'une « coopération renforcée », bien que l'accord restreint conclu entre ces quelques États ne soit pas une coopération renforcée *stricto sensu*, cette possibilité n'ayant été introduite qu'avec le traité de Maastricht, v. C. ELSÉN, «Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne», *ERA-Forum*, 2011, p. 74 et s.

<sup>1575</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1576</sup> L'expression « laboratoire juridique » est de Mme la ministre chargée des affaires européennes en 1985, Edith CRESSON, v. W. DE LOBKOWICZ, *L'Europe et la sécurité intérieure - Une élaboration par étapes*, 2002, *op. cit.*, p. 25.

le cadre de la coopération Schengen<sup>1577</sup>. Était initialement discutée la suppression graduelle des contrôles douaniers aux frontières communes des États signataires<sup>1578</sup>, discussion concrétisée par la signature de l'Accord de Schengen<sup>1579</sup> par l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas. La création du si célèbre « espace Schengen » matérialise la volonté des États signataires de créer un espace sans frontières intérieures<sup>1580</sup> et constitue une étape significative dans la construction d'un espace pénal européen<sup>1581</sup>. En effet, parallèlement à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, les Parties s'engagent en matière répressive, notamment dans la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants<sup>1582</sup> et d'armes<sup>1583</sup>, mais également contre les mouvements irréguliers de capitaux<sup>1584</sup>. À cette fin, l'amélioration de l'échange d'informations et de renseignements est préconisée<sup>1585</sup>. L'accord invite également les parties à entamer des discussions en vue de « l'élaboration d'arrangements concernant la coopération policière en matière de prévention de la délinquance »<sup>1586</sup> et l'entraide judiciaire internationale<sup>1587</sup>. Cet accord est un engagement de principe, ne présentant pas de dispositions contraignantes. Néanmoins, il traduit la volonté des États de renforcer la coopération judiciaire et policière, conscients que la libre circulation des personnes est un facteur favorisant le développement de la criminalité transfrontalière et nécessitant l'établissement de mécanismes compensatoires<sup>1588</sup>.

La Convention d'application de l'accord de Schengen<sup>1589</sup> du 19 juin 1990 est venue apporter cinq ans plus tard le cadre normatif qui manquait aux engagements pris par les parties signataires. Entrée en vigueur en 1995, la Convention de Schengen a été ratifiée par la

---

<sup>1577</sup> C. ELSSEN, «Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne», *op. cit.*, p. 70.

<sup>1578</sup> En 1984, la grève des chauffeurs routiers contre la longueur de la procédure liée au franchissement des frontières a été le déclencheur de la coopération Schengen. V. Se. DE BIOLLEY, «Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne - Les débuts : acquis de Schengen», *op. cit.*, p. 24.

<sup>1579</sup> Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985, *JO* n° L 239 du 22 sept. 2000, p. 13-18.

<sup>1580</sup> La suppression des formalités douanières et de police pour la circulation des personnes à l'intérieur du territoire des Communautés avait été adoptée par le Conseil en juin 1984. V. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 578.

<sup>1581</sup> É. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 26. V. aussi S. GARCIA-JOURDAN, *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, 2005, *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>1582</sup> Art. 8 de l'Accord de Schengen.

<sup>1583</sup> Art. 9, *ibid.*

<sup>1584</sup> *Ibid.*

<sup>1585</sup> *Ibid.*

<sup>1586</sup> Art. 18 a), *ibid.*

<sup>1587</sup> Art. 18 b), *ibid.*

<sup>1588</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 579.

<sup>1589</sup> Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE* n° L 239 du 22 sept. 2000 p. 19-62.

plupart des États membres l'Union Européenne<sup>1590</sup>. Le Royaume-Uni et l'Irlande bénéficient d'un statut particulier : les deux États ont manifesté leur volonté de participer à une large partie de la coopération, à l'exclusion seulement de l'ouverture des frontières<sup>1591</sup>. L'acquis de Schengen<sup>1592</sup> fut par la suite intégré dans le paysage normatif de l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam en 1997<sup>1593</sup>.

#### *b. Les apports en matière de coopération policière et judiciaire*

Le volet emblématique des acquis de Schengen est la suppression des contrôles policiers et douaniers aux frontières intérieures de l'espace Schengen. Cependant, les mesures compensatoires de coopération policière (i) et judiciaire (ii) constituent l'apport le plus pertinent au regard de la répression pénale et du recueil des preuves.

#### *i. Coopération policière*

**296. Des mesures axées sur la participation des autorités.** Conscients des effets secondaires qu'est susceptible d'occasionner la libre circulation des personnes et donc des délinquants, les rédacteurs des textes constitutifs de l'acquis de Schengen<sup>1594</sup> ont envisagé des mesures compensatoires destinées à faciliter la tâche des services de police<sup>1595</sup>. L'abolition des frontières pour les services de police en constitue l'un des aspects les plus innovants<sup>1596</sup>, en permettant la présence d'enquêteurs étrangers sur le territoire d'un État<sup>1597</sup>, capables de recueillir des éléments susceptibles d'être produits devant un juge pénal en tant que preuve. Le renforcement de la coopération est alors matérialisé par deux mesures importantes :

---

<sup>1590</sup> Vingt-deux États membres de l'UE font partie de l'espace Schengen, le Royaume-Uni, l'Irlande, Chypre, la Roumanie et la Bulgarie n'ayant pas ratifié l'ensemble des instruments. Données issues de <http://www.touteurope.eu/fr/actions/citoyennete-justice/schengen/presentation.html>

<sup>1591</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 96. ; G. VERMEULEN, «The European Union Convention on mutual assistance in criminal matters», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 183.

<sup>1592</sup> Les accords relatifs à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes de 1985 et de 1990, les accords connexes et les règles adoptées sur la base desdits accords, et les décisions du comité exécutif institué par les accords de Schengen.

<sup>1593</sup> Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, JOCE n° C 340, du 10 nov. 1997, p. 93 – 96.

<sup>1594</sup> L'acquis de Schengen « représente l'ensemble des accords, protocoles et autres dispositions signés par certains États membres de l'Union dans le cadre de Schengen », v. C. DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, v° acquis de Schengen.

<sup>1595</sup> Ces mesures sont coiffées d'un engagement de principe à l'article 39 de la Convention de Schengen, les services de polices s'accordant l'assistance aux fins de la prévention et de la recherche des faits punissables.

<sup>1596</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 96.

<sup>1597</sup> Se. DE BIOLLEY, «Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne - Les débuts : acquis de Schengen», *op. cit.*, p. 28.

l'observation et la poursuite transfrontalières. En effet, dans le cadre d'une enquête judiciaire, les agents de police assurant l'observation d'une personne suspectée d'avoir pris part à une infraction d'une certaine gravité sont désormais autorisés à continuer leur activité de surveillance et de filature sur le territoire d'un autre pays de l'espace Schengen<sup>1598</sup>. Cette possibilité reste néanmoins soumise à l'établissement préalable d'une autorisation de l'État sur lequel l'observation va se dérouler, sauf urgence<sup>1599</sup>. Ces mêmes autorités policières ont également la possibilité de suivre une personne sur le territoire d'un autre État en cas de flagrant délit, sans avoir averti préalablement les autorités de l'État compétentes de cet autre État<sup>1600</sup> : l'urgence particulière de la situation justifie l'ininteruption de la poursuite. L'interpellation de cette personne par les autorités poursuivantes est également envisageable<sup>1601</sup>.

Ces deux situations relatives à l'enquête pénale, spécifiques à l'action des services de police, peuvent mener à l'obtention de certains éléments de preuves<sup>1602</sup> sur le territoire d'un autre État : les constatations, procès-verbaux et témoignages des agents effectuant la filature à l'étranger, mais également les déclarations faites par la personne poursuivie auditionnée par les autorités locales après son arrestation<sup>1603</sup>, audition à laquelle les autorités poursuivantes peuvent être invitées à assister<sup>1604</sup>.

**297. Des mesures axées sur l'information.** Les mesures permettant une participation physique des autorités compétences d'un État sur le territoire d'une autre État de l'espace Schengen sont complétées par la mise en place d'un instrument intégré<sup>1605</sup> de coopération policière et judiciaire : le Système d'Information Schengen (SIS)<sup>1606</sup>.

Afin de compenser l'absence de contrôle d'identité aux frontières, les Parties à la Convention de Schengen ont décidé d'armer les autorités nationales d'une large base de données à laquelle les autorités exerçant des contrôles<sup>1607</sup> à l'intérieur du territoire ont accès.

---

<sup>1598</sup> Art. 40 de la Convention de Schengen.

<sup>1599</sup> La procédure d'urgence ne pourra être retenue que pour une liste d'infractions énumérées à l'art. 7 de la Convention de Schengen, complété par une décision du Conseil du 2 oct. 2003, *JOUE* n° L 260 du 11 oct. 2003 p. 37-38.

<sup>1600</sup> Art. 41 de la Convention de Schengen.

<sup>1601</sup> Art. 41 § 2 b), *ibid.*

<sup>1602</sup> Certaines mesures d'enquête sont expressément interdites comme les visites domiciliaires, art. 40 § 3 e), *ibid.*

<sup>1603</sup> Art. 41 § 6, *ibid.*

<sup>1604</sup> Sur la base de l'art. 42 § 5 h), les autorités poursuivantes peuvent être invitées à apporter leur concours à l'enquête consécutive.

<sup>1605</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 98.

<sup>1606</sup> Art. 92 à 119 de la Convention de Schengen.

<sup>1607</sup> Contrôles de frontières et de vérifications et autres contrôles de police et de douanes, art. 92 de la Convention de Schengen.

Chaque État est en charge d'alimenter ce système d'informations portant sur le signalement de personnes et d'objets<sup>1608</sup>. Bien que l'objectif de Schengen soit en grande partie d'assurer la sécurité des États sur le plan préventif<sup>1609</sup>, les personnes ou biens signalés peuvent être en relation avec une procédure répressive en cours et la recherche des preuves afférentes. Ainsi, les données sont susceptibles de concerner un témoin ou toute autre personne citée à « comparaître devant les autorités judiciaires d'un État dans le cadre d'une procédure pénale afin de répondre de faits pour lesquels elles font l'objet de poursuites »<sup>1610</sup>. La recherche de preuves matérielles est également envisagée, directement tout d'abord, par l'article 100, visant expressément les « objets recherchés aux fins de saisies ou de preuves dans une procédure pénale » comme par exemple certains véhicules, armes à feu, ou documents <sup>1611</sup>, indirectement ensuite, par les dispositions relatives à la surveillance discrète de certaines personnes dont le signalement a été donné pour la répression d'infractions pénales et pour la prévention de menaces pour la sécurité publique<sup>1612</sup>.

Une nouvelle version de SIS a récemment<sup>1613</sup> été activée, après plusieurs années<sup>1614</sup> de difficile préparation<sup>1615</sup>. Le SIS II remplace, améliore et modernise le SIS, exploité depuis 1995, en perfectionnant ses fonctionnalités et en étendant son champ d'action. Outre l'élargissement du nombre de pays pouvant accéder au SIS, il est désormais possible d'introduire de nouveaux types de données telles que les données biométriques (empreintes digitales et photographies), mais également de mettre en relation différents signalements<sup>1616</sup>. Par ailleurs, le SIS participe désormais à la bonne mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle, en diffusant des

---

<sup>1608</sup> Concernant les personnes, les informations peuvent porter sur des détails personnels, sur le fait que ces personnes soient armées, ou dangereuses, v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2011, *op. cit.*, p. 908.

<sup>1609</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 588.

<sup>1610</sup> Art. 98 § 1 de la Convention de Schengen.

<sup>1611</sup> Art. 100 § 3, *ibid.*

<sup>1612</sup> Art. 99, *ibid.*

<sup>1613</sup> Le 9 avr. 2013, v. Commission européenne, Communiqué de presse du 9 avril 2013, Bruxelles, IP/13/309.

<sup>1614</sup> Douze ans de travaux ont été nécessaires, v. Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 déc. 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), *JOCE* n° L 328 du 13 déc. 2001, p. 4 et Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 déc. 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *JOUE* n° L 381 du 28 déc. 2006, p. 4.

<sup>1615</sup> D'après les termes de Cecilia MALMSTRÖM, commissaire européenne chargée des affaires intérieures, v. Commission européenne, Communiqué de presse du 9 avril 2013, *op. cit.* En 2009 déjà, la Parlement européen s'inquiétait du retard et du coût du SIS II, v. Résolution du Parlement européen du 22 octobre 2009 sur l'état d'avancement du système d'information Schengen de deuxième génération et du système d'information sur les visas, *JOUE* n° C 265 E du 30 sept. 2010, p. 1.

<sup>1616</sup> Commission européenne, Communiqué de presse du 9 avril 2013, *op. cit.*



copies de mandats d'arrêt européen directement rattachés aux signalements de personnes en vue de leur arrestation, de leur remise ou de leur extradition<sup>1617</sup>.

## *ii. Coopération judiciaire*

**298. La consécration de la coopération judiciaire directe.** Loin d'éclipser le volet policier de la coopération internationale au sein de l'espace Schengen, le volet judiciaire présente cependant une avancée majeure destinée à faciliter l'aide que les autorités judiciaires peuvent mutuellement s'accorder en vue de la répression d'infractions transfrontières. L'article 53 de la Convention de Schengen offre aux juges la possibilité de s'envoyer directement<sup>1618</sup> leurs demandes d'entraide, sans que les autorités ministérielles aient à intervenir<sup>1619</sup>. L'urgence mentionnée par la Convention du Conseil de l'Europe de 1959 n'est plus une condition requise pour « court-circuiter » l'intervention des ministères de la Justice. Cette procédure simplifiée présente l'avantage considérable de réduire les démarches à accomplir et donc les délais de transmission de la demande, voire les délais d'exécution. Si l'on peut désormais parler de judiciarisation de l'entraide judiciaire<sup>1620</sup>, il est encore tôt pour parler de son automatisation, celle-ci étant toujours soumise à l'acceptation de la demande par l'autorité de l'État requis et exécutée selon le droit de ce même État.

Les autres dispositions relatives à l'entraide judiciaire n'apportent pas de changement majeur au système préexistant mais complètent les instruments déjà en vigueur<sup>1621</sup>. Elle étend sensiblement le champ d'application déjà très large de l'entraide judiciaire, notamment aux actions civiles jointes aux actions pénales<sup>1622</sup>, et aux infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives<sup>1623</sup>. Cependant, les améliorations opérées par la Convention de Schengen ont conduit à l'adoption d'un instrument global relatif à l'entraide judiciaire par l'Union européenne.

---

<sup>1617</sup> *Ibid.*

<sup>1618</sup> Ce mode de transmission avait déjà été consacré par le traité Benelux, G. DEMANET, «Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale», *op. cit.*, p. 821.

<sup>1619</sup> Cependant, l'entraide judiciaire directe n'entraîne pas l'exclusion complète des autorités de l'exécutif, l'instrument du Conseil de l'Europe étant toujours applicable aujourd'hui.

<sup>1620</sup> Ce point est discuté : pour certains auteurs, la judiciarisation de la coopération internationale en matière pénale n'intervient qu'avec les instruments de reconnaissance mutuelle, v. Se. DE BIOLLEY, «Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne - Les débuts : acquis de Schengen», *op. cit.*, 30. D'autres considèrent cependant que l'espace Schengen s'est judiciarisé, v. E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, 114.

<sup>1621</sup> Art. 48 de la Convention de Schengen.

<sup>1622</sup> Art. 49 d), *ibid.*

<sup>1623</sup> Art. 49 a), *ibid.*

## 2. La modernisation achevée de l'entraide judiciaire grâce à la Convention relative à l'entraide judiciaire du 29 mai 2000

Bien que les négociations aient été laborieuses (a), la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne témoigne de la volonté de généraliser les facilités d'enquête mises en place au sein de l'espace Schengen (b).

### *a. Le fruit d'un long processus de négociation*

**299. Vers la réalisation d'un « espace judiciaire pénal européen ».** Après six années de négociations<sup>1624</sup>, l'Union européenne est enfin parvenue à un accord destiné à améliorer significativement l'entraide judiciaire dans l'espace judiciaire européen, concrétisé par l'adoption de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000<sup>1625</sup>.

L'idée n'était pas nouvelle<sup>1626</sup>, mais les premières tentatives n'avaient pu emporter l'adhésion de tous les États membres. L'élan donné par la France dans la réalisation d'un « espace judiciaire pénal européen » s'est d'abord heurté aux fortes réticences de certains États<sup>1627</sup>, pourtant en « comité restreint » au début des années 1980. Cependant, la ténacité de quelques États a permis de relancer le processus rapidement, notamment par le biais du concept intergouvernemental de Coopération Politique Européenne<sup>1628</sup>. De ces discussions en dehors du cadre communautaire naquirent cinq conventions relatives à divers mécanismes de coopération judiciaire<sup>1629</sup>, abordant des thèmes précis mais laissant la question de

---

<sup>1624</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 116.

<sup>1625</sup> Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JOCE n° C 197, du 12 juil. 2000, p. 1.

<sup>1626</sup> C'est le 5 déc. 1977, au Conseil européen de Bruxelles, que le Président français Valéry Giscard d'Estaing a exprimé sa volonté de mettre en place une coopération spécifique, notamment pour lutter efficacement contre le terrorisme, dans un « espace judiciaire européen ». Des travaux et réunions d'experts avaient cependant été entamés en ce sens quelques mois auparavant. V. J. CHARPENTIER, «Vers un espace judiciaire européen», *Annuaire français de droit international*, n° 24, 1978, p. 929.

<sup>1627</sup> C'était le cas notamment des Pays-Bas, attachés au système de coopération judiciaire tel qu'envisagé dans le cadre du Conseil de l'Europe. V. A. WEYEMBERGH, «L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne», in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 143.

<sup>1628</sup> G. VERMEULEN, «EU Conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters», *op. cit.*, p. 60.

<sup>1629</sup> Ces instruments concernaient l'application du principe *ne bis in idem*, le transfèrement de personnes condamnées, l'extradition, la transmission de procédures répressives, et l'exécution de condamnations pénales. V. A. WEYEMBERGH, «L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne», in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 144.

l'entraide judiciaire de côté<sup>1630</sup>. En effet, l'amélioration de l'entraide judiciaire suppose l'application sur le territoire d'un État d'une mesure d'investigation décidée par une autorité d'un autre État. Ce mécanisme affecte directement la souveraineté des États et il est aisé d'imaginer leurs réticences quand à l'abandon de certaines prérogatives<sup>1631</sup>.

C'est finalement dans le cadre du troisième pilier de l'Union européenne, privilégiant l'approche intergouvernementale, que la première convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres fut adoptée<sup>1632</sup>, au terme de quelques années de négociations ardues, certains points comme l'interception des télécommunications ayant cristallisé les tensions<sup>1633</sup>.

**300. L'adoption rapide d'un protocole additionnel.** La Convention a rapidement été complétée par un protocole en 2001<sup>1634</sup>, afin de prévoir des mesures supplémentaires spécifiques à la lutte contre la criminalité organisée, le blanchiment d'argent, et la criminalité financière. L'entraide judiciaire se trouve ainsi renforcée par l'ajout de dispositions destinées à élargir son champ d'application, et améliorer les conditions de sa mise en œuvre. Le protocole propose un dispositif détaillé relatif à l'échange d'informations détenues par les banques, notamment la communication, sous certaines conditions<sup>1635</sup>, d'informations sur des comptes bancaires détenus ou contrôlés par une personne faisant l'objet d'une enquête pénale dans l'État requérant<sup>1636</sup>. Les demandes d'information peuvent également concerner les transactions bancaires<sup>1637</sup>. Plus généralement, le protocole vise à améliorer l'entraide judiciaire, d'une part, en simplifiant et accélérant les procédures lorsque une mesure complémentaire s'avère nécessaire<sup>1638</sup>, et d'autre part, en limitant ou surveillant l'opposition des motifs de rejet. Un État ne peut plus opposer le secret bancaire comme motif de rejet de la demande d'entraide par exemple<sup>1639</sup>.

---

<sup>1630</sup> G. VERMEULEN, «EU Conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters», *op. cit.*, p. 60.

<sup>1631</sup> A. WEYEMBERGH, «L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne», in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 146.

<sup>1632</sup> Précédée de l'action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale, *JOCE* n° L 191 du 7 juil. 1998 p. 1-3.

<sup>1633</sup> G. VERMEULEN, «The European Union Convention on mutual assistance in criminal matters», in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 184.

<sup>1634</sup> Protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, établi par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, *JOCE* n° C 326 du 21 nov. 2001, p. 2-8

<sup>1635</sup> L'infraction sur laquelle porte l'enquête doit être d'une certaine gravité, fixée par l'art. 1 § 3 du protocole de 2001.

<sup>1636</sup> Art. 1 du protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne

<sup>1637</sup> Art. 2 et 3, *ibid.*

<sup>1638</sup> Art. 5 et 6, *ibid.*

<sup>1639</sup> Art. 7, *ibid.*

*b. L'amélioration significative de l'entraide judiciaire*

Les idées novatrices véhiculées par le texte, ainsi que les mesures concrètes proposées pour faciliter l'entraide judiciaire et la rendre plus efficace<sup>1640</sup>, font de la Convention un instrument majeur de la coopération judiciaire, plus particulièrement au regard de l'obtention de la preuve pénale et de son utilisation dans une procédure nationale.

**301. La généralisation de la coopération directe.** Amorcée par la Convention de Schengen, la coopération directe entre autorités judiciaires devient la règle<sup>1641</sup> : les demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires territorialement compétentes sont transmises directement à leurs homologues d'un autre État signataire, qui les exécutent et y répondent par la même voie<sup>1642</sup>. La flexibilité de l'entraide est poussée encore un peu plus loin : concernant les livraisons surveillées, les équipes communes d'enquête, et les enquêtes discrètes, les demandes d'entraide peuvent être échangées directement avec les autorités policières et douanières<sup>1643</sup>. Par ailleurs, l'implication d'autorités centrales nationales est toujours envisageable, si les États l'estiment opportun, par exemple en raison de la complexité des cas<sup>1644</sup>. La consécration de l'entraide directe représente un pas de plus vers la judiciarisation de la coopération judiciaire dans l'espace pénal européen, les mécanismes échappant au contrôle des États pour « devenir la 'chose' des juges »<sup>1645</sup>.

**302. Application du droit de l'État requérant.** Parmi les progrès significatifs de la Convention, l'application du droit de l'État requérant sur le territoire de l'État requis constitue l'aspect le plus novateur et révolutionnaire<sup>1646</sup>. Traditionnellement, le choix de la législation applicable répond à l'adage *locus regit actum* : l'acte est exécuté selon les formalités et procédures prescrites par le droit de l'État d'exécution<sup>1647</sup>. Or, selon l'article 4 § 1 de la

---

<sup>1640</sup> Rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, JOCE n° C379 du 29 déc. 2000, p. 8.

<sup>1641</sup> Art. 6 § 1 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1642</sup> Par écrit, télécopie ou courrier électronique.

<sup>1643</sup> Art. 6 § 5 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1644</sup> Rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>1645</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1646</sup> G. VERMEULEN, «EU Conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters», *op. cit.*, p. 82.

<sup>1647</sup> « Le lieu régit l'acte » : l'acte est soumis, quant à la forme, à la loi du lieu où il a été passé, v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*, v° locus regit actum.

Convention, les autorités requises devront respecter « les formalités et les procédures expressément indiquées » par les autorités requérantes, tant qu'elles ne constituent pas une atteinte aux principes fondamentaux du droit de l'État membre requis<sup>1648</sup>. Si le respect des formes prescrites ne peut être assuré, les autorités de l'État membre requis doivent en informer les autorités de l'État membre requérant et proposer une alternative<sup>1649</sup>. Ainsi, l'entraide judiciaire<sup>1650</sup> glisse désormais vers la règle *forum regit actum*<sup>1651</sup>.

Cette disposition concerne spécifiquement la matière probatoire et l'utilisation des éléments obtenus à l'étranger. En effet, la recevabilité de la preuve peut être soumise au respect de certaines formes prescrites par la loi, vérifiées par le juge pénal et garantissant leur fiabilité et leur intégrité. L'exemple le plus parlant est celui de la présence d'un avocat de la défense lors des interrogatoires de police afin de garantir la recevabilité des déclarations faites par le suspect, qui était loin d'être une généralité lors de l'élaboration de la Convention. Demander à l'autorité requise de suivre une procédure spécifique permet non seulement d'augmenter les chances de recevabilité de la preuve à l'audience mais aussi d'œuvrer pour l'efficacité de l'entraide judiciaire, cette forme de coopération internationale n'ayant pour but que de faciliter la répression des infractions transnationales. Le transfert d'éléments qui ne pourraient être utilisés par le juge pénal de l'État requérant ne présenterait alors que peu d'intérêt et les efforts mis en œuvre pour coopérer, inutiles. Cependant, l'impact de cette disposition est à minimiser, les juridictions nationales ayant pris position en faveur de la recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance de la légalité formelle<sup>1652</sup>.

**303. La réduction des délais d'exécution.** Une des déficiences de la coopération judiciaire classique est la lenteur avec laquelle elle est mise en œuvre<sup>1653</sup>. Or, dans bien des cas, la réussite de l'enquête répressive tient à la rapidité d'exécution de la mesure requise. Pour cette raison, l'article 4 § 2 de la Convention offre aux autorités de l'État requérant la

---

<sup>1648</sup> Ou lorsque la convention elle-même précise que l'exécution des demandes est régie par le droit de l'État requis.

<sup>1649</sup> Art. 4 § 3 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre États membres de l'UE.

<sup>1650</sup> On retrouve une règle similaire dans le second protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire du Conseil de l'Europe de 2001, à l'art. 8 : « Nonobstant les dispositions de l'article 3 de la Convention, lorsqu'un demandeur prescrit une formalité ou une procédure donnée qu'impose la législation de la Partie requérante, même si la formalité ou la procédure demandée n'est pas familière à la Partie requise, cette Partie donne satisfaction à la demande dans la mesure où cela n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit, sauf dispositions contraires du présent Protocole ».

<sup>1651</sup> A. WEYEMBERGH, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne », in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 146. Aussi, A. KLIP, *European Criminal Law - An integrative approach*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 349. Ce point sera discuté dans la section 1 du chapitre 2.

<sup>1652</sup> Cf. Première Partie, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>1653</sup> S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, 2009, *op. cit.*, p. 157.

possibilité de fixer un délai d'exécution de la mesure requise. Non seulement la demande d'entraide doit être exécutée « dès que possible », mais également « en tenant compte au mieux des échéances de procédure ou d'autre nature indiquées par l'État membre requérant ». Si les autorités requises estiment que le délai imparti pour exécuter la mesure est insuffisant, elles doivent transmettre une estimation du temps nécessaire, lequel sera validé ou non par les autorités requérantes<sup>1654</sup>.

Pourtant, ces dispositions semblent insuffisantes, en ce qu'elles ne comportent aucun volet véritablement contraignant. D'une part, la mention « dès que possible » reste très vague et librement interprétée par l'autorité requise<sup>1655</sup>, la surcharge de l'appareil judiciaire dans certains États constituant un frein à l'exécution rapide des demandes. Par ailleurs, la seule obligation imposée aux autorités de l'État requis est mince, celle-ci n'étant qu'une déclaration de l'impossibilité d'exécuter la demande dans le délai fixé.

**304. Arsenal de mesures concrètes.** La force de cet instrument réside en ce qu'il envisage en détail plusieurs mesures de coopération concrètes, adaptées au contexte infranational transnational. À l'échange traditionnel d'informations s'ajoutent pas moins de huit mesures précises dont certaines constituent de véritables innovations au regard de la recherche des preuves. C'est le cas par exemple des équipes communes d'enquête<sup>1656</sup>, permettant le regroupement d'enquêteurs issus de plusieurs États au sein d'une même équipe, de l'audition par vidéoconférence<sup>1657</sup>, autorisant l'intervention d'un témoin lors d'une audience sans qu'il ait à comparaître en personne, et du transfèrement temporaire de personnes détenues, aux fins d'une instruction<sup>1658</sup>.

Les mesures concrètes de coopération judiciaire établies par ces instruments ont significativement modifié les conditions d'obtention de la preuve européenne, en permettant l'implication des autorités de l'État requis tout autant que celles de l'État requérant dans le recueil effectif de la preuve, mais également en ouvrant l'enquête transnationale à de nouveaux acteurs supranationaux.

---

<sup>1654</sup> Art. 4 § 4 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre États membre de l'UE.

<sup>1655</sup> Comme déjà énoncé, l'exécution des délais constitue un des principaux obstacles à l'efficacité de l'entraide judiciaire, v. F. TRAVAILLOT, «L'assistance mutuelle dans l'Union européenne - La pratique française», *op. cit.*, p. 84.

<sup>1656</sup> Art 13 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1657</sup> Art. 10, *ibid.* Pour un exemple du recours à la vidéoconférence en matière pénale, v. A. ARNAIZ SERRANO, «L'expérience espagnole de l'utilisation de la vidéoconférence dans la procédure pénale», in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 215 et s.

<sup>1658</sup> Art. 9, *ibid.*

## B. La mutation des mécanismes concrets de recueil de la preuve

**305. Le rééquilibrage des pouvoirs des autorités judiciaires dans l'investigation transnationale.** L'étude des instruments ayant participé à l'amélioration de l'entraide judiciaire montre un rééquilibrage des relations entre autorités requérantes et autorités requises et une meilleure circulation des informations. En effet, ces instruments s'orientent vers le renforcement de l'autonomie des autorités requérantes dans la recherche et le recueil de la preuve. Les autorités requises, sans pour autant hériter d'un rôle accessoire, tendent à devenir des agents facilitant le recueil effectif de la preuve par les autorités requérantes. Ce renversement partiel des attributions est doublement matérialisé : d'une part, par l'encouragement de la mise en commun des données et des agents nationaux (1), et d'autre part, par l'encadrement de mesures destinées à permettre aux autorités requérantes d'être les seules engagées dans la recherche et le recueil de la preuve (2).

### 1. La mutualisation des agents et des données nationales

La mise en commun des forces étatiques se matérialise à deux niveaux : au niveau humain tout d'abord, par la mutualisation des agents enquêteurs au sein d'équipes communes d'enquête (a), au niveau informationnel ensuite, par la mutualisation des données, des compétences et du savoir à travers le développement d'instruments intégrés (b).

#### *a. Les équipes communes d'enquête.*

**306. Une forme d'entraide très attendue.** Après un premier essai en matière douanière<sup>1659</sup>, les équipes communes d'enquête (ECE) furent consacrées par la Convention relative à l'entraide judiciaire du 29 mai 2000, l'article 13 prévoyant la possibilité pour les autorités compétentes de deux États membres ou plus, de créer une équipe commune pour effectuer des enquêtes pénales dans un ou plusieurs des États membres ayant créé l'équipe. C'est cependant grâce à une décision-cadre du 13 juin 2002<sup>1660</sup> qu'elles ont pu d'abord se développer, la mise en application de la Convention tardant, faute de ratifications suffisantes. En effet, la nécessité de mettre en œuvre rapidement ce nouveau mécanisme a poussé le

---

<sup>1659</sup> Les équipes communes d'enquête étaient déjà envisagées en matière douanière par la « convention de Naples II », v. A. WEYEMBERGH, «L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne», in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 147.

<sup>1660</sup> Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, JOCE n° L 162, du 20 juin 2002, p. 1-3.

Conseil à adopter un acte juridiquement contraignant, reprenant mot pour mot l'article 13 de la Convention de 2000. La première équipe commune d'enquête fut ainsi mise sur pied en 2004, entre la France et l'Espagne et a permis depuis d'importantes réussites<sup>1661</sup>, bien que ce dispositif reste encore aujourd'hui sous-exploité. De nombreuses interventions européennes et nationales se sont d'ailleurs succédées afin de faciliter l'accès à ce mécanisme de coopération, proposant modèle d'accord actualisé<sup>1662</sup> et manuel<sup>1663</sup> aux praticiens.

Quatre États<sup>1664</sup> étaient particulièrement désireux de voir ce mode de coopération instauré au plus vite et ont donné l'impulsion à l'adoption de la décision-cadre de 2002. Ainsi, la France a rapidement intégré ce nouveau mode de coopération dans le code de procédure pénale<sup>1665</sup> par une loi du 9 mars 2004 dans le but de mettre sur pied au plus vite une équipe commune d'enquête avec l'Espagne et propose désormais des modèles standard détaillés facilitant la mise en place des ECE<sup>1666</sup>. La Belgique a également traduit ses engagements européens par la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale<sup>1667</sup> alors que le Royaume-Uni adaptait sa législation dès 2002<sup>1668</sup>, bien qu'aucune transposition ne soit nécessaire pour permettre l'application de la législation européenne<sup>1669</sup>.

**307. Un mécanisme souple.** Le régime des équipes communes d'enquête est particulièrement souple, laissant les États libres de préciser les conditions dans lesquelles leurs agents respectifs sont autorisés à enquêter. L'idée à l'origine de l'adoption d'un tel instrument était d'offrir aux enquêteurs un cadre légal simplifié pour leur permettre d'investiguer efficacement contre les formes graves de criminalité transfrontière, permettant un échange informel d'informations relatives au droit applicable, entre les autorités

---

<sup>1661</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 117. La France était d'ailleurs en 2011 l'État ayant eu le plus recours à ce mécanisme d'entraide, v. Assemblée nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur la création du Parquet européen, n° 3608, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 juin 2011.

<sup>1662</sup> Résolution du Conseil du 26 fév. 2010 relative à un modèle d'accord pour la création d'une équipe commune d'enquête, *JOUE* n° C 70, p. 1.

<sup>1663</sup> Manuel sur les équipes communes d'enquêtes, Note du secrétariat général du Conseil, Bruxelles le 4 nov. 2011, 15790/1/11 REV1.

<sup>1664</sup> La Belgique, l'Espagne, la France et le Royaume-Uni.

<sup>1665</sup> Art. 695-2 et s. du CPP.

<sup>1666</sup> Circulaire de la DACG n° CRIM 09-3/G1 du 23 mars 2009 relative à la présentation des dispositions issues des articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale relatives aux équipes communes d'enquête, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/boj\\_20090002\\_0000\\_0017.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/boj_20090002_0000_0017.pdf)

<sup>1667</sup> Art. 8 à 10 de la loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90<sup>ter</sup> du Code d'instruction criminelle, *Moniteur belge* du 24 déc. 2004, p. 87565.

<sup>1668</sup> Sect. 103 et 104 du *Police Reform Act 2002*, et sect. 16 et 18 du *Crime (International Co-operation) Act 2003*.

<sup>1669</sup> C. RIJKEN et G. VERMEULEN, «The legal and practical implementation of JITs: The bumpy road from EU to Member State level», in C. RIJKEN et G. VERMEULEN (éd.), *Joint investigation teams in the European Union*, La Haye, Asser Press, 2006, p. 45.



composant l'ECE<sup>1670</sup>. La création d'une ECE peut être réactive ou préventive : une équipe peut être formée dans le cadre de la répression d'une infraction, la complexité des faits nécessitant une action coordonnée et concertée. Le but de l'ECE peut également être celui de détecter des infractions, cette recherche nécessitant la mobilisation de moyens importants, et l'implication d'autres États membres<sup>1671</sup>. Alors que la législation française a repris les termes de la Convention, la loi belge n'a pas limité les cas dans lesquels une ECE peut être mise sur pied<sup>1672</sup>. Les États ont également la possibilité de réduire les conditions de création de l'ECE à un seuil de gravité par exemple<sup>1673</sup>.

L'encadrement très général des ECE par la Convention du 29 mai 2000 offre aux États une grande souplesse quant à la définition de leur mission : l'équipe se voit assigner un objectif particulier défini par les États concernés, pour une durée déterminée, librement prolongeable par consentement mutuel<sup>1674</sup>. Quant au choix des membres de l'équipe, le régime est également très flexible : un responsable de l'ECE est nommé, représentant l'autorité compétente de l'État sur le territoire duquel l'équipe intervient<sup>1675</sup>, et les membres de l'équipe peuvent être des agents de services de police, procureurs, juges ou autres personnes<sup>1676</sup>. L'implication d'entités autres que les autorités judiciaires est également possible, comme Eurojust et Eurojust<sup>1677</sup>.

**308. L'obtention de la preuve simplifiée.** Plusieurs points méritent d'être abordés au regard de l'obtention de la preuve et de sa recevabilité. Tout d'abord, les équipes communes d'enquêtes constituent une « exception à l'exception » du principe traditionnel *locus regit actum*. En effet, la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE envisage l'application de la législation de l'État requérant sur le territoire de l'État requis, à sa demande et dans le respect des principes fondamentaux du droit de l'État requis. Cependant, l'article relatif aux équipes communes d'enquête de cette même convention précise que les opérations menées par l'équipe le sont « conformément au

---

<sup>1670</sup> Manuel sur les équipes communes d'enquêtes, *op.cit.*, p. 4.

<sup>1671</sup> Art. 13 § 1 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1672</sup> C. RIJKEN et G. VERMEULEN, «The legal and practical implementation of JITs: The bumpy road from EU to Member State level», in *Joint investigation teams in the European Union*, 2006, *op. cit.*, p. 25.

<sup>1673</sup> Manuel sur les équipes communes d'enquêtes, *op.cit.*, p. 7.

<sup>1674</sup> Rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE., *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>1675</sup> Art. 13 § 3 a) de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1676</sup> Rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE., *op. cit.*, p. 18.

<sup>1677</sup> Cf. *infra*.

droit de l'État membre sur le territoire duquel elle intervient»<sup>1678</sup>, ce qui constitue une exception à la règle *forum regit actum*. Concrètement, l'ECE pouvant mener ses investigations sur le territoire de plusieurs États membres, le dossier d'enquête ainsi constitué sera composé d'actes et pièces recueillies par des autorités différentes, selon des législations différentes.

Par ailleurs, le recueil de la preuve à l'étranger est simplifié, le circuit traditionnel de la commission rogatoire internationale pouvant être contourné : les membres détachés de l'ECE, sous l'autorité du responsable de l'équipe, peuvent se voir confier la tâche de prendre certaines mesures d'enquête<sup>1679</sup>. Les informations recueillies tant par les membres que par les membres détachés peuvent également être utilisées aux fins de poursuite d'infractions pénales, tant que cette utilisation est conforme à l'accord établi par les États membres ayant créé l'équipe<sup>1680</sup>. Cette faculté permet ainsi, une fois l'équipe formée, de se soustraire aux chemins classiques de l'entraide judiciaire<sup>1681</sup>. La transposition française prévoit également la possibilité pour les membres détachés de recevoir des déclarations par procès-verbal<sup>1682</sup>, lesquelles pourront être ajoutées au dossier d'enquête<sup>1683</sup>.

#### *b. Le développement des instruments intégrés*

Le développement de structures destinées à faciliter le contact entre les autorités policières et judiciaires a été indispensable à la croissance et à l'amélioration des mécanismes d'entraide, sans lesquelles le contact direct des autorités judiciaires ne pourrait être établi. Diverses formes de structures de coopération existent et guident les enquêteurs dans la recherche des preuves de l'infraction transnationales, mais leur intervention peut se révéler problématique. À l'image du Système d'Information Schengen ayant révolutionné l'échange de données entre les autorités policières, le Réseau Judiciaire Européen (RJE) (i), et les agences décentralisées de l'Union européenne telles que Eurojust (ii), Europol (iii) et l'Olaf (iiii) font désormais partie intégrante du processus relatif à l'obtention de la preuve dans l'espace pénal européen. Cependant, leur influence sur la légalité de la preuve européenne reste parfois difficile à déterminer et c'est à travers cette question qu'ils seront présentés.

---

<sup>1678</sup> Art. 13 § 3 b) de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1679</sup> Art. 13 § 6, *ibid.*

<sup>1680</sup> Les cas d'utilisation de informations obtenues sont très larges, que celui concerne l'activité criminelle pour laquelle l'ECE a été mise sur pied ou une autre infraction, v. art. 13, *ibid.*

<sup>1681</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 353.

<sup>1682</sup> Art. 695-2 al. 2 du CPP.

<sup>1683</sup> « Les agents détachés français peuvent établir des procès-verbaux sous réserve du consentement de l'Etat sur le territoire duquel ils interviennent. Ces procès-verbaux peuvent leur être remis, soit en original, soit en copie, pour être versés à la procédure française, sous réserve de la législation du pays dans lequel l'équipe intervient. », pt 3.2 de la circulaire de la DACG n° CRIM 09-3/G1 du 23 mars 2009, *op. cit.*

**309. La mise en relation des autorités judiciaires enquêtrices.** Né d'une action commune du 29 juin 1998<sup>1684</sup>, le RJE a grandement participé à l'essor de l'entraide judiciaire directe en instaurant un réseau de points de contacts directs. Ces points de contacts sont désignés par chaque État membre, « conformément aux règles constitutionnelles, aux traditions juridiques et à la structure interne de chaque pays »<sup>1685</sup> et par la Commission européenne. Ayant pour objectif d'améliorer l'entraide judiciaire en général, le RJE présente deux avantages majeurs. En premier lieu, il favorise les contacts directs entre autorités nationales : les points de contacts de chaque État membre constituent des intermédiaires actifs, permettant de diriger les demandes d'entraide émanant des autorités de l'État requérant vers les autorités compétentes de son pays<sup>1686</sup>. Une liste simplifiée des autorités judiciaires et des autorités locales de chaque État membre est néanmoins accessible, le recours au point de contact n'étant parfois pas nécessaire<sup>1687</sup>. En second lieu, le RJE offre une base de données accessible à ses membres, contenant des informations juridiques et pratiques concernant les systèmes judiciaires et procéduraux des États membres<sup>1688</sup>. Ces informations peuvent également être fournies par les points de contact<sup>1689</sup>.

Les points de contacts du RJE se distinguent des magistrats de liaison<sup>1690</sup>, auquel ils peuvent être associés<sup>1691</sup>. Le système des magistrats de liaison n'est pas limité aux frontières de l'Union européenne<sup>1692</sup> et consiste à envoyer un magistrat dans les chancelleries d'autres États participant au réseau, afin de faciliter la coopération judiciaire entre son pays d'origine et son pays d'accueil. Plus qu'une simple autorité judiciaire, la présence du magistrat témoigne d'un climat de confiance entre les deux États, d'une volonté de s'entraider et de

---

<sup>1684</sup> Action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, *JOCE* n° L 191 du 7 juil. 1998, p. 4. Cet instrument fut remplacé par la décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *JOUE* n° L 348 du 24 déc. 2008, p. 130.

<sup>1685</sup> V. le site officiel du RJE, rubrique « à propos du RJE », <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/>.

<sup>1686</sup> Art. 4 de la décision du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen.

<sup>1687</sup> Art. 7 a), *ibid.*

<sup>1688</sup> Art. 8 c) et d), *ibid.*

<sup>1689</sup> Art. 4 § 2, *ibid.*

<sup>1690</sup> Action commune, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° L 105 du 27 avr. 1996, p. 1.

<sup>1691</sup> Art. 2 § 4, *ibid.*

<sup>1692</sup> Le Ministère de la Justice français accueille par exemple des magistrats étrangers, en provenance d'Italie, d'Espagne, d'Allemagne, du Canada, du Maroc et des États-Unis et a envoyé des magistrats de liaison au Brésil et au Sénégal.

partager de façon dynamique, concrète et rapide<sup>1693</sup>. Le magistrat endosse ainsi le rôle de « médiateur culturel » et de traducteur juridique<sup>1694</sup>.

Au final, si ces autorités facilitant la coopération ne participent pas activement à la recherche des preuves, elles contribuent à éliminer certains problèmes relatifs à la recevabilité de la preuve en participant à une diffusion du droit et des bonnes pratiques de l'enquête judiciaire.

## ii. Une magistrature européenne

**310. Eurojust.** La création d'un parquet européen de « première génération »<sup>1695</sup> au sein de l'Union européenne s'est avérée indispensable face au développement des instruments en matière de coopération policière, comme Interpol ou Europol. En effet, à la fin de 20<sup>ème</sup> siècle, la coopération judiciaire était encore le parent pauvre de la coopération en matière pénale dans l'UE<sup>1696</sup>.

À l'image des magistrats de liaison, Eurojust<sup>1697</sup> est créé en 2002 comme une structure destinée à faciliter la coopération judiciaire en encourageant et améliorant la coordination entre les autorités nationales dans le cadre d'enquêtes ou poursuites transnationales. Cependant, le collège d'Eurojust, composé de membres nationaux détachés par chaque État membre<sup>1698</sup>, est plus qu'un simple rassemblement de magistrats, notamment depuis une décision du Conseil de 2008<sup>1699</sup>, renforçant les pouvoirs opérationnels d'Eurojust par l'intermédiaire de ses membres nationaux<sup>1700</sup>. Ainsi, les objectifs de coordination et de soutien<sup>1701</sup> aux autorités compétentes des États membres, réalisés en partie grâce à un

---

<sup>1693</sup> P. LABRÉGÈRE, «Les fonctions du magistrat de liaison et ses rapports avec les autres organes de coopération», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 103.

<sup>1694</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 136.

<sup>1695</sup> S. BRAMMERTZ, «Eurojust : parquet européen de la première génération ?», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 106.

<sup>1696</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>1697</sup> Décision du Conseil du 28 fév. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOCE* n° L 063 du 6 mars 2002, p. 1.

<sup>1698</sup> Le membre national est nommé par l'État « conformément à son système juridique, ayant la qualité de procureur, de juge ou d'officier de police ayant des prérogatives équivalentes », art. 2 de la décision Eurojust. La plupart des membres désignés sont, dans les faits, des membres du ministère public, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 569.

<sup>1699</sup> Décision du Conseil du 16 déc. 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOUE* n° L 138 du 4 juin 2009, p. 14-32.

<sup>1700</sup> « L'objectif de cette nouvelle décision est principalement d'augmenter la capacité administrative et opérationnelle de l'organe », v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 566.

<sup>1701</sup> Art. 3 de la Décision Eurojust du 28 fév. 2002.

échange soutenu d'information<sup>1702</sup>, sont complétés par une série de pouvoirs dont les membres nationaux disposent, relatifs aux enquêtes transnationales. Les membres nationaux d'Eurojust ont un pouvoir initiateur : ils peuvent demander aux autorités compétentes des États membres d'entreprendre une enquête ou des poursuites<sup>1703</sup>, mais également de mettre en place une équipe commune d'enquête<sup>1704</sup>, à laquelle le membre national pourra activement participer<sup>1705</sup>. Ils disposent également de pouvoirs opérationnels, dans la limite des prérogatives qui leur sont confiées par le droit national<sup>1706</sup> : ils peuvent ordonner des mesures d'enquêtes dans leur État membre d'origine lorsqu'elles sont jugées nécessaires par Eurojust<sup>1707</sup>, et l'urgence leur donne la possibilité d'exécuter directement une demande de coopération judiciaire<sup>1708</sup>. Cependant, Eurojust ne dispose pas de pouvoirs de contrainte : pour l'instant cette agence est plus un médiateur, le succès de sa mission est dépendant de la bonne volonté des autorités judiciaires nationales<sup>1709</sup>. Le traité de Lisbonne envisage d'étendre les pouvoirs opérationnels de l'agence, comme le déclenchement d'enquêtes pénales en s'appuyant sur les autorités nationales compétentes<sup>1710</sup>. En ce sens, une proposition de règlement fut introduite en juillet 2013<sup>1711</sup>.

**311. L'influence d'Eurojust sur la légalité de la preuve.** Les difficultés relatives à la recevabilité des preuves recueillies par l'intermédiaire d'un membre national ou directement par lui sont réduites, celui-ci conservant son statut originel et exerçant ses prérogatives selon le droit national de son pays d'origine<sup>1712</sup>. Les irrecevabilités pourraient alors être décidées sur le modèle établi par le droit national concernant les preuves nationales et les preuves européennes. Par ailleurs, l'action préventive d'Eurojust semble être un moyen de prévenir

---

<sup>1702</sup> Ces informations, comme les registres d'ADN, les casiers judiciaires, ou les registres des personnes arrêtées, ne sont pas des preuves mais peuvent participer au traitement des éléments et indices recueillis.

<sup>1703</sup> Art. 6 § 1 a) i) de la Décision Eurojust modifiée du 16 déc. 2008.

<sup>1704</sup> Art. 6 § 1 a) iv), *ibid.*

<sup>1705</sup> Art. 6 *septies*, *ibid.*

<sup>1706</sup> Le membre national agit en tant que procureur, juge ou officier de police et dispose des mêmes compétences au niveau national. Par conséquent, les membres nationaux d'Eurojust ne disposent pas tous des mêmes prérogatives, v. A. SERZYSKO, «Eurojust and the European Judicial Network on a new legal basis», *ERA-Forum*, vol. 11, 2011, p. 589 et s.

<sup>1707</sup> Art. 9 *quarter* 1 c) de la Décision Eurojust modifiée du 16 déc. 2008.

<sup>1708</sup> Art. 9 *quinquies* b), *ibid.* Cette intervention se fait sans information ni autorisation préalable de l'autorité nationale compétente, mais nécessite le concours des services de police de l'État membre concerné, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 582.

<sup>1709</sup> A. WEYEMBERGH, «Coordination and initiation of investigations and prosecutions through Eurojust», *ERA-Forum*, vol. 14, 2013, p. 178.

<sup>1710</sup> Art. 85 du TFUE.

<sup>1711</sup> Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust), Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 535 final 2013/0256 (COD).

<sup>1712</sup> Art. 9 *bis* 1 de la Décision Eurojust modifiée du 16 déc. 2008

les éventuels conflits de recevabilité, notamment en permettant de transmettre les exigences des États au regard de certaines demandes sensibles<sup>1713</sup>. Plus largement, il a été avancé que la coordination de l'enquête et des procédures permise par Eurojust permettrait d'éviter des déficiences graves dans l'obtention de la preuve, en tenant compte des avantages et des inconvénients résultant du choix d'une juridiction, évitant ainsi « l'effondrement d'une preuve recueillie »<sup>1714</sup>.

**312. Le Parquet européen.** Si Eurojust est la réunion de magistrats ayant pour objectif de faciliter la poursuite d'infractions transfrontières, cet organe demeure loin de l'idée d'un parquet européen, calqué sur le modèle des parquets nationaux. Pourtant, l'idée d'un parquet européen n'est pas nouvelle : déjà en 1976, un projet de modification du traité envisageait de mettre en place un système en vue d'assurer la protection des intérêts financiers des Communautés européennes<sup>1715</sup>. C'est dans le *Corpus Juris*, élaboré sous la direction de Madame le Professeur Delmas-Marty, que l'idée d'instaurer un ministère public européen a été soutenue, pour lutter contre la fraude au budget européen de façon efficace et légitime<sup>1716</sup>. Une dizaine d'années de consultations et discussions<sup>1717</sup> relatives au procureur européen aboutirent à l'édiction de l'article 86 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, donnant au Conseil le pouvoir d'instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust, conformément à une procédure législative spéciale. Sur la base de cet article, la Commission a présenté en juillet 2013 une proposition de règlement portant création du Parquet européen<sup>1718</sup>. Le Parquet européen sera compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union<sup>1719</sup>, son action pouvant par la suite être étendue à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière<sup>1720</sup>. À cette fin, le Procureur européen

---

<sup>1713</sup> M. BENLOLO-CARABOT et T. L. HERNANDÈZ, «Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Europol et Eurojust.», in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 29.

<sup>1714</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>1715</sup> D. FLORE, «La perspective d'un procureur européen», *ERA-Forum*, vol. 9, 2008, p. 230.

<sup>1716</sup> M. DELMAS-MARTY (dir), *Corpus juris* – portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Paris, Economica, 1997, et M. DELMAS-MARTY et J. A. E. VERVAELE, *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, 2000, *op. cit.*, p. 40. V. également les articles 18 à 34 du *Corpus Juris* 2000, annexe III du même ouvrage.

<sup>1717</sup> Pour un rappel des étapes relatives à l'établissement d'un procureur européen, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 592 et s.

<sup>1718</sup> Commission européenne, proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP).

<sup>1719</sup> Art. 86 § 2 du TFUE.

<sup>1720</sup> Art. 86 § 4 du TFUE.

sera amené à participer à la recherche et à l'administration de la preuve de l'infraction financière<sup>1721</sup>.

La question du sort des preuves recueillies par le Procureur européen est bien à l'esprit des rédacteurs du traité, conscients de l'importance de réglementer les compétences du procureur européen au regard de l'obtention des preuves, mais également du contrôle juridictionnel des actes qu'il accomplit et par conséquent, de la recevabilité des preuves<sup>1722</sup>. Le *Corpus Juris 2000* a déjà abordé cette partie délicate, d'abord en consacrant le principe de la liberté de la preuve dans le respect des législations nationales, puis indirectement la recevabilité de la preuve illégalement recueillie. En effet, l'article 33 § 1 donne une liste limitée de moyens de preuves admissibles dans tous les États membres, tels que les témoignages et interrogatoires directs ou sous la forme d'un « procès verbal européen d'audition ou d'interrogatoire ». Cette liste est cependant complétée par la faculté pour la juridiction de jugement d'admettre tout moyen de preuve qui serait considéré comme recevable au regard du droit national en vigueur<sup>1723</sup>. L'article suivant, relatif à l'exclusion des preuves obtenues en violation des règles de droit, consacre au contraire leur recevabilité. En effet, si une preuve est obtenue en violation des droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, des règles européennes relatives au Ministère public européen, ou en violation du droit national applicable, celle-ci doit être écartée. Néanmoins, cette preuve ne sera écartée que lorsque son admission porterait atteinte aux principes du procès équitable. Ces dispositions sont critiquables, d'une part pour leur manque de clarté<sup>1724</sup>, et d'autre part pour leur position condamnable sur la « non-exclusion » des preuves illégalement recueillies. Pour ajouter à cette complexité, le second paragraphe, tout en consacrant la recevabilité de la preuve légalement recueillie sur le territoire d'un État membre, devant les juridictions d'un autre État membre, ceci en dépit des différences procédurales qui auraient dû conduire à son exclusion, admet que l'on doit toujours pouvoir opposer à l'utilisation d'une telle preuve le fait que son obtention a violé des droits consacrés par la Convention EDH ou les règles européennes.

---

<sup>1721</sup> L'art 20 § 3 du *Corpus juris 2000* prévoyait un ensemble de mesures que le ministère public européen pouvait accomplir : l'interrogatoire de l'accusé, la collecte des documents et données informatisées nécessaires à l'enquête, les perquisitions, saisies et écoutes téléphoniques, ou encore les auditions de témoins, sur comparution ou témoignant librement. L'art. 26 de la proposition de règlement de juillet 2013 étoffe largement le panel de mesures et y ajoute par exemple la possibilité de prendre des mesures de surveillance dans les lieux non publics, de conduire des enquêtes discrètes, ou encore d'organiser la surveillance en temps réel des télécommunications.

<sup>1722</sup> Art. 86 § 3 du TFUE.

<sup>1723</sup> Art. 32 § 2 du *Corpus juris 2000*.

<sup>1724</sup> La dernière condition relative au procès équitable supplantant les trois autres, leur maintien ne présente aucun intérêt et l'article pourrait directement énoncer qu'une preuve doit être écartée lorsque son admission porterait atteinte aux principes du procès équitable tels que consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme.

La proposition de règlement portant création d'un Parquet européen adopte une position similaire mais néanmoins assumée quant à la recevabilité de la preuve illégale ou irrégulière<sup>1725</sup> : toute les preuves présentées par le Parquet européen à la juridiction du fond sont recevables sans validation ou processus juridique, à la condition que leur admission ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure ni aux droits de la défense. Le fait que la législation nationale de l'État membre dans lequel siège la juridiction du fond prévoit des règles différentes quant à la recherche, l'administration ou la production des preuves, ne peut conduire à l'exclusion de ces preuves. Ces dispositions anéantissent les règles d'annulation, si peu nombreuses soient-elles, relatives aux formalités prescrites à peine de nullité. Par exemple, l'admission d'éléments de preuve recueillis suite à une perquisition illégale ou via l'interception en temps réel de télécommunications irrégulièrement établies, mais néanmoins contradictoirement discutés par les parties, ne porte pas nécessairement atteinte à l'équité de la procédure ni aux droits de la défense<sup>1726</sup>. Pourtant, cette violation du droit au respect de la vie privée n'en reste pas moins condamnable : tant le préjudice causé à la personne affectée par cette mesure que l'atteinte portée aux principes fondamentaux garantis par les États devraient pouvoir conduire à l'exclusion de la preuve pénale. Pour tempérer quelque peu ces inquiétudes, il convient de préciser que la proposition a reçu un accueil très frileux des parlements nationaux<sup>1727</sup>, laissant augurer de longues et laborieuses négociations.

### *iii. Europol*

**313. Le rôle limité d'Europol dans la collecte des preuves.** Il peut paraître surprenant d'inclure l'agence<sup>1728</sup> européenne Europol<sup>1729</sup> dans les mécanismes de coopération judiciaire permettant l'obtention de preuves pénales. En effet, né des travaux du groupe de TREVI<sup>1730</sup>, orientés dans un premier temps vers la création d'une unité consacrée à la lutte

---

<sup>1725</sup> Art. 30 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen du 7 juil. 2013.

<sup>1726</sup> Comme en France, par exemple, où le respect du contradictoire justifie la recevabilité de la preuve irrégulièrement recueillie.

<sup>1727</sup> Commission européenne, « European Parliament committee backs Commission proposal for a European Public Prosecutor's Office », Bruxelles, 11 fév. 2014, MEMO/14/102.

<sup>1728</sup> Europol est récemment devenu une agence de l'Union européenne, en 2010, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 553.

<sup>1729</sup> Créé par Acte du Conseil, du 26 juillet 1995, portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol), JOCE n° C 316, p. 1. Après de nombreuses modifications, la convention a été remplacée par la Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol) (2009/371/JAI), JOUE n° L 121 du 15 mai 2009, p. 37.

<sup>1730</sup> T. BUNYAN, « Trevi, Europol and the European state », in T. BUNYAN (éd.), *Statewatching the new Europe: a handbook on the European state*, Londres, Statewatch, 1993, p. 1 et s.



contre le trafic de drogue<sup>1731</sup>, Europol est avant tout un organe d'échange et d'analyse d'information, dont les pouvoirs opérationnels sont limités<sup>1732</sup>.

En effet, l'objectif d'Europol est « de soutenir et de renforcer l'action des autorités compétentes des États membres et leur coopération mutuelle dans la prévention de la criminalité organisée, du terrorisme et d'autres formes graves de criminalité affectant deux États membres ou plus et dans la lutte contre ces phénomènes »<sup>1733</sup>. À cette fin, l'agence procure essentiellement une assistance aux services de police nationaux, notamment en collectant, stockant, traitant, analysant et échangeant des informations<sup>1734</sup>. Le système d'information d'Europol, à l'image du Système d'Information Schengen, est alimenté par les autorités compétentes des États membres et leur est, par conséquent, directement accessible<sup>1735</sup>. Cette assistance se traduit également par une activité de conseil, traduite par l'édiction de rapports stratégiques, mais également d'expertises, sous la direction et la responsabilité des États membres<sup>1736</sup>. Les pouvoirs opérationnels d'Europol se sont développés ces dernières années<sup>1737</sup>, lui permettant désormais de demander l'ouverture d'une enquête aux autorités nationales ou la mise sur pied d'une équipe commune d'enquête<sup>1738</sup>, demande que les autorités nationales peuvent cependant tout à fait refuser.

Concernant la collecte et le rassemblement des preuves pénales, le rôle concret d'Europol est aujourd'hui limité<sup>1739</sup>. En effet, s'il peut transmettre des indices, que les autorités nationales vont pouvoir exploiter dans la recherche des preuves, cet organe ne détient pas de pouvoirs d'investigation propres. Pourtant, Europol a désormais la possibilité de devenir un acteur de l'enquête européenne. En effet, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne esquisse l'extension potentielle des pouvoirs d'investigation effectifs d'Europol<sup>1740</sup> à la « coordination, organisation, et réalisation d'enquêtes et d'actions opérationnelles, menées conjointement avec les autorités compétentes des États membres,

---

<sup>1731</sup> L'Unité drogue Europe, instituée en 1993, a précédé la création d'Europol. V. E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 101.

<sup>1732</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>1733</sup> Art. 3 de la Décision du 6 avril 2009 portant création d'Europol.

<sup>1734</sup> Art. 88 § 2 a) du TFUE, reprenant succinctement l'art. 3 de la Convention Europol.

<sup>1735</sup> Art. 8 à 16 de la Décision du 6 avril 2009 portant création d'Europol.

<sup>1736</sup> A. NUNZI, «European police Office - Europol», *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 286.

<sup>1737</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 556.

<sup>1738</sup> Europol peut alors apporter son support à l'équipe commune d'enquête, en constituant un « facilitateur » d'échange d'information. V. à ce sujet : B. DE BUCK, «Joint Investigation Teams: The participation of Europol officials», *ERA-Forum*, vol. 8, 2007, p. 253.

<sup>1739</sup> M. BENLOLO-CARABOT et T. L. HERNANDÉZ, «Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Europol et Eurojust.», in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 20 et s.

<sup>1740</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

ou dans le cadre d'équipes conjointes d'enquêtes »<sup>1741</sup>. Une proposition de Règlement fut introduite en mars 2013<sup>1742</sup>, visant à accroître l'efficacité d'Europol dans ses activités de collecte et d'analyse d'informations, et de diffusion des résultats correspondants<sup>1743</sup>. Bien qu'encore hypothétiques, les pouvoirs d'investigations d'Europol poseraient des problèmes nouveaux relatifs à la recevabilité de la preuve obtenue, en fonction du droit applicable et de l'autorité compétente. Cependant, la proposition de règlement ne prévoit pas pour l'instant de doter les agents d'Europol de pouvoir d'investigations propres sur le territoire des États membres, à l'image des services de police au Royaume-Uni.

*iii. L'office européen de lutte anti-fraude (OLAF)*

**314. Le rôle ambigu des enquêteurs de l'OLAF dans la recherche des preuves.**

Parmi les organes de coopération développés au sein de l'Union européenne en matière répressive, l'OLAF est sûrement le plus atypique. Créé en 1999<sup>1744</sup> en tant qu'entité indépendante sur le plan opérationnel mais néanmoins intégrée d'un point de vue institutionnel à la Commission européenne, l'OLAF jouit de prérogatives non négligeables au regard de la lutte anti-fraude. En vue de l'établissement d'un parquet européen, l'office a récemment connu une réforme conséquente<sup>1745</sup>, dans le but d'améliorer « la gouvernance de l'OLAF et renforcer les garanties procédurales dans le cadre des enquêtes »<sup>1746</sup>.

L'OLAF conduit des enquêtes administratives internes et externes<sup>1747</sup> dans le « domaine de lutte contre la fraude, contre la corruption et contre toute autre activité illégale

---

<sup>1741</sup> Art. 88 § 2 b) du TFUE.

<sup>1742</sup> Commission européenne, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation and Training (Europol) and repealing Decisions 2009/371/JHA and 2005/681/JHA, Bruxelles, le 27 mars 2013, COM(2013) 173 final 2013/0091 (COD).

<sup>1743</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, le 27 mars 2013, IP/13/284.

<sup>1744</sup> Décision de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JOCE n° L 136 du 31 mai 1999, p. 20, modifiée par la décision n° 478/2013 de la Commission du 27 septembre 2013 modifiant la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom instituant l'OLAF, JO n° L 257 du 28 sept. 2013, p. 19. L'OLAF a été précédé de la *task-force* « Unité de coordination de la lutte antifraude » (UCLAF) intégrée au Secrétariat général de la Commission européenne et a repris l'ensemble de ses attributions.

<sup>1745</sup> Règlement (UE, EURATOM) N° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (Euratom) n° 1074/199 du Conseil, JOUE n° L 248 du 18 sept. 2013, p. 1.

<sup>1746</sup> Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions « Améliorer la gouvernance de l'OLAF et renforcer les garanties procédurales dans le cadre des enquêtes : une approche graduelle destinée à accompagner la création du Parquet européen », Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 533 final.

<sup>1747</sup> Les modalités relatives à ces enquêtes administratives sont établies par les articles 3 et 4 du Règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF du 11 sept. 2013. Elles étaient auparavant prévues par les règlements (CE) N° 1073/1999 du Parlement et du Conseil et (EURATOM) N° 1074/1999 du Conseil, du

portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE »<sup>1748</sup>, bénéficiant d'une entière indépendance dans l'accomplissement de ces tâches. Les répercussions sur la recherche et l'administration de la preuve sont non négligeables, plus particulièrement au regard des actes d'investigation que les agents de l'OLAF peuvent accomplir lors des enquêtes externes, se déroulant sur le territoire des États membres<sup>1749</sup>. Dans le cadre des enquêtes externes, l'Office a le pouvoir d'inspecter les locaux des opérateurs économiques impliqués dans une fraude suspectée<sup>1750</sup>. Les pouvoirs de contrôle et vérifications sur place sont assimilés à ceux que la législation de l'État membre concerné accorde aux contrôleurs administratifs nationaux<sup>1751</sup>. Les éléments susceptibles d'être contrôlés sont nombreux : livres et documents professionnels, données informatiques, et documents comptables n'en sont que des exemples<sup>1752</sup>. Par ailleurs, les constatations matérielles, nécessitant d'effectuer des prélèvements d'échantillons, sont possibles<sup>1753</sup>. Dans le cadre des enquêtes internes, l'OLAF peut inspecter sans préavis les locaux des institutions et accéder à toute information et document détenus par celles-ci<sup>1754</sup>.

Ces mesures sont similaires à celles exécutées par des enquêteurs judiciaires et c'est la raison pour laquelle les garanties procédurales accordées aux personnes impliquées dans une enquête de l'OLAF devaient être renforcées<sup>1755</sup>. Ainsi, le règlement adopté au mois de septembre 2013 énonce des garanties de procédure s'imposant aux enquêteurs de l'OLAF, telles que l'obligation d'enquête à charge et à décharge, de façon impartiale, dans le respect de la présomption d'innocence<sup>1756</sup>. La « personne concernée »<sup>1757</sup> par l'enquête bénéficie de garanties telles que le droit de se taire, ou le droit d'être assisté par une personne de son

---

25 mai 1999, relatifs aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* n° L 136 du 31 mai 1999, p. 1 et p. 8.

<sup>1748</sup> Art. 2 § 1 et § 2 a) de la décision instituant l'OLAF du 28 avr. 1999. Des enquêtes internes peuvent également être menées concernant des faits graves liés à l'exercice d'activités professionnelles des fonctionnaires et agents des Communautés.

<sup>1749</sup> Sur les pouvoirs d'investigation de l'OLAF, v. J. VLOGAERT et M. PESTA, «OLAF: fighting fraud in the EU and beyond», in S. D. BROWN (éd.), *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008, p. 82.

<sup>1750</sup> Art. 3 du Règlement N° 883/2013.

<sup>1751</sup> Art. 7 du Règlement (EURATOM, CE) N° 2185/96 du Conseil du 11 nov. 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités, *JOCE* n° 292 du 15 nov. 1996, p. 2.

<sup>1752</sup> *Ibid.*

<sup>1753</sup> *Ibid.*

<sup>1754</sup> Art. 4 du Règlement N° 883/2013.

<sup>1755</sup> Sur la protection des droits des personnes concernées par une enquête de l'OLAF, avant la réforme de 2013, v. V. STOJANOVSKI, « Procedural Rights of Persons under Investigation by OLAF », *Eucri*, n° 3, 2011, p. 127. L'auteur donne quelques exemples éloquentes et inquiétants d'abus des autorités de l'Office.

<sup>1756</sup> Art. 9 § 1 du Règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF du 11 sept. 2013.

<sup>1757</sup> La personne concernée est toute personne ou tout opérateur économique soupçonné de fraude, de corruption ou de toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et faisant l'objet d'une enquête de la part de l'Office, v. art. 2 § 5, *ibid.*

choix<sup>1758</sup>. A l'inverse, le droit d'accès au dossier est exclu, de même que le droit d'être informé et entendu peut être différé lorsque qu'il est nécessaire de préserver la confidentialité de l'enquête ou le secret des procédures pénales engagées parallèlement par les autorités judiciaires nationales. Par conséquent, bien que la personne soit suspectée de fraude et puisse être poursuivie à ce titre, elle ne bénéficie par des droits de la défense tels qu'ils sont habituellement accordés aux personnes suspectées d'avoir commis une infraction pénale.

**315. L'influence de l'OLAF sur la légalité de la preuve.** La question de l'utilisation des éléments recueillis par ces agents administratifs européens devant le juge pénal national est succinctement abordée par les divers règlements. L'OLAF a la possibilité de transmettre des informations aux autorités judiciaires nationales au cours de l'enquête, notamment dans le but de demander l'exécution de mesures coercitives<sup>1759</sup>. À l'issue de l'enquête administrative, l'OLAF transmet les informations recueillies sous la forme d'un rapport d'enquête<sup>1760</sup>, lequel peut constituer un élément de preuve recevable dans « les procédures administratives ou judiciaires de l'État membre où leur utilisation s'avère nécessaire »<sup>1761</sup>. En effet, les rapports de l'OLAF sont assimilés à ceux dressés par les contrôleurs administratifs nationaux<sup>1762</sup>. Le principe d'assimilation est sensé prévenir tout conflit relatif à l'utilisation des éléments du rapport : la recevabilité de ces éléments de preuve est déterminée de la même façon que si l'acte avait été accompli par une autorité administrative nationale. Néanmoins, « la diversité et la complexité des règles en vigueur » rendent l'exercice difficile, particulièrement lorsque l'irrégularité concerne plusieurs États membres<sup>1763</sup>. Le respect des règles de l'État sur lequel certaines mesures d'enquête ont été exécutées pourra constituer un frein à leur exploitation lorsque des poursuites sont engagées sur le territoire d'un autre État membre. La véritable contribution concernant la preuve résiderait alors en la participation des enquêteurs au procès pénal, en tant que témoins ou experts, ceux-ci rapportant les informations et faits constatés durant l'enquête administrative<sup>1764</sup>.

Le développement des pouvoirs des acteurs intégrés dans l'espace pénal européen soulève de nombreuses interrogations quant à la protection des droits des individus et au contrôle juridictionnel des actes d'investigation que ces acteurs effectuent, particulièrement

---

<sup>1758</sup> Art. 9 § 2, *ibid.*

<sup>1759</sup> O. BROUTIN, «L'Office de lutte antifraude», in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 41.

<sup>1760</sup> Art. 11 § 1 du Règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF du 11 sept. 2013.

<sup>1761</sup> Art. 11 § 2, *ibid.*

<sup>1762</sup> *Ibid.*

<sup>1763</sup> O. BROUTIN, «L'Office de lutte antifraude», in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 40.

<sup>1764</sup> *Ibid.*, p. 43.

en ce qui concerne Eurojust et l'OLAF. Néanmoins, l'impact reste encore limité, la majorité des preuves européennes recueillies l'étant dans le cadre d'une entraide directe entre autorités judiciaires.

2. La participation active des autorités de l'État requérant dans l'exécution de la mesure d'investigation européenne

Comme annoncé précédemment, l'évolution des mécanismes de coopération judiciaire a eu pour résultat d'impliquer plus concrètement les autorités de l'État requérant dans l'enquête transnationale, que ce soit dans la recherche de la preuve pénale (a), ou dans le cadre de son recueil (b).

*a. La facilitation de la recherche de preuve par les autorités de l'État requérant*

La facilitation de la recherche de la preuve par les autorités de l'État requérant peut prendre deux formes : l'aide à la recherche de preuves utiles à l'enquête répressive (i), ou la transmission des données pertinentes (ii).

*i. La recherche de preuves*

**316. L'interception des télécommunications.** L'entraide relative à l'interception des télécommunications<sup>1765</sup> a été largement envisagée par la Convention du 29 mai 2000, lui dédiant pas moins de six articles<sup>1766</sup>. Ces dispositions viennent encadrer une pratique que la Convention du 20 avril 1959 du Conseil de l'Europe avait déjà rendue possible par l'engagement extensible des États de s'accorder l'entraide la plus large possible<sup>1767</sup>. Aussi, l'Italie, qui n'a pas ratifié la Convention du 29 mai 2000, permet l'usage de la visioconférence transnationale sur la base de la Convention du 20 avril 1959<sup>1768</sup>.

---

<sup>1765</sup> La notion de télécommunications ne se limite pas aux seules conversations téléphoniques mais doit être comprise dans son acception la plus large. V. rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1766</sup> Art. 17 à 22 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1767</sup> La recommandation N° R (85) 10 du Comité de ministres du Conseil de l'Europe concerne l'application pratique de la convention de 1959 relative aux commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications.

<sup>1768</sup> Propos de R. AMOROSI, Practical experiences with videoconferencing involving EU liaison magistrates, Intervention lors la conférence « Transnational use of videoconferencing in court », Trêves, les 24 et 25 nov. 2011, organisé par l'ERA.

Pourtant, l'usage croissant des technologies de la communication par les délinquants a conduit à la mise en place d'une base légale spécifique, laquelle fut difficilement négociée<sup>1769</sup>. Particulièrement attentatoire au respect du droit à la vie privée, l'exécution d'une telle mesure est désormais encadrée en détail, conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Trois situations principales sont envisagées. La cible de l'interception peut se situer sur le territoire de l'État requérant ou d'un État tiers, mais l'interception des télécommunications passées ou reçues nécessite l'aide technique de l'État requis<sup>1770</sup>. Dans ce cas, la demande n'est supposée poser que peu de problèmes : une fois les conditions de formes prescrites remplies, « l'État membre requis peut autoriser l'interception sans plus de formalités »<sup>1771</sup>. La cible peut également se situer sur le territoire d'un État membre autre que celui qui intercepte, sans qu'aucune assistance technique soit nécessaire pour mener à bien l'interception<sup>1772</sup> : l'État membre requérant interceptant notifie l'État membre requis de cette mesure<sup>1773</sup>. L'État notifié doit répondre sans délai pour autoriser l'exécution ou la poursuite de la mesure, exiger son interruption, ou poser des conditions quant à l'utilisation des données obtenues. Dans ces deux cas, c'est l'État requérant qui exécute la mesure d'enquête, l'État requis n'y apportant qu'au mieux, une aide technique. Le troisième cas vise l'hypothèse où la mesure d'investigation doit être effectuée par l'État requis, les communications de la cible ne pouvant être interceptées que dans cet État<sup>1774</sup>. L'acceptation de l'entraide est ici soumise à un examen plus poussé : la mesure doit pouvoir être prise dans une affaire nationale similaire et le respect de certaines conditions peut être imposé<sup>1775</sup>.

Dans tous les cas, la transmission des télécommunications interceptées à l'État requérant doit être immédiate : les autorités de l'État requérant ont alors la possibilité

---

<sup>1769</sup> C'est le point que les États membres ont eu le plus de mal à négocier lors de l'élaboration de la Convention, v. A. WEYEMBERGH et Se. DE BIOLLEY, «La Convention d'entraide de 2000 et l'interception des télécommunications», in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 261.

<sup>1770</sup> Art. 18 § 2 a et c) de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1771</sup> Art. 18 § 5 a), *ibid.*

<sup>1772</sup> C'est le cas des réseaux de téléphonie dans les régions frontalières, n'épousant pas strictement le contour des frontières. V. rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1773</sup> Art. 20 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE. L'interception ici doit intervenir « dans le cadre d'enquêtes pénales présentant les caractéristiques d'une enquête menée lorsqu'a été commise une infraction pénale déterminée, y compris les tentatives dans la mesure où elles sont incriminées dans le droit national, aux fins d'identification et d'arrestation, d'accusation, de poursuite et de jugement des responsables ». Par conséquent, les interceptions ne peuvent être préventives, dédiées à la recherche d'une éventuelle infraction.

<sup>1774</sup> Art. 18 § 2 b), *ibid.*

<sup>1775</sup> Art. 18 § 5 b), *ibid.*

d'écouter et d'enregistrer directement la communication redirigée, la transmission ultérieure de la communication n'étant désormais qu'une exception<sup>1776</sup>. Les autorités de l'État requérant sont celles recherchant effectivement les preuves en analysant les communications obtenues, les autorités de l'État requis n'ayant qu'un rôle secondaire.

**317. L'échange d'informations.** Alors que la plupart des mesures envisagées par la Convention répondent à une logique réactive, l'État requérant agissant dans le cadre de la poursuite répressive d'une infraction, l'article 7 envisage l'action spontanée d'un État membre, reprenant l'article 46 de la Convention de Schengen. Ainsi, sans qu'aucune demande ne leur ait été présentée, les autorités d'un État peuvent échanger des informations relatives à des faits pénalement punissables, dont la sanction relève de la compétence de l'autorité destinataire. Cet échange spontané peut également concerner les infractions administratives<sup>1777</sup>.

Le transfert des informations bancaires, omis par la Convention du 29 mai 2000, est abordé spécifiquement par le protocole de 2001. Ces informations pouvaient déjà faire l'objet d'une commission rogatoire classique<sup>1778</sup> mais le protocole va plus loin, en permettant la recherche d'informations bancaires depuis « une demande générique »<sup>1779</sup>, visant une quelconque banque sur le territoire de l'État requis<sup>1780</sup>. En revanche, l'échange de ces informations n'est pas spontané.

*ii. L'utilisation des données*

**318. Les larges possibilités d'utilisation des données recueillies.** La recherche des preuves grâce aux moyens d'investigation issus de l'entraide judiciaire tels que les écoutes téléphoniques ou les livraisons surveillées conduit le plus souvent à la découverte d'indices, d'informations concernant une personne identifiée ou identifiable. Ces données à caractère personnel ainsi recueillies intéressent les autorités de l'État requérant en ce qu'elles vont permettre de faire avancer l'enquête pénale, voire s'ajouter au dossier d'enquête et rejoindre les autres éléments de preuve déjà recueillis.

L'article 23 de la Convention, bien qu'il soit intitulé « protection des données à caractère personnel », offre aux autorités de l'État requérant toute latitude quant à l'utilisation

---

<sup>1776</sup> Rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>1777</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 603.

<sup>1778</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 360.

<sup>1779</sup> *Ibid.*

<sup>1780</sup> Art. 1 § 1 du protocole du 16 oct. 2001 à la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

des données communiquées ou obtenues, sans que l'État requis ne puisse s'opposer à leur utilisation. En effet, sauf quelques exceptions, toutes les données à caractère personnel recueillies par l'État requérant grâce à l'instrument européen peuvent être utilisées sans consentement dans trois cas :

- « aux fins des procédures dans lesquelles la présente convention s'applique »<sup>1781</sup>. La convention de 2000 complétant les « conventions mères » de 1959 et 1990, cette hypothèse recouvre l'utilisation de ces données afin de prouver une infraction de droit commun ;
- « aux fins d'autres procédures judiciaires ou administratives directement liées aux procédures »<sup>1782</sup> susvisées. C'est le cas par exemple de la procédure de retrait de permis de port d'arme liée à une procédure pénale pour violences avec armes<sup>1783</sup> ;
- « pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique »<sup>1784</sup>.

Pour tout autre usage, l'État membre voulant utiliser les données à caractère personnel recueillies doit au préalable obtenir le consentement de l'État les ayant transmises. Concrètement, les cas où les États ne pourront disposer librement de ces informations sont extrêmement réduits, l'interdiction postérieure de l'utilisation par le droit de l'État « transmetteur » n'ayant aucune incidence<sup>1785</sup>.

#### *b. La facilitation du recueil des preuves par les autorités de l'État requérant*

Si certaines formes d'entraide judiciaire ne nécessitent que l'assistance passive des autorités de l'État requis, souvent matérialisée par une autorisation, de véritables mesures d'enquête ont été développées, demandant la participation active des autorités de l'État requis, en vue du recueil et du traitement de la preuve par l'État requérant.

**319. La visioconférence**<sup>1786</sup>. L'audition par vidéoconférence est une des innovations de la Convention du 29 mai 2000, symbole de la modernisation de la société et de l'évolution

---

<sup>1781</sup> Art. 23 § 1 a) de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1782</sup> Art. 23 § 2 b), *ibid.*

<sup>1783</sup> Rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1784</sup> Art. 23 § 1 c) de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1785</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 603.

<sup>1786</sup> L'audition par téléconférence est aussi prévue par la Convention du 29 mai 2000 (art. 11). Cependant, ce procédé est moins fiable que la visioconférence, les expressions faciales participant à l'interprétation et à la compréhension des déclarations orales.



de la matière probatoire, fortement impactée par le développement des nouvelles technologies. La visioconférence permet l'audition<sup>1787</sup> d'un témoin ou d'un expert, se trouvant sur le territoire d'un État membre, par les autorités judiciaires d'un autre État membre, sans que ni les autorités, ni le témoin ou l'expert, n'aient à se déplacer<sup>1788</sup>. Seulement deux motifs de refus sont retenus par la Convention : lorsque l'audition est contraire aux principes fondamentaux du droit de l'État requis<sup>1789</sup>, ou dans le cas où l'État requis ne dispose pas des moyens techniques nécessaires.

Ce nouveau moyen de coopération judiciaire dépasse l'entraide judiciaire classique en ce que l'État requis va apporter l'aide nécessaire à l'État requérant pour que ses autorités nationales effectuent la mesure d'investigation<sup>1790</sup>. L'audition sera menée conformément au droit de l'État requérant, et le procès-verbal correspondant rédigé selon les formes prescrites par ce même État<sup>1791</sup>, ce qui évite les éventuelles contestations relatives à la forme lors de l'examen de la recevabilité de la preuve par le juge pénal. Sera également joint au dossier le matériel vidéo ayant enregistré l'audition<sup>1792</sup>.

**320. Le transfèrement de détenus aux fins d'instruction.** Le transfèrement d'une personne détenue de l'État requis vers l'État requérant, dans le but de la faire comparaître en tant que témoin ou aux fins de confrontations, était une possibilité que la Convention du 20 avril 1959 avait déjà envisagée dans son article 11. Les autorités de l'État requérant vont exécuter elles-mêmes la mesure d'enquête, les autorités de l'État requis ne leur fournissant qu'une aide accessoire mais néanmoins indispensable : le transfèrement de la personne concernée. La Convention du 29 mai 2000 va plus loin en couvrant l'hypothèse inverse : l'État requérant demande l'accomplissement d'un acte d'instruction, pour lequel l'État requis nécessite la présence d'une personne détenue sur le territoire de l'État requérant. L'article 9 prévoit ainsi le transfèrement de cette personne vers le territoire sur lequel la mesure d'instruction va avoir lieu. On peut par exemple envisager le cas d'une perquisition du domicile de la personne détenue, lequel se trouve sur le territoire de l'État requis : la présence du détenu peut s'avérer indispensable au bon déroulement de la mesure d'enquête. Ce transfèrement n'est que temporaire, limité aux besoins de l'instruction.

---

<sup>1787</sup> L'audition se fait au moyen d'une liaison vidéo directe, cf. § n° 116 et s.

<sup>1788</sup> Art. 10 § 1 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE.

<sup>1789</sup> La demande ne peut être rejetée au seul motif que l'audition par visioconférence n'est pas prévue par le droit de l'État requis. V. rapport explicatif concernant la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE., *op. cit.*, p. 15.

<sup>1790</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 351.

<sup>1791</sup> *Ibid.*

<sup>1792</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 598.

Par conséquent, la combinaison des deux instruments d'entraide judiciaire permet la circulation « contrôlée » de personnes détenues entre plusieurs États membres, dans le but d'exécuter certaines mesures d'enquête et éventuellement, recueillir des éléments de preuves.

**321. Conclusion du paragraphe 2.** La judiciarisation de l'assistance mutuelle en matière pénale est désormais quasiment uniforme dans l'espace pénal européen, l'adoption du second protocole additionnel à la Convention du 20 avril 1959<sup>1793</sup>, calqué sur les termes de la Convention du 29 mai 2000, achevant le processus. Les autorités judiciaires tirent de ces nouveaux instruments de larges pouvoirs d'investigation, bénéficiant de l'organisation de multiples réseaux destinés à faciliter la transmission et l'exécution des commissions rogatoires internationales. La recherche et le recueil de la preuve européenne en sont bouleversés, caractérisés par l'exécution de mesures précises ciblées et particulièrement permissives, comme l'interception des télécommunications ou les infiltrations. Si seulement quelques mesures ont été présentées, elles témoignent de l'abondance d'instruments permettant une coopération effective et rapide entre les autorités judiciaires. Le succès de l'entraide judiciaire est alors aujourd'hui uniquement dépendant leur bonne volonté et de l'exploitation qu'elles font des mécanismes mis à leur disposition.

**322. Conclusion de la section 1.** L'adoption par étape de divers instruments correspondant aux besoins contemporains de la répression transnationale a profondément enrichi le domaine de l'entraide judiciaire. L'entraide large et flexible de la Convention du 20 avril 1959 adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe a été complétée par des instruments complets et innovants, donnant ainsi aux autorités judiciaires l'opportunité de dialoguer directement avec leurs homologues et de parvenir à une coopération efficace et fructueuse. Par ailleurs, la possibilité pour l'État requérant d'exiger le respect de certaines formalités et procédures par les autorités de l'État requis constitue une réelle chance d'éliminer au plus tôt les problèmes relatifs à la recevabilité des preuves pénales en raison des différences procédurales entre les États coopérant.

Toutefois, le domaine de l'entraide judiciaire est devenu normativement surchargé. L'empilement de mesures similaires ou permettant de parvenir au même résultat, complété par l'accumulation de structures de communication et d'échange d'information risque de conduire à l'asphyxie du système. En effet, l'engorgement conventionnel constitue un frein à l'efficacité des mesures établies, la complexité apparente globale masquant les bénéfices que la mise en œuvre des divers moyens d'investigation pourrait apporter. Le développement du

---

<sup>1793</sup> Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, adopté le 8 nov. 2001.

principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'espace pénal européen avait pour ambition de résorber les défauts de l'assistance mutuelle, mais pour l'instant, les instruments adoptés en vertu dudit principe n'y sont parvenu.

## Section 2. La concrétisation lacunaire du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine de la preuve pénale

**323. Définition du principe de reconnaissance mutuelle.** Selon la Commission européenne, la reconnaissance mutuelle repose « sur l'idée que, même si un autre État peut ne pas traiter une affaire donnée de façon identique, voire analogue à son propre État, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalant aux décisions de ce dernier (...) : une décision prise par une autorité dans un État pourrait être acceptée en tant que telle dans un autre État, même si une autorité comparable n'existe pas dans cet État, ou ne peut pas prendre une telle décision, ou aurait pris une décision totalement différente dans un cas comparable »<sup>1794</sup>. La décision prise par une autorité d'un État membre produirait ses effets en-dehors de cet État, « soit en lui donnant les effets juridiques qui lui sont attribués par le droit pénal étranger, soit en tenant compte de cette décision pour lui associer les effets prévus par le droit pénal de l'État qui la reconnaît »<sup>1795</sup>. Envisagé comme une alternative à l'uniformisation des procédures répressives dans l'Union européenne<sup>1796</sup>, le principe de reconnaissance mutuelle se veut respectueux des spécificités procédurales nationales et préserve l'hétérogénéité des systèmes nationaux, tout en visant la libre circulation des décisions judiciaires au sein de l'Union européenne<sup>1797</sup>.

**324. Les lacunes dans la concrétisation du principe.** Issu du droit communautaire<sup>1798</sup> et du domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale, le principe de reconnaissance mutuelle a constitué le moteur<sup>1799</sup> des récents développements de

---

<sup>1794</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 juil. 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales dans le domaine pénal, *op. cit.*, p. 4.

<sup>1795</sup> *Ibid.*

<sup>1796</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 116.

<sup>1797</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 365.

<sup>1798</sup> Le principe de reconnaissance mutuelle fut déterminant dans la réalisation d'un marché unique européen, v. P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU LAW - Text, Cases and Materials*, 5ème éd., Oxford, OUP, 2011, p. 595 et s.

<sup>1799</sup> Selon Monsieur le Professeur Mitsilegas, l'application du principe de reconnaissance mutuelle a été le moteur de l'intégration européenne en matière pénale ces dernières années. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 115.

la « matière pénale européenne ». Depuis sa consécration politique lors du Conseil européen de Tampere en 1999<sup>1800</sup>, jusqu'à sa consécration normative par l'adoption du traité de Lisbonne <sup>1801</sup>, le principe de reconnaissance mutuelle a donné naissance à quelques instruments modifiant profondément certains volets de la coopération judiciaire, comme en témoigne la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, réformant le régime de l'extradition (§ 1). Concernant la recherche et le recueil des preuves européennes, les résultats sont plus mitigés, la matière n'ayant pour l'instant pas connu d'amélioration majeure grâce à la mise en application du principe de reconnaissance mutuelle (§ 2).

## § 1. L'enracinement du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale

Si aujourd'hui le principe de reconnaissance mutuelle constitue le principe fondateur de tous les instruments adoptés dans le but d'améliorer la coopération judiciaire en matière pénale, sa place centrale est le fruit d'un long processus de maturation au sein de l'Union européenne. D'abord expérimenté dans le domaine de la justice civile et commerciale, le principe s'est finalement imposé en matière pénale en devenant la pierre angulaire de la coopération judiciaire<sup>1802</sup> (A). Destiné à trouver application dans la phase de jugement comme dans la phase pré-sententielle<sup>1803</sup>, le principe est supposé représenter une alternative à l'entraide judiciaire pénale secondaire <sup>1804</sup>, sinon la remplacer totalement. L'adoption d'instruments novateurs apporterait à la matière l'efficacité qui lui fait parfois défaut en visant à la libre circulation des preuves dans l'espace pénal européen, mais de telles ambitions n'ont pour l'instant pas été concrétisées (B).

### A. Le développement du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale

Issu de la justice civile et commerciale, le principe de reconnaissance mutuelle ne trouvait aucune application en matière pénale dans l'Union européenne jusqu'au Conseil européen de Tampere. Il a imprégné la matière jusqu'à devenir un des principes

---

<sup>1800</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, pt. 33.

<sup>1801</sup> Art. 82 du TFUE.

<sup>1802</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, pt. 33.

<sup>1803</sup> *Ibid.*, pt. 36.

<sup>1804</sup> G. DE KERCHOVE, «La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 118.

fondamentaux de la coopération judiciaire en matière pénale entre États membres (1), en s'appuyant sur la confiance mutuelle que les États membres se portent (2).

### 1. La consécration du principe en matière pénale<sup>1805</sup>

**325. Origine du principe.** Le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas un principe propre à la coopération judiciaire en matière pénale. En effet, le concept de « reconnaissance » des décisions juridictionnelles émanant d'un autre État membre a d'abord été introduit en 1968 dans le domaine de la justice civile, par la Convention concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>1806</sup>. Mais c'est à la Cour de justice de l'Union européenne que l'on doit la naissance du principe de reconnaissance mutuelle comme une alternative à l'harmonisation des législations nationales<sup>1807</sup>, dans la célèbre décision « Cassis de Dijon »<sup>1808</sup>. De cette consécration prétorienne résulta une nouvelle approche du marché intérieur, la Commission<sup>1809</sup> faisant du développement dégagé par la Cour de Luxembourg un principe directeur<sup>1810</sup>.

**326. Consécration du principe en matière pénale.** Ce n'est pourtant qu'en 1998, lors du Conseil européen de Cardiff, que la transposition du principe en matière répressive a été suggérée<sup>1811</sup>, la reconnaissance mutuelle représentant le nouvel outil d'une « coopération

---

<sup>1805</sup> Pour une étude récente et complète sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, v. G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Fondation Varennes, 2011.

<sup>1806</sup> JOCE n° L 299 du 31 décembre 1972, p. 32 et s. L'article 26 de la convention prévoit en effet que « les décisions rendues dans un État contractant sont reconnues dans les autres États contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

<sup>1807</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 366.

<sup>1808</sup> CJCE, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 20 fév. 1979, aff. 120/78, Recueil de jurisprudence, 1979, p. 649. La Cour estime qu'« en l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d'un produit doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives », un produit légalement conçu et commercialisé dans un État membre ne pouvant être exclu du marché d'un autre État membre.

<sup>1809</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon), JOCE n° C 256 du 3 oct. 1980, p. 2.

<sup>1810</sup> « Tout produit importé d'un État membre doit être en principe admis sur le territoire de l'État membre importateur s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier. », *ibid.*

<sup>1811</sup> Cette transposition a été soutenue par le Royaume-Uni, qui reste depuis engagé dans l'élaboration des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale. V. J. R. SPENCER, « Mutual recognition of decisions in criminal justice and the United Kingdom », in G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO et A. WEYEMBERGH (éd.), *The future of mutual recognition in the European Union/ L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 528. Pour certains auteurs, le soutien enthousiaste du Royaume-Uni était un moyen de freiner les

judiciaire efficace »<sup>1812</sup>. Le scepticisme des États face à la transposition d'un principe économique à la matière pénale<sup>1813</sup> et leurs inquiétudes relatives au maintien de leurs compétences régaliennes n'ont pas fait obstacle à la consécration du principe, un an plus tard, lors du Conseil européen de Tampere. L'affirmation fut forte. Dans un espace européen de sécurité et de justice, les différences des systèmes judiciaires des États membres ne sauraient profiter aux auteurs d'infractions et priver les citoyens de leurs droits. Le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements s'impose alors comme le moyen privilégié pour faciliter la coopération entre autorités nationales, le principe étant voué à devenir « la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union »<sup>1814</sup>.

La portée que les États entendent donner au principe est remarquable et bien plus large que celle envisagée en premier lieu en matière civile<sup>1815</sup>. En effet, la reconnaissance mutuelle devrait s'appliquer aux décisions juridictionnelles mais également aux autres décisions judiciaires<sup>1816</sup>, dans le but de permettre l'obtention rapide des éléments de preuves<sup>1817</sup>. Cette formule est suffisamment vague pour couvrir deux modes de coopération : la recherche puis le transfert des preuves issues de ces investigations, et le transfert de preuves disponibles. D'une part, la reconnaissance mutuelle peut être envisagée comme un nouveau moyen de coopération étroite et efficace, selon lequel les mesures d'enquêtes décidées par les autorités judiciaires nationales compétentes, dans la phase précédant le jugement, doivent être reconnues et sont donc potentiellement exécutoires par les autorités judiciaires internes d'un autre État membre<sup>1818</sup>. D'autre part, les actes d'enquêtes effectués par les autorités judiciaires lors d'investigations internes et donc selon les procédures prévues par la législation interne, sont reconnus par les autorités des autres États membres<sup>1819</sup>. Les deux cas visent l'obtention d'une preuve effectivement recueillie par des autorités judiciaires d'un autre État membre. Il est donc logique que le principe de reconnaissance mutuelle soit présenté par la suite comme solution aux conflits de recevabilité des preuves obtenues, issus

---

travaux d'harmonisation des législations, v. G. DE KERCHOVE, «La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général», in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, 2001, *op. cit.*, p. 116.

<sup>1812</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Cardiff, 15 et 16 juin 1998, pt. 39.

<sup>1813</sup> I. JÉGOUZO, «Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne», *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 98.

<sup>1814</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, pt. 33.

<sup>1815</sup> L'art. 25 de la Convention de Bruxelles de 1968 prévoit la reconnaissance mutuelle des décisions juridictionnelles uniquement.

<sup>1816</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, pt. 33.

<sup>1817</sup> *Ibid.* pt. 36.

<sup>1818</sup> La décision d'enquête européenne serait la concrétisation de cette hypothèse.

<sup>1819</sup> C'est le cas envisagé par le mandat d'obtention de preuve, concernant des éléments déjà en possession des autorités de réception.

de la diversité des procédures nationales de recueil de la preuve. En effet, le Conseil européen estime que « les éléments de preuves légalement recueillis par les autorités d'un État membre devraient être recevables devant les juridictions des autres États membres, compte tenu des règles qui y sont applicables »<sup>1820</sup>. Si cette disposition ne surprend pas au vu des ambitions du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, sa mise en application a et suscite toujours de réels problèmes politiques et juridiques<sup>1821</sup>.

**327. Ancrage du principe.** Le Conseil européen de Tampere a donné la première impulsion nécessaire au développement concret des réflexions relatives à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle sur le plan législatif. Ainsi, dès 2000, un premier programme fut adopté<sup>1822</sup>, détaillant une série de mesures présentant chacune un degré de priorité. Parmi les quatre mesures les plus urgentes, deux concernaient la recherche des preuves<sup>1823</sup>, l'objectif étant de « permettre la recevabilité des preuves, éviter leur disparition et faciliter l'exécution des décisions de perquisitions et saisies, afin d'assurer rapidement l'obtention des éléments de preuve dans le cadre d'une affaire pénale »<sup>1824</sup>. Cinq ans plus tard, la reconnaissance mutuelle était toujours au cœur des discussions lors du Conseil européen de La Haye<sup>1825</sup>, comme en témoigne le programme<sup>1826</sup> et le plan d'action<sup>1827</sup> en découlant, rappelant l'importance d'adopter des instruments relatifs à l'obtention et à la recevabilité de preuve. Pourtant, depuis l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, « la dynamique s'est quelque peu essoufflée »<sup>1828</sup>. Le programme adopté suite au Conseil européen de Stockholm des 10 et 11 décembre 2009<sup>1829</sup> souligne d'ailleurs la récurrence des

---

<sup>1820</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, pt. 36.

<sup>1821</sup> Cf. Chapitre 2 du même Titre.

<sup>1822</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *op. cit.*

<sup>1823</sup> La première (n° 5) visant à éliminer les réserves, déclarations et motifs de refus relatifs à l'entraide judiciaire, la seconde (n° 6) à l'élaboration d'un instrument sur la reconnaissance des décisions de gel des preuves.

<sup>1824</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *op. cit.*, p. 14.

<sup>1825</sup> Conseil européen de La Haye des 4 et 5 novembre 2004.

<sup>1826</sup> Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *JOUE* n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1.

<sup>1827</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *JOUE* n° 198 du 12 août 2005, p. 1.

<sup>1828</sup> G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN et L. SURANO, «Introduction», in G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO et A. WEYEMBERGH (éd.), *The future of mutual recognition in the European Union/ L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 13.

<sup>1829</sup> Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* n° C 115 du 4 mai 2010, p. 1.

problèmes posés par les négociations sur les instruments de reconnaissance mutuelle, suggérant le rapprochement du droit matériel et du droit procédural des États membres<sup>1830</sup>.

Si la proclamation réitérée du principe de reconnaissance mutuelle comme base de la coopération judiciaire en matière pénale par les États membres réunis en Conseil a contribué à son enracinement dans le paysage normatif européen, sa véritable consécration est intervenue en décembre 2009, lors de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, « constitutionnalisant » le principe. Ainsi, l'article 82 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires ». Désormais, le développement de nouveaux instruments de coopération judiciaire à travers la reconnaissance mutuelle n'est plus seulement une volonté politique mais l'unique chemin au sein de l'Union européenne.

## 2. Un principe fondé sur la confiance mutuelle

Si la reconnaissance mutuelle est désormais la pierre angulaire du nouvel édifice de la coopération judiciaire en matière pénale, la confiance mutuelle entre les États membres en constitue les fondations indispensables : une coopération étroite entre autorités judiciaires telle qu'envisagée par les instruments fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle ne peut fonctionner dans un climat de méfiance. Or, si l'existence de la confiance réciproque a été d'abord supposée, elle est aujourd'hui recherchée comme le concept salvateur de la reconnaissance mutuelle.

**328. Naissance et affirmation du concept.** La confiance mutuelle des États membres en « leurs systèmes de justice pénale répressifs » a rapidement été présentée comme essentielle à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle<sup>1831</sup>. Cette confiance repose sur le socle commun que constitue l'attachement des États « aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit »<sup>1832</sup>. Le programme de La Haye a par la suite précisé les contours de la notion, tout en préconisant d'accroître la confiance réciproque que les États se portent. Plus qu'un attachement à certaines valeurs, la notion repose « sur la certitude<sup>1833</sup> que tous les

---

<sup>1830</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>1831</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *op. cit.*

<sup>1832</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>1833</sup> La notion de certitude avait déjà été employée par le Conseil, dans la décision-cadre relative à l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve : l'exécution immédiate des décisions



citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevés »<sup>1834</sup>. Enfin, la confiance mutuelle est désormais érigée comme un instrument fondamental de la mise en œuvre d'une coopération judiciaire efficace<sup>1835</sup>.

**329. Essence de la notion.** Définir la confiance mutuelle dans le cadre de la coopération judiciaire, sans aborder les fondements, le but, ou la portée de la notion, n'est pas aisé. La confiance mutuelle est avant tout un sentiment de sécurité réciproque<sup>1836</sup>, ressenti par les autorités judiciaires dans une relation multilatérale. C'est la foi en la compétence des autorités impliquées dans cette relation, en la fiabilité de leur discernement mais c'est également la présomption du respect de la légalité. C'est une relation sereine, exempte de toute suspicion.

La définition de confiance mutuelle par les textes émanant de l'Union européenne a été façonnée par la détermination des fondements sur lesquels elle repose. Ces fondements ont d'abord consisté en l'existence d'un socle commun, de valeurs et de principes fondamentaux auxquels les États membres sont attachés<sup>1837</sup>. Or, le partage de valeurs communes semble insuffisant pour établir un climat de confiance dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale. D'une part, l'attachement à certaines valeurs n'en implique pas automatiquement le respect effectif. Il suffit de se pencher sur les condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme pour y trouver des illustrations éloquentes<sup>1838</sup>. Par ailleurs, limiter la confiance mutuelle au respect de valeurs fondamentales revient à faire abstraction des règles procédurales participant à leur mise en œuvre. Certes, les règles procédurales participant à la recherche de la preuve sont édictées dans le respect des valeurs fondamentales précitées. L'imprécision caractérisant ces notions laisse cependant à chaque État la liberté d'édicter des règles qu'il estime comme conformes à ces valeurs.

---

judiciaires en vertu du principe de reconnaissance mutuelle repose sur « la certitude que les décisions à reconnaître et à exécuter sont toujours prises dans le respect des principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité ».

<sup>1834</sup> Le programme de La Haye, *op. cit.*, p. 11, pt. 3.2.

<sup>1835</sup> Le programme de Stockholm, *op. cit.*, p. 5, pt. 1.2.1.

<sup>1836</sup> « La confiance mutuelle est, par définition, un mouvement réciproque » et « implique une démarche active des deux côtés. D'une part, il faut mériter la confiance, de l'autre, il faut l'accorder, et cela comprend toujours une part délibérée de risque », v. G; VERNIMMEN, « La confiance mutuelle, un processus dynamique, un apprentissage et un facteur de progrès », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 205.

<sup>1837</sup> Le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales reprend dans le § 6 de son introduction l'art 6 du traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le traité de Nice : « 1. L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres. »

<sup>1838</sup> Cette idée a également été envisagée par un autre auteur, v. D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"omega" d'une justice pénale européenne », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 141.

Retenir le seul respect d'un socle commun indéfini comme fondement serait assimiler la procédure pénale au seul respect de valeurs fondamentales, et donc minimiser considérablement le formalisme et l'importance de règles techniques du droit procédural, au profit du seul respect des droits substantiels<sup>1839</sup>. Le programme de La Haye rectifie ce dernier point et définit la confiance mutuelle comme une certitude : que tous les citoyens aient accès à un système judiciaire répondant aux exigences de qualité les plus élevées. Tout l'enjeu réside alors en la détermination de ces hautes exigences de qualité<sup>1840</sup> et en leur mode d'appréciation.

**330. L'indissociabilité de la confiance mutuelle et de la reconnaissance mutuelle.** Si la notion de confiance mutuelle existait déjà dans le domaine de la coopération judiciaire internationale<sup>1841</sup>, elle n'a été mise en avant dans l'Union européenne qu'après la consécration du principe de reconnaissance mutuelle et le développement des instruments de coopération. En effet, la volonté d'accroître la confiance mutuelle de façon plus générale au niveau de l'Union européenne n'a été exprimée qu'à partir de 2005, dans le programme de La Haye, mais là encore, la confiance mutuelle est seulement sensée « faciliter la pleine mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle ». Or, la confiance mutuelle ne doit pas être abordée comme le corollaire de la reconnaissance mutuelle<sup>1842</sup>. Au contraire, la reconnaissance mutuelle devrait être la conséquence logique de la confiance mutuelle, car c'est seulement dans un espace pénal européen dénué de toute méfiance que les autorités judiciaires pourront coopérer efficacement.

Par ailleurs, la confiance mutuelle a été supposée comme préexistante entre États partageant les mêmes valeurs fondamentales<sup>1843</sup>, garantissant alors la réussite des instruments de reconnaissance mutuelle. Or, les difficiles négociations<sup>1844</sup>, les abandons<sup>1845</sup> et les

---

<sup>1839</sup> Ce mouvement est pourtant caractéristique des dérives du droit de la preuve dans les régimes nationaux étudiés, le respect des droits substantiels librement interprétés par le juge pénal prenant le pas sur le respect de la légalité formelle.

<sup>1840</sup> « La reconnaissance mutuelle se fonde sur une postulat, celui de la confiance réciproque des États membres dans la qualité de leur procédure pénale », v. M.-H. DESCAMPS, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales », in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 87.

<sup>1841</sup> Le Conseil de l'Europe avait déjà développé l'idée d'une coopération dans un esprit de confiance mutuelle, v. D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"omega" d'une justice pénale européenne ? », in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen / Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1842</sup> Pour Monsieur Flore, la confiance mutuelle est le corollaire du principe de reconnaissance mutuelle. V. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 370.

<sup>1843</sup> La tendance générale avant 2005 était de simplement proclamer la confiance mutuelle. V. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1844</sup> La directive relative à la décision d'enquête européenne n'a pu faire l'objet d'un accord qu'après l'insertion d'un motif de refus relatif à la protection des droits fondamentaux dans l'État membre de réception, ceci après 4 années de négociations, v. *infra*.

échecs<sup>1846</sup>, ont marqué le processus législatif européen ces dix dernières années et ainsi montré un manque flagrant de confiance entre les États membres. Cette prise de conscience tardive transparait dans les mesures concrètes que le programme de La Haye préconise afin de renforcer la confiance mutuelle. La prospérité de la notion passe ainsi par « l'émergence progressive d'une culture judiciaire commune » et la « compréhension mutuelle entre les autorités judiciaires et les différents systèmes juridiques », notamment grâce aux réseaux d'institutions judiciaires internationaux et aux programmes d'échange pour autorités judiciaires. De ces initiatives émerge une idée simple mais essentielle au renforcement de la confiance mutuelle : elle ne s'impose pas, ne se décide pas, mais se construit lentement.

Érigé comme la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale, le principe de reconnaissance mutuelle promettait initialement de « révolutionner » l'entraide répressive, la confiance réciproque des États membres œuvrant pour la libre circulation des preuves dans l'espace pénal européen. Le bilan des quinze années ayant suivi le Conseil européen de Tampere est cependant décevant, au vu de l'influence limitée du principe sur la matière.

#### B. L'influence limitée du principe de reconnaissance mutuelle sur la coopération judiciaire en matière pénale

La matérialisation du principe de reconnaissance mutuelle a été rapide et a bénéficié de circonstances politiques très favorables. Le dynamisme et l'implication des États membres dans l'affirmation répétée<sup>1847</sup> du principe ont largement contribué à l'effervescence législative des premières années. Pourtant, ce sont la méfiance et les inquiétudes suscitées par les attentats américains du 11 septembre 2001 qui ont fait de l'amélioration de l'extradition une priorité<sup>1848</sup>, lançant véritablement la réforme de la coopération judiciaire en matière pénale. La phase pré-sententielle a très tôt fait l'objet de toutes les attentions : la dernière décennie fut marquée par l'élaboration de trois instruments relatifs aux investigations transnationales (1), dont la mise en application aurait pour conséquence « d'automatiser » la coopération judiciaire (2).

---

<sup>1845</sup> Comme ce fut le cas par exemple de la Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 28 avr. 2004, COM(2004) 328 final, 2004/0113 (CNS).

<sup>1846</sup> L'exemple de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuve du 18 déc. 2008 en est la parfait exemple, comme nous le verrons par la suite.

<sup>1847</sup> I. JÉGOUZO, «Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne», *op. cit.*, p. 99.

<sup>1848</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 120.

## 1. L'évolution des instruments de coopération judiciaire relatifs à la phase pré-sententielle

Alors que les premiers instruments adoptés en matière de preuve pénale n'ont su apporter des réponses concrètes et efficaces aux fins d'amélioration de l'enquête transnationale (a), la directive relative à la décision d'enquête européenne, prochainement adoptée, porte l'espoir de voir enfin basculer la coopération judiciaire sur une application du principe de reconnaissance mutuelle, abandonnant partiellement l'entraide judiciaire (b).

### *a. Les instruments législatifs adoptés par les États membres*<sup>1849</sup>

**331. La réforme de l'extradition.** Adoptée en 2002, la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen <sup>1850</sup> est sans conteste l'instrument emblématique de la reconnaissance mutuelle. Pourtant, son succès<sup>1851</sup> était loin d'être prévisible. En effet, la réforme de l'extradition ne faisait pas partie des mesures prioritaires préconisées dans la mesure en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle<sup>1852</sup>, un auteur soulevant les dangers que « l'abolition totale des garanties dans la procédure extraditionnelle classique ferait courir aux droits individuels »<sup>1853</sup>. Pourtant, suite aux attentats terroristes de 2001, le projet de

---

<sup>1849</sup> Tous les instruments concernant la phase pré-sententielle en application du principe de reconnaissance mutuelle ne seront pas abordés mais uniquement ceux ayant trait à l'investigation pénale et aux preuves. Pour une vue d'ensemble des instruments adoptés, v. A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *Jurisclasser*, Fasc. 2720, mai 2009, p. 14 et s.

<sup>1850</sup> Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* n° L 190 du 18 juil. 2002, p. 1.

<sup>1851</sup> Si le mandat d'arrêt européen est souvent présenté comme un succès de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle au regard de la rapidité de son adoption, certains points relatifs à sa mise en application restent problématiques : c'est le cas par exemple les divergences dans la désignation des autorités compétentes, v. J. THOMAS, « The principle of mutual recognition - Success or failure? », *ERA-Forum*, vol. 13, n° 4, mai 2013, p. 586. mais surtout des atteintes aux droits de la défense, v. D. MANSELL, « The European Arrest Warrant and Defence Rights », *op. cit.*, p. 36.

<sup>1852</sup> Les instruments relatifs à la reconnaissance des décisions de gel des preuves et des avoirs et facilitant l'entraide judiciaire bénéficiaient d'un degré de priorité maximal, et supérieur à la simple « recherche des moyens d'établir un régime de remise qui serait fondé sur la reconnaissance et l'exécution immédiate du mandat d'arrêt », Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *op. cit.*, p. 20.

<sup>1853</sup> Au sujet de la transposition dans l'espace pénal européen du traité bilatéral italo-espagnol du 28 novembre 2000, remplaçant le système d'extradition classique par une procédure simplifiée et accélérée, v. J. DEDEYNE-AMANN, « L'extradition : un anachronisme au sein de l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 201.

mandat d'arrêt européen est apparu comme une « législation d'urgence »<sup>1854</sup> : un projet de décision-cadre fut validé en décembre 2001<sup>1855</sup> et adopté six mois plus tard.

Le mandat d'arrêt européen est une « décision judiciaire émise par un État membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté »<sup>1856</sup>. Le champ d'application de la décision-cadre est très large. Pour une liste de trente-deux infractions particulièrement graves<sup>1857</sup>, l'autorité judiciaire compétente peut exiger la remise systématique d'une personne, sans qu'aucun contrôle de la double incrimination<sup>1858</sup> des faits ne soit opéré par les autorités judiciaires de réception<sup>1859</sup>. Les motifs de refus d'exécution sont également largement limités<sup>1860</sup>. Par ailleurs, cette décision nationale peut être émise non seulement aux fins d'exécution d'une sentence, mais également en l'absence de décision sentencielle, dans le but de poursuivre la personne visée par le mandat sur le territoire d'un autre État membre. Le mandat d'arrêt européen peut donc intervenir dans le cadre d'une enquête transnationale, avant toute décision juridictionnelle sentencielle.

**332. Un dispositif incomplet.** Accompagner le mandat d'arrêt européen d'un instrument performant relatif à l'obtention de la preuve apparaît comme inévitable. D'une part, il serait surprenant qu'aucun élément de preuve ne soit recueilli parallèlement à l'arrestation de la personne visée par le mandat. En effet, celle-ci peut faire des déclarations essentielles, consignées par les autorités locales compétentes. Des éléments matériels sont susceptibles d'être trouvés en possession de la personne, comme un téléphone, un ordinateur, des stupéfiants, une arme, ou des documents quelconques. Ces éléments sont potentiellement recevables pour fonder une condamnation et les autorités poursuivantes doivent y avoir accès, autant que la défense. D'autre part, permettre la remise simplifiée et accélérée d'une personne pour qu'elle soit poursuivie dans un État, sans les éléments de preuves relatifs qui ont pu être recueillis par les autorités judiciaires de l'État d'exécution du

---

<sup>1854</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 120.

<sup>1855</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 610.

<sup>1856</sup> Art. 1 § 1 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen.

<sup>1857</sup> Parmi lesquelles, par exemple, les infractions de terrorisme, de trafic illicite de stupéfiants, de blanchiment de produits du crime, ou de viol, v. art. 2 § 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen.

<sup>1858</sup> La réciprocité de l'incrimination peut être imposée concernant des infractions moins graves prévues à l'article 2 § 1, pour lesquelles l'émission d'un mandat d'arrêt européen est facultative et soumise à une exigence de seuil de gravité. V. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 565.

<sup>1859</sup> Art. 2 § 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen.

<sup>1860</sup> Art. 3 et 4, *ibid.*

mandat, n'a que peu de sens : la rapidité de la remise présente moins d'avantages si l'instruction du dossier est beaucoup plus longue.

**333. La préservation des preuves.** Le premier instrument adopté dans le domaine de la preuve vise à leur conservation uniquement, non à leur transfert, toujours dépendant des instruments d'entraide judiciaire traditionnels. Proposée en 2000 par la France, la Suède et la Belgique<sup>1861</sup>, la décision-cadre relative au gel des biens ou d'éléments de preuve<sup>1862</sup> a de ce fait présenté dès le départ un apport limité<sup>1863</sup>. La décision de gel est une mesure prise par une autorité judiciaire compétente, dans le but de prévenir toute destruction, transformation, transfert ou aliénation d'un bien susceptible de faire l'objet d'une confiscation ou d'un élément de preuve<sup>1864</sup>. L'objectif ici est de préserver non seulement l'existence de la preuve mais également sa qualité et son intégrité, et donc sa force probante<sup>1865</sup>. Toutefois, l'avantage unique de cet instrument de coopération judiciaire est balayé par ses défauts<sup>1866</sup>. En premier lieu, il ne couvre qu'une partie limitée des différentes formes de coopération en matière de preuve et ne bénéficie d'aucune autonomie vis-à-vis des autres instruments de coopération judiciaire. Le transfert des éléments gelés peut être demandé concomitamment à la transmission de la décision de gel, sur la base des mécanismes habituels d'entraide judiciaire<sup>1867</sup>. L'obtention de la preuve résulterait ainsi d'une procédure complexifiée et morcelée, au cours de laquelle différents motifs de refus et délais d'exécution entreraient en jeu. En second lieu, la pertinence du recours à une décision de gel préalablement au transfert peut être vue comme « une exigence inutile, qui n'apporte guère de garanties supplémentaires

---

<sup>1861</sup> I. JÉGOUZO, «Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne», *op. cit.*, p. 99.

<sup>1862</sup> Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des biens ou d'éléments de preuve, *JOUE* n° L 196 du 2 août 2003, p. 45.

<sup>1863</sup> Situation traduite par le peu d'enthousiasme des États à transposer la décision-cadre : en 2008, seuls 19 États avaient introduit l'instrument dans leurs législations nationales, v. le Rapport de la Commission fondé sur l'article 14 de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, Bruxelles, 22 déc. 2008, COM(2008) 885 final.

<sup>1864</sup> Art. 3 § 2 c) de la décision-cadre du 22 juil. 2003 relative au gel de biens ou d'éléments de preuve. Le texte précise qu'« élément de preuve » renvoie à tout objet, document ou donnée susceptible de servir de pièce à conviction dans le cadre d'une procédure pénale relative à l'une des infractions visées à l'article 3.

<sup>1865</sup> « Si la criminalité, notamment la criminalité organisée, dispose de moyens rapides et efficaces pour faire disparaître le produit du crime ou les biens ayant servi à commettre l'infraction, les procédures pénales, elles, ne se distinguent pas par leur rapidité », C. MAURO, «La décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européen des décision de gel de bien ou d'éléments de preuve», in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 152.

<sup>1866</sup> De l'aveu de la Commission, d'importants problèmes résultent de la coopération relevant de la décision-cadre sur les décisions de gel, v. la proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuve, Bruxelles, 14 nov. 2003, COM(2003) 688 final, p. 6.

<sup>1867</sup> Art. 10 de la décision-cadre du 22 juil. 2003 relative au gel de biens ou d'éléments de preuve.

et qui n'est, dès lors, qu'une source de retard »<sup>1868</sup>. Enfin, cette coopération à double vitesse, constituant un frein à l'efficacité de la coopération judiciaire, n'est que facultative : la flexibilité et la récurrence de l'entraide judiciaire entre certains États n'incite pas au recours à cet instrument de reconnaissance mutuelle, l'exécution rapide des commissions rogatoires internationales poursuivant le même but de préservation des preuves.

**334. L'obtention des preuves.** Face à ce succès en demi-teinte en matière de preuve, le mandat européen d'obtention de preuve<sup>1869</sup> a été présenté comme l'instrument providentiel<sup>1870</sup>, permettant « une coopération judiciaire plus rapide et efficace », et remplaçant « le régime actuel d'entraide judiciaire dans ce domaine »<sup>1871</sup>. Aucune de ces deux promesses n'a pour l'instant été tenue<sup>1872</sup>.

Plusieurs facteurs ont contribué à l'insuccès du mandat d'obtention de preuve, notamment un contexte politique défavorable<sup>1873</sup> : l'adoption de l'instrument en 2008 a été le fruit d'après négociations<sup>1874</sup>, nécessitant pas moins de trois propositions de décision-cadre<sup>1875</sup>. La substitution complète des instruments d'entraide judiciaire par ce nouvel outil fondé sur la reconnaissance mutuelle proposée par la Commission a finalement été abandonnée au profit de leur coexistence<sup>1876</sup>, représentant ainsi un nouvel élément de complexification de la coopération judiciaire. Enfin, les maigres améliorations que l'instrument propose dans le domaine de l'enquête pénale transnationale ont certainement contribué à son désamour. En cause principalement, le champ d'application restreint de l'instrument et son manque d'ambition, le tenant éloigné des considérations pratiques

---

<sup>1868</sup> Rapport final sur le premier exercice d'évaluation consacré à l'entraide judiciaire en matière pénale, JOCE n° 216 du 1<sup>er</sup> août 2001, p. 21.

<sup>1869</sup> Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JOUE n° L 350 du 30 déc. 2008, p. 72.

<sup>1870</sup> Le mandat d'obtention de preuve a été envisagé comme la première étape du processus de « libre circulation des preuves » dans l'Union européenne. V. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 126.

<sup>1871</sup> Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuve de 2003, *op. cit.*, p. 2.

<sup>1872</sup> Et ne le sera vraisemblablement pas.

<sup>1873</sup> On peut citer par exemple l'élargissement de l'Union européenne comme frein à l'adoption de nouveaux instruments, v. S. MANACORDA, «Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal», *RSC*, 2006, p. 881. Mais plus généralement, la mobilisation des ressources vers des projets plus urgents comme la gestion de la crise économique et constitutionnelle que traversait l'Union européenne n'a pas aidé à la création d'un climat propice aux avancées en matière pénale.

<sup>1874</sup> En partie du fait des réticences allemandes et néerlandaises, v. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 639.

<sup>1875</sup> À la proposition de décision-cadre de 2003 s'ajoutèrent la proposition du 10 juillet 2006, COM(2003) 688 final (11235/06 COPEN 74) et la proposition du 21 décembre 2007, (13076/07 COPEN 132).

<sup>1876</sup> C. WILLIAMS, «The European evidence warrant», *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 157.

propres à l'enquête pénale. Basé sur le principe de reconnaissance mutuelle, le mandat est une « décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre afin d'obtenir des objets, des documents et des données d'un autre État membre »<sup>1877</sup>. Ces « objets, documents et données » devant être spécifiés dans le mandat, seules les preuves existantes et directement disponibles peuvent être demandées. La recherche de nouvelles preuves grâce à l'exécution de mesures d'enquêtes reste du domaine de l'entraide judiciaire. Pour une même affaire, l'autorité enquêtrice compétente doit ainsi avoir recours à plusieurs instruments, dont les critères de mise en œuvre divergent<sup>1878</sup>.

Ainsi, à l'issue du délai de transposition fixé par la décision-cadre<sup>1879</sup>, seuls la Finlande et le Danemark<sup>1880</sup> avaient effectivement introduit cet instrument dans leur législation nationale. Il serait malaisé de blâmer la mauvaise volonté des États membres compte-tenu de l'attitude de la Commission, au lendemain de l'adoption de la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve : en juin 2009, dans une communication au Parlement et au Conseil<sup>1881</sup>, l'institution a souligné la nécessité pour l'Union de se doter d'un système complet d'obtention de la preuve dans les affaires transnationales, comprenant un « véritable mandat européen d'obtention de preuves se substituant à tous les instruments existants ». Dans la foulée, une consultation des États membres et des parties intéressées fut lancée la même année<sup>1882</sup>, reconnaissant ainsi indirectement l'échec de la décision-cadre du 18 décembre 2008 et appelant à l'élaboration d'un nouvel instrument de coopération judiciaire fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle.

#### *b. L'avenir de la coopération judiciaire : la décision d'enquête européenne*

**335. Un contexte d'adoption plus favorable.** Les discussions autour de la décision d'enquête européenne semblent bénéficier de conditions plus clémentes que pour le mandat d'obtention de preuve. Le Conseil européen de Stockholm a donné une nouvelle impulsion à

---

<sup>1877</sup> Art. 1 § 1 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

<sup>1878</sup> A. IJZERMAN, «From the CATS portfolio: The European evidence warrant», in J.A.E. VERVAELE, *European Evidence Warrant - Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 13. Un très bon exemple est celui de l'autorité judiciaire utilisant le mandat d'obtention de preuve pour obtenir le couteau ayant servi au crime, et une demande d'entraide judiciaire pour faire interroger le suspect, v. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 646.

<sup>1879</sup> Délai fixé au 19 jan. 2011.

<sup>1880</sup> Données issues du site du Réseau européen de formation judiciaire (<http://www.ejtn.net/fr/Formation-CoPEN/>), rubrique « formation », Module 6 : La phase pré-sentencielle et l'obtention des preuves, mis à jour le 20 déc. 2012.

<sup>1881</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, Bruxelles, le 10 juin 2009, COM(2009) 262 final, p. 18.

<sup>1882</sup> Commission européenne, Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Bruxelles, 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final.



l'amélioration de la coopération<sup>1883</sup>. La déception de n'avoir pu adopter un instrument aussi performant que le mandat d'arrêt européen dans le domaine des preuves transparait du programme de Stockholm, appelant à déployer d'avantage d'efforts, pour une coopération judiciaire plus efficace, au moyen d'instruments plus « conviviaux »<sup>1884</sup>. L'idée de mettre en place un système global d'obtention de la preuve, remplaçant le régime fragmentaire existant, est depuis relancée. Le projet est extrêmement ambitieux. Sur le plan politique tout d'abord, les obstacles rencontrés lors de l'adoption des précédents instruments ont mis en lumière la difficulté d'élaborer un instrument performant, tout en ménageant les prérogatives souveraines des États membres, de façon à atteindre un consensus. Par ailleurs, sur le plan juridique, le programme de Stockholm vise l'instrument « parfait » : fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, il doit bénéficier de la souplesse caractéristique de l'entraide judiciaire, dans le but de remplacer tous les instruments existants dans ce domaine<sup>1885</sup>. Par ailleurs, son champ d'application est voulu très large, s'appuyant sur le principe de liberté de la preuve et couvrant « autant de types d'éléments de preuve que possible ».

Le second facteur propice à l'adoption d'un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle est sans conteste l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Il est vrai qu'en pratique, les conséquences de la constitutionnalisation du principe de reconnaissance mutuelle sont réduites : tous les instruments adoptés depuis le Conseil européen de Tampere le sont déjà sur la base du principe<sup>1886</sup>. Néanmoins, l'article 82 du TFUE offre désormais au Parlement européen et au Conseil l'opportunité, suivant la procédure législative ordinaire, d'adopter des mesures visant à « établir des règles et des procédures pour assurer la reconnaissance, dans l'ensemble de l'Union, de toutes les formes de jugements et décisions judiciaires », ainsi qu'à faciliter la coopération entre les autorités judiciaires des États membres.

Avancée en avril 2010 à l'initiative de sept États membres, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale<sup>1887</sup> vise à concrétiser le projet d'instrument global présenté par le programme de Stockholm. Presque quatre ans plus tard, la directive est proche d'être adoptée : un texte

---

<sup>1883</sup> « Il faudra aussi renforcer la coopération entre les professionnels de la justice, améliorer leur formation et mobiliser des moyens pour supprimer les obstacles à la reconnaissance des décisions juridiques dans d'autres États membres », Conclusions de la présidence du Conseil européen de Stockholm des 10 et 11 décembre 2009.

<sup>1884</sup> Le programme de Stockholm, *op. cit.*, p. 12.

<sup>1885</sup> Y compris le mandat d'obtention de preuves fraîchement adopté.

<sup>1886</sup> C. WILLIAMS, «The European evidence warrant», *op. cit.*, p. 157.

<sup>1887</sup> Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale, Bruxelles, le 29 avril 2010, Dossier interinstitutionnel : 210/0817 (COD), 9145/10 COPEN 115 CODEC 363 EUROJUST 47 EJM 12.

de compromis entre le Parlement européen et le Conseil a été adopté en octobre 2013<sup>1888</sup>, et le vote final sera vraisemblablement obtenu au printemps 2014<sup>1889</sup>.

## 2. Vers l'objectivisation de la circulation des décisions judiciaires ?

**336. La judiciarisation de la coopération en matière pénale.** Si les conséquences de la décision-cadre sur le mandat européen d'obtention de preuve sur la coopération judiciaire en matière pénale sont limitées, l'impact de la directive sur la décision d'enquête européenne sera plus important, opérant une judiciarisation quasi complète de la coopération judiciaire<sup>1890</sup>. Initiée au sein de l'espace Schengen<sup>1891</sup>, la coopération directe est devenue le principe régissant les relations entre autorités judiciaires, grâce à la Convention relative à l'entraide judiciaire du 21 mai 2000. Cependant, l'intervention du pouvoir politique est toujours envisageable, conformément à la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959, unanimement ratifiée par les États membres de l'Union européenne. Le pouvoir politique reste donc potentiellement un acteur de la coopération judiciaire dans l'Union européenne, représentant un risque d'interférence dans le processus de coopération. Toutefois, la dépolitisation de la coopération judiciaire semble indispensable à son bon fonctionnement : c'est un gage de sécurité et de prévisibilité pour le justiciable, exempt du caractère discrétionnaire et arbitraire dont peuvent souffrir les décisions gouvernementales<sup>1892</sup>.

La judiciarisation aboutie de l'espace pénal européen et l'exclusion définitive du pouvoir politique dans le domaine de la coopération judiciaire sont désormais envisagées<sup>1893</sup>. La directive relative à la décision d'enquête européenne prévoit sa transmission directe de l'autorité d'émission, à l'autorité d'exécution, et ceci par tout moyen permettant de laisser une

---

<sup>1888</sup> Conseil de l'Union européenne, Approval of a package of the main elements in the file in view of its final agreement, Interinstitutional File 2010/0817 (COD), COPEN 165 EUROJUST 95 EJNI 67 CODEC 2348, Bruxelles, le 25 octobre 2013.

<sup>1889</sup> Information issue du site de la présidence lituanienne du Conseil de l'Union européenne 2013, Communiqué de presse du 3 déc. 2013, disponible à l'adresse <http://www.eu2013.lt/fr/> (sous actualités)

<sup>1890</sup> Un auteur parle même de « judiciarisation » complète du mécanisme de l'entraide judiciaire, v. M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1891</sup> Art. 48 et s. de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, *op. cit.*

<sup>1892</sup> V. M. MARTY, «Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne - Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne», *Jurisdoctoria*, n° 7, 2011, p. 113.

<sup>1893</sup> Le mandat européen d'obtention de preuve constituait déjà une étape supplémentaire vers la judiciarisation de l'assistance mutuelle, en excluant toute considération politique, v. R. BELFIORE, «Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments», *European journal of crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 17, 2009, p. 6.

trace écrite et d'en établir authenticité<sup>1894</sup>. Cet instrument, à l'exemple du mandat d'arrêt européen<sup>1895</sup>, fera table rase des instruments préexistants et les remplacera<sup>1896</sup>, y compris la Convention de 1959, grâce à laquelle subsistait la faculté d'intervention du pouvoir politique. Par conséquent, l'adoption et la transposition massive de cette directive entrainera la judiciarisation quasi totale de la coopération judiciaire dans l'Union européenne, et donc participera à l'objectivisation de la circulation des décisions judiciaires et des preuves. À ce premier phénomène s'ajoute la remise en cause du contrôle de double incrimination préalable à l'exécution de la mesure d'enquête transnationale, œuvrant également pour une libre circulation des décisions judiciaires.

**337. La remise en cause du contrôle de double incrimination.** Le contrôle de la double incrimination, comme condition à l'acceptation de l'assistance judiciaire, peut représenter un frein à la coopération entre autorités judiciaires, d'autant plus important que les législations nationales divergent<sup>1897</sup>. La vérification de la double incrimination, avant toute mesure d'assistance, consiste, pour l'État requis/d'exécution, à s'assurer que les faits poursuivis par les autorités de l'État requérant/d'émission, constituent également une infraction pénale dans l'État requis/d'exécution<sup>1898</sup>. Cette « réciprocité d'incrimination »<sup>1899</sup> peut être appréciée de deux façons : « *in abstracto*, au regard du seul texte des lois qui incriminent le comportement dans les deux États concernés, ou *in concreto*, à la lumière des règles de la responsabilité pénale individuelle applicables en l'espèce »<sup>1900</sup>. L'absence de réciprocité peut ainsi être brandie par l'État requis comme motif de refus d'exécution de la mesure demandée, comme c'est le cas au regard de l'exécution des commissions rogatoires

---

<sup>1894</sup> Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, Bruxelles, le 21 mai 2010, Dossier interinstitutionnel : 2010/0817(COD), 9288/10 COPEN 117 EUROJUST 49 EJN 13 CODEC 384 PARLNAT 13, art. 6.

<sup>1895</sup> Art. 31 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. Sur la judiciarisation de la procédure de remise, v. S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, 2009, *op. cit.*, p. 168.

<sup>1896</sup> Art. 29 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne.

<sup>1897</sup> Selon Monsieur Barbe, le contrôle de la double incrimination apparaît comme justifié dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale dans le système du Conseil de l'Europe, du fait de la protection inégale des droits fondamentaux au sein des États parties. V. E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 120.

<sup>1898</sup> *Ibid.* V. aussi A. KLIP, *European Criminal Law - An integrative approach*, 2012, *op. cit.*, p. 345. : « The applicability of the double criminality requirement means that the requested state will only give assistance in cases where the underlying offence is a crime both under the law of the requesting state as well as under the law of the requested state. »

<sup>1899</sup> G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, p. 222.

<sup>1900</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 413. Selon J. PRADEL, l'interprétation *in abstracto* consiste en l'identité d'appellation de fait dans les deux droits, alors que l'interprétation *in concreto* repose sur le fait que les agissements sont passibles de sanction dans les deux droits, v. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 58.

aux fins de perquisition ou saisie d'objet, dans la cadre de la Convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959<sup>1901</sup>.

À première vue, l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans l'espace judiciaire européen et le maintien de la double incrimination comme condition à la coopération semblent difficilement conciliables et justifiables. Déjà partiellement abandonnée par les instruments d'entraide judiciaire<sup>1902</sup>, la réintroduction de la condition de double incrimination dans un espace reposant sur la confiance mutuelle et l'attachement aux principes fondamentaux du droit serait particulièrement malaisée<sup>1903</sup>. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle implique la reconnaissance et l'exécution des décisions prises par les autorités judiciaires d'un autre État membre, selon le droit de ce même État, sans aucune transposition ou vérification matérielle préalable. Or, le contrôle de double incrimination, qu'il soit effectué *in abstracto* ou *in concreto*, suppose un contrôle autre que purement formel, nécessitant la qualification des faits en question selon le droit de l'État de réception<sup>1904</sup>. Ce contrôle matériel de la décision émise est en contradiction avec l'esprit et l'objectif du principe de reconnaissance mutuelle<sup>1905</sup>. Le choix initial de la Commission a donc été de supprimer totalement le critère de la double incrimination des motifs de refus de sa première proposition législative relative au mandat d'arrêt européen<sup>1906</sup>. Cependant, face aux fortes

---

<sup>1901</sup> Art. 5 § 1 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1902</sup> G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, p. 224.

<sup>1903</sup> L'intérêt de l'argument idéologique qu'est la confiance mutuelle en ce qui concerne l'abandon du critère de la double incrimination a été remis en cause par Monsieur Flore : les différences qui touchent aux incriminations « ne relèvent pas de la confiance mutuelle mais de la politique criminelle et plus généralement du système de valeurs des États membres. On peut se faire confiance et reconnaître en même temps les différences, en en tirant les conséquences : la confiance est sérieuse si elle n'est pas aveugle ». Sans remettre en cause ce raisonnement, maintenir la barrière de la double incrimination traduit un sentiment de méfiance global envers la politique criminelle des autres États membres et sur leur capacité à déterminer les comportements portant atteinte à l'ordre public et aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'ils protègent. Pour le raisonnement de Monsieur Flore, v. D. FLORE, «Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité», in G. de KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaire pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 67.

<sup>1904</sup> L'appréciation de la double incrimination peut alors être analysée différemment en fonction de l'autorité qui l'apprécie, et de la prise en compte de certains paramètres comme les circonstances atténuantes. V. le Rapport final sur le premier exercice d'évaluation consacré à l'entraide judiciaire en matière pénale, JOCE n° C 216 du 1<sup>er</sup> août 2001, p. 19.

<sup>1905</sup> Le principe de reconnaissance mutuelle a pour but d'améliorer la coopération judiciaire, en supprimant les obstacles à une exécution efficace des décisions judiciaires à portée extraterritoriales. Or, le maintien du critère de la double incrimination est en contradiction avec cet objectif, comme l'a souligné Madame le Professeur Malabat, au sujet de la transposition de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen en France. V. V. MALABAT, «Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen», *Droit pénal*, n° 12, déc. 2004. Aussi, sur les arguments en faveur de l'abandon du critère, v. M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 93.

<sup>1906</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 415.

réticences des États inquiets d'être dépossédés de « cette garantie fondamentale »<sup>1907</sup>, la solution hybride<sup>1908</sup> d'une liste positive<sup>1909</sup> d'infractions pour lesquelles la condition de double incrimination ne s'appliquerait pas fut privilégiée.

En ce qui concerne la preuve pénale, la décision-cadre de 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve se conforme à la solution retenue par les instruments d'entraide judiciaire<sup>1910</sup> : l'abandon de principe du critère, lequel est tempéré par des exceptions<sup>1911</sup>. En effet, « la reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves n'est pas subordonné au contrôle de la double incrimination, sauf s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie »<sup>1912</sup>. Dans le cadre de l'exécution d'une de ces mesures, la double incrimination ne peut être vérifiée qu'à la condition qu'elle ne concerne aucune des infractions visées par l'article<sup>1913</sup>, si ces infractions sont punies dans l'État d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté d'un maximum d'au moins trois ans<sup>1914</sup>.

---

<sup>1907</sup> *Ibid.*, p. 422.

<sup>1908</sup> *Ibid.*

<sup>1909</sup> Le choix d'une liste négative d'infraction serait cependant plus cohérent dans un espace de justice européen, permettant de prendre en compte les particularités nationales, en préservant une dynamique d'intégration. V. G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, p. 229. Cependant, la détermination d'une liste négative serait une entreprise complexe et minutieuse, particulièrement lorsque ces infractions touchent à l'éthique, à la morale, et à la sexualité, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 419 et s.

<sup>1910</sup> La Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États de l'Union européenne du 21 mai 2000 a également et logiquement évité de poser le critère de la double incrimination comme condition à l'exécution de l'entraide, celle-ci étant accordée « dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de l'État membre requérant ou de l'État membre requis, ou des deux » (art. 3 § 1).

<sup>1911</sup> Alors que la Convention européenne d'extradition de 1957 du Conseil de l'Europe prévoyait le maintien de la double incrimination comme condition générale à l'exécution de l'extradition, la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire du 20 avr. 1959 en avait fait une simple exception, l'entraide « produisant des effets moins énergiques que l'extradition » (J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 146.) Cette dualité de régime est visible, dans une moindre mesure, dans les instruments de reconnaissance mutuelle : la question de la double incrimination, en ce qui concerne l'obtention de la preuve, ne concerne qu'une catégorie de mesures spécifiques : les perquisitions et les saisies.

<sup>1912</sup> Art. 14 § 1 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

<sup>1913</sup> Ces infractions sont : participation à une organisation criminelle, terrorisme, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie, trafic de stupéfiants et de substances psychotropes, trafic d'armes, de munitions et d'explosifs, corruption, fraude, y compris la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, blanchiment des produits du crime, faux monnayage et contrefaçon de monnaie, y compris de l'euro, cybercriminalité, crimes contre l'environnement y compris le trafic d'espèces animales menacées et le trafic d'espèces et d'essences végétales menacées, aide à l'entrée et au séjour irréguliers, homicide involontaire, coups et blessures graves, trafic d'organes et de tissus humains, enlèvement, séquestration et prise d'otages, racisme et xénophobie, vol organisé ou vol à main armée, trafic de biens culturels, y compris d'antiquités et d'œuvres d'art, escroquerie, racket et extorsion de fonds, contrefaçon et piratage de produits, falsification de documents administratifs et trafic de faux, falsification de moyens de paiement, trafic de substances hormonales et d'autres facteurs de croissance, trafic de matières nucléaires et radioactives, trafic de véhicules volés, viol, incendie volontaire, crimes relevant de la Cour pénale internationale, détournement d'avion/de navire, sabotage.

<sup>1914</sup> Art. 14 § 2 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

Enfin, la directive relative à la décision d'enquête européenne aurait pu définitivement sonner le glas du contrôle de la double incrimination : la reconnaissance de cette décision judiciaire n'était au départ soumise à aucun contrôle particulier préalable<sup>1915</sup>, aucun des motifs de refus envisagés en 2010 ne référant au contrôle de la double incrimination<sup>1916</sup>. Ce point a fait cependant l'objet d'amendements du Parlement européen<sup>1917</sup> préconisant la suppression du contrôle de double incrimination pour la liste des trente-deux infractions prévues par la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, dans un souci de cohérence avec le régime déjà établi, et le maintien de la double incrimination pour l'exécution de mesures coercitives. C'est la voie qui a été choisie par le texte de compromis prochainement adopté<sup>1918</sup>.

**338. Conclusion du paragraphe 1.** Ce qui n'était à l'origine qu'un principe destiné à faciliter les échanges commerciaux au sein du marché intérieur est devenu, en l'espace de dix ans, le principe central du développement de la coopération judiciaire entre les États membres au sein de l'Union européenne. En effet, malgré l'essoufflement marquant la dynamique législative des dernières années, la persévérance, tant des institutions que de certains États membres, a réussi à imposer l'application du principe à la question délicate de l'enquête transnationale et de l'obtention de la preuve, avec pour ambition de réformer profondément la matière. Si la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves n'a pas connu le succès espéré au départ, la directive relative à la décision d'enquête européenne va enfin imposer le principe de reconnaissance mutuelle comme unique fondement à la coopération judiciaire dans l'espace pénal européen.

---

<sup>1915</sup> Art. 8 § 1 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, conservé dans la version d'oct. 2013.

<sup>1916</sup> Art. 10, *ibid.* Plusieurs auteurs proposent de réintroduire la condition de double incrimination comme motif de refus, v. F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, «Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order», *op. cit.*, p. 76.

<sup>1917</sup> Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, 10 fév. 2012, 2010/0817(COD), v. les amendements 155 et s.

<sup>1918</sup> Conseil de l'Union européenne, Approval of a package of the main elements in the file in view of its final agreement, *op. cit.*, art. 10 h).

## § 2. La recherche et le recueil de la preuve grâce aux instruments de reconnaissance mutuelle

Si les mécanismes d'entraide judiciaire n'ont pas été pleinement exploités par les autorités judiciaires au départ<sup>1919</sup>, ils sont désormais bien ancrés dans la pratique judiciaire relative à l'enquête transnationale. Les instruments fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle ne connaissent pas pour l'instant le même succès. La mise en application de la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve, adoptée il y a plus de cinq ans, est restée hypothétique et conditionnée à sa transposition par un large nombre d'États membres. Elle sera très prochainement totalement abandonnée. La directive relative à la décision d'enquête européenne envisage de remplacer tous les instruments existants en la matière<sup>1920</sup>. La décision d'enquête européenne deviendra, après l'adoption de la directive et à l'issue de la période de transition, la mesure d'enquête transnationale privilégiée.

Toutefois, à titre comparatif, le « feu » mandat européen d'obtention de preuves mérite d'être plus amplement présenté (A), avant d'aborder le recueil de la preuve et la question de sa recevabilité dans l'espace pénal européen, suite à l'adoption de la directive relative à la décision d'enquête européenne (B).

### A. Le mandat européen d'obtention de preuves : un instrument limité

Le désaveu de l'instrument relatif à l'obtention des preuves par les États membres s'explique en grande partie par ses déficiences intrinsèques. En effet, le champ d'application étant restreint à la seule obtention des preuves déjà disponibles, l'intérêt d'un tel instrument par rapport aux mécanismes de l'entraide judiciaire était dès le départ limité<sup>1921</sup> (1). De plus, la demande de transfert n'intervenant que postérieurement au recueil de la preuve, les conflits relatifs à la recevabilité de la preuve européenne ne peuvent être réellement gommés par l'application des formalités et procédures requises par l'État d'émission (2).

---

<sup>1919</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 114.

<sup>1920</sup> La directive remplacerait tant les instruments issus de l'entraide judiciaire, que ceux adoptés en vertu du principe de reconnaissance mutuelle.

<sup>1921</sup> L'instrument présente cependant des avantages : il fixe un formulaire standard pour les demandes, renforce la règle des contacts directs et la judiciarisation, encadre les motifs de refus, et accélère les délais d'exécution, v. A. WEYEMBERGH, *L'obtention de la preuve dans l'UE : la situation actuelle dans l'Union européenne et dans les États membres et le Mandat d'obtention de preuve*, Intervention lors la conférence « La décision d'instruction européenne en matière pénale : Un pas de plus vers l'obtention de preuves dans les affaires transfrontalière dans l'UE », Bruxelles, les 14 et 15 déc. 2010, organisé par l'ERA.

1. L'obtention de preuves disponibles : une facette limitée de la coopération judiciaire<sup>1922</sup>

**339. Un champ d'application restreint.** À la différence des précédents mécanismes de coopération judiciaire incitant les États à s'accorder l'entraide « la plus large possible »<sup>1923</sup>, ce premier instrument de reconnaissance mutuelle relatif à l'obtention des preuves présente des avantages limités, sans offrir une alternative efficace à l'entraide judiciaire. Bien que le mandat d'obtention de preuve puisse être émis dans le cadre de la répression de toute infraction pénale sans distinction de gravité<sup>1924</sup>, la principale difficulté tient au champ d'application restreint du mandat d'obtention de preuve. Tout mandat émis doit spécifier les objets, documents et données requis<sup>1925</sup> : l'autorité d'émission doit alors avoir connaissance de leur existence, de leur disponibilité<sup>1926</sup> et savoir précisément ce qu'elle veut obtenir<sup>1927</sup>. Par ailleurs, la décision-cadre exclue expressément le recours à certaines mesures d'enquête<sup>1928</sup> pourtant courantes. Ainsi, à moins que les objets, documents ou données ne soient déjà en possession de l'autorité d'exécution<sup>1929</sup>, un mandat ne peut être émis en vue de :

- demander l'exécution d'interrogatoires ou d'auditions de suspects, témoins, ou experts<sup>1930</sup>,
- de procéder à un examen ou à un prélèvement du matériel biologique d'une personne,
- de recueillir des informations en temps réel<sup>1931</sup>,
- d'analyser des objets, documents ou données existants,

---

<sup>1922</sup> Alors que l'ambition initiale était de remplacer les instruments d'entraide judiciaire, la mandat « ne couvre pas l'ensemble des commissions rogatoires possibles en vertu des règles de la coopération judiciaire classique », v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 392.

<sup>1923</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1924</sup> Les infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives ou judiciaires sont également visées, art. 5 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve.

<sup>1925</sup> Art. 4 § 1, *ibid.*

<sup>1926</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 392.

<sup>1927</sup> L'autorité d'émission peut également signaler que le mandat porte sur tout autre objet, document ou donnée que l'autorité d'exécution découvre durant l'exécution du mandat et qu'elle juge utilise à la procédure en question, art. 4 § 5 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve.

<sup>1928</sup> Art. 4 § 2, *ibid.*

<sup>1929</sup> Art. 4 § 4, *ibid.* C'est le cas par exemple de témoignages, déclarations, interrogatoires déjà enregistrés par les services d'enquête, v. R. BELFIORE, «Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments», *op. cit.*, p. 4.

<sup>1930</sup> La prise de dépositions de personnes présentes au cours de l'exécution du mandat européen d'obtention de preuve et ayant un lien avec l'objet du mandat est cependant autorisée par l'art. 4 § 6, *ibid.*

<sup>1931</sup> Sont visées les interceptions de télécommunications, les procédures de surveillances discrètes ou de surveillance de comptes bancaires.



- d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public.

Or, l'enquête pénale ne se limite pas à l'obtention de preuves existantes et disponibles mais recouvre plus largement la recherche d'éléments susceptibles de participer à la manifestation de la vérité<sup>1932</sup> sur la base d'indices, de suspicions. Circonscrire le champ d'application du mandat aux seuls éléments disponibles éloigne la reconnaissance mutuelle de la réalité de l'enquête pénale que les mécanismes d'entraide judiciaire avaient approchée. En outre, le recours au mandat d'obtention de preuve implique soit le déroulement parallèle d'une enquête dans l'État d'exécution et que les autorités de l'État d'émission soient informées des objets, documents ou données recueillies à cette occasion, soit le recours préalable aux mécanismes d'entraide judiciaire dans le but de voir les mesures d'enquête exclues exécutées. Le mandat d'obtention de la preuve ne s'en tient alors qu'à leur strict transfert.

**340. Exemple d'application du mandat européen d'obtention de preuves.** Il convient de tempérer cependant ce portrait négatif du mandat européen d'obtention de preuve en imaginant une situation dans laquelle il peut trouver à s'appliquer. Le recours au mandat peut intervenir dans le cadre d'une coopération établie selon les mécanismes d'entraide judiciaire : à l'occasion d'une enquête discrète transnationale<sup>1933</sup>, des policiers infiltrés localisent et pénètrent dans « l'épicentre » d'un trafic de stupéfiant. Un mandat d'obtention de preuve peut alors être émis pour demander la perquisition du lieu et la saisie<sup>1934</sup> des stupéfiants, documents, téléphones et autres éléments susceptibles d'être découverts pendant l'exécution du mandat<sup>1935</sup>. Les dépositions des personnes présentes peuvent également être recueillies à cette occasion.

En revanche, l'usage du mandat, indépendamment de toute coopération préétablie, semble difficile. Lors de l'interrogatoire d'une personne poursuivie pour meurtre, imaginons que celle-ci avoue avoir dissimulé le corps d'une victime sur le territoire d'un autre État membre et en donne précisément la localisation. Le recours au mandat d'obtention de preuve aurait-il été envisageable ? Le transfert d'un corps et de tout autre objet découvert durant l'exécution du mandat semble à première vue possible. Pourtant, bien qu'existantes,

---

<sup>1932</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*, v° enquête.

<sup>1933</sup> Initiée sur la base de l'article 14 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre États membres de l'UE.

<sup>1934</sup> Les « perquisitions et saisies » sont définies à l'art. 2 e) de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve.

<sup>1935</sup> L'infraction faisant partie de la liste de 32 infractions pour lesquelles la vérification de la double incrimination est exclue, v. S. GLESS, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, 2009, *op. cit.*, p. 163.

ces preuves ne sont pas directement disponibles sans enquête, examen complémentaire ou identification du corps et n'auraient pu alors faire l'objet d'un mandat d'obtention de preuves<sup>1936</sup>.

## 2. La recevabilité des preuves obtenues grâce au mandat européen d'obtention de preuves

**341. Le respect des formalités et procédures requises.** Afin d'anticiper les éventuels problèmes de recevabilité de la preuve recueillie sur le territoire d'un autre État membre, la décision-cadre s'inspire largement des instruments d'entraide judiciaire<sup>1937</sup>. En effet, dans le cas où cela peut faciliter la recevabilité des preuves dans l'État poursuivant, l'autorité d'émission du mandat peut demander à l'autorité d'exécution de respecter certaines formalités et procédures dans l'accomplissement d'actes juridiques ou administratifs<sup>1938</sup>. Ces formalités peuvent consister en « l'apposition d'un cachet officiel sur un document, la présence d'un représentant de l'État d'émission, ou l'enregistrement d'heures ou de dates dans le but de créer une chaîne de preuves »<sup>1939</sup>. Deux conditions cependant restreignent l'application des règles formelles d'un autre État membre. En premier lieu, cette faculté doit être prévue par les dispositions nationales de l'État d'émission transposant la décision-cadre<sup>1940</sup>. En second lieu, ces formalités et procédures ne doivent pas être contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution<sup>1941</sup>. Ces conditions sont à première vue optimales afin de garantir la recevabilité de la preuve : non seulement la décision nationale de l'autorité d'émission est directement applicable par l'autorité de réception, mais surtout, selon les formes prescrites par l'autorité d'émission.

Pourtant, en pratique, la portée de cette disposition apparaît plus que limitée. En effet, le mandat d'obtention de preuve ne concerne que des preuves disponibles et qui ont déjà été recueillies par les autorités compétentes de l'État d'exécution, conformément aux règles formelles de ce même État. Ainsi, en dépit de cette disposition, les formalités et procédures appliquées en amont, lors de l'exécution des actes d'enquête et du recueil effectif de la preuve, sont celles de l'État d'émission. Par conséquent, il est prévisible que

---

<sup>1936</sup> V. le livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, *op. cit.*

<sup>1937</sup> Art. 4 § 1 de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE, et art. 8 du second protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>1938</sup> Art. 12 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

<sup>1939</sup> Introduction, *ibid.*

<sup>1940</sup> *Ibid.*

<sup>1941</sup> Art. 12, *ibid.* Cette exception est également exprimée par les deux instruments d'entraide judiciaire susvisés.

l'accomplissement de certaines formalités supplémentaires comme l'enregistrement d'heure ou de date n'ait que peu d'importance lors de l'examen de la recevabilité de la preuve par le juge pénal de l'État de réception, compte tenu de la faible importance que les juges accordent au respect des formalités non prescrites à peine de nullité.

**342. Le respect de la condition « d'équivalence ».** Une seconde disposition vise à faciliter la recevabilité des preuves obtenues<sup>1942</sup>, en imposant trois conditions à l'émission du mandat, lesquelles sont vérifiées uniquement par l'État membre d'émission. Le mandat d'obtention de preuve doit tout d'abord être nécessaire et proportionné aux fins des procédures pour lesquelles il a été émis<sup>1943</sup>. Ces conditions subjectives sont complétées par une condition objective « d'équivalence », participant à la réduction des problèmes de recevabilité : il faut obligatoirement que les objets, documents et données puissent être obtenus « en vertu du droit de l'État d'émission dans le cadre d'une procédure comparable s'ils étaient disponibles sur le territoire de l'État d'émission, même si des mesures procédurales différentes devaient être prises »<sup>1944</sup>. Par exemple, si le recours aux perquisitions et saisies n'est autorisé que dans le cadre de la répression d'une certaine catégorie d'infractions graves, l'autorité judiciaire compétente de l'État d'émission ne peut émettre un mandat pour l'exécution de perquisitions ou saisies aux fins de poursuites d'une simple contravention. Cette mesure ne participe pas seulement au règlement des conflits d'admissibilité mais représente également un garde-fou pour les autorités judiciaires souhaitant bénéficier des procédures qui leurs auraient été plus favorables.

Si la présentation du mandat européen d'obtention de preuve et de la recevabilité de la preuve ainsi obtenue est nécessaire pour comprendre l'évolution de la légalité de la preuve dans l'espace pénal européen, sa mise en application ne restera que théorique, contrairement à la décision d'enquête européenne.

---

<sup>1942</sup> C. WILLIAMS, «The European Evidence Warrant: the Proposal of the European Commission», *ERA-Forum*, Special Issue, 2005, p. 26.

<sup>1943</sup> Art. 7 a) de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

<sup>1944</sup> Art. 7 b), *ibid.*

## B. La décision d'enquête européenne<sup>1945</sup> : une alternative réaliste à l'entraide judiciaire

Soucieux de ne pas réitérer les erreurs ayant fait du mandat européen d'obtention de preuves un instrument inefficace, les rédacteurs de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne ont cherché à retrouver la souplesse de l'entraide judiciaire, tout en apportant un cadre restrictif au regard des motifs de refus et des délais applicables. Ainsi, la décision d'enquête européenne ne vise pas au simple transfert d'une preuve mais à sa recherche, son recueil, puis son transfert (1). Le respect de certaines formalités et procédures requises par les autorités de l'État d'émission pourra ainsi participer à l'effacement des problèmes de recevabilité (2).

### 1. La recherche et le recueil des preuves

**343. Un champ d'application très large.** Contrastant avec le mandat européen d'obtention de preuve, dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence préalable de la preuve, la décision d'enquête européenne bénéficie d'un champ d'application beaucoup plus large. En effet, la décision d'enquête européenne est une décision judiciaire émise ou validée par une autorité compétente d'un État membre afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue de recueillir des preuves<sup>1946</sup>. La décision d'enquête européenne peut être émise également en vue d'obtenir une preuve déjà en possession des autorités de l'État d'exécution<sup>1947</sup>. Contrairement à l'instrument de 2008, l'objectif de la décision n'est pas uniquement d'obtenir une preuve existante mais de rechercher des éléments de preuves qui participeront à la découverte de la vérité. La directive établit ainsi un mécanisme de recueil de la preuve beaucoup plus flexible et adapté aux difficultés de l'enquête judiciaire, et couvre alors « toute mesure d'enquête »<sup>1948</sup>. Des dispositions particulières accompagnent certaines mesures d'enquêtes comme le

---

<sup>1945</sup> Dans certains documents, la décision d'enquête européenne est également appelée décision d'instruction européenne ou en anglais *European Investigation Order*. La première publication de la proposition du 21 mai 2010 référant à l'expression « décision d'enquête européenne », celle-ci sera préférée par la suite.

<sup>1946</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>1947</sup> *Ibid.*

<sup>1948</sup> Art. 3 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

transfèrement temporaire de personnes détenues aux fins d'une enquête<sup>1949</sup> ou l'audition par vidéoconférence ou téléconférence<sup>1950</sup>, reprenant les instruments d'entraide judiciaire.

Certains actes d'enquête étaient expressément exclus du champ d'application initial de la décision d'enquête européenne. C'était le cas de l'obtention de la preuve dans le cadre des équipes communes d'enquêtes, de l'interception des télécommunications et leur transmission immédiate<sup>1951</sup> et des observations transfrontalières<sup>1952</sup> : ces mesures restaient régies par les précédents instruments<sup>1953</sup>. L'exclusion de mesures supplémentaires telles que les enquêtes discrètes ou les livraisons surveillées avait également été proposée, compte tenu de leur nature intrusive et sensible<sup>1954</sup>. Cependant, seules les équipes communes d'enquête semblent aujourd'hui exclues du champ d'application de la directive<sup>1955</sup>.

**344. Les conditions d'émission de la décision judiciaire.** La décision d'enquête européenne peut être émise aux fins de poursuite pénale mais également dans le cadre de procédures administratives<sup>1956</sup>. L'autorité d'émission peut être un juge, une juridiction, un magistrat instructeur, un procureur compétent dans l'affaire concernée ou tout autre autorité judiciaire définie par l'État d'émission agissant en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre des procédures pénale, compétente dans le cadre de la procédure concernée pour ordonner l'obtention de preuves en vertu du droit national<sup>1957</sup>.

La question d'ouvrir l'initiative de la décision d'enquête européenne à la défense reste en suspens. Le Parlement européen a proposé d'introduire la possibilité pour le représentant du suspect ou de la personne maintenue en détention de demander directement l'exécution d'actes d'instruction à décharge<sup>1958</sup>. Si le Conseil était fermement opposé à cette proposition, impliquant un rapprochement des législations nationales et représentant un danger pour l'efficacité de l'enquête, il n'est pas complètement fermé à une intervention indirecte de la

---

<sup>1949</sup> Art. 19 et 20, *ibid.*

<sup>1950</sup> Art. 21 et 22, *ibid.*

<sup>1951</sup> Art. 3 § 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne.

<sup>1952</sup> Considérant 9, *ibid.*

<sup>1953</sup> Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'UE et Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990.

<sup>1954</sup> Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, 10 fév. 2012, 2010/0817(COD), v. les amendements 86, 87, 88, 89.

<sup>1955</sup> Art. 3 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>1956</sup> Art. 4, *ibid.*

<sup>1957</sup> Art. 2 a), *ibid.*

<sup>1958</sup> Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, *op. cit.*, amendement 92.

défense, dans le respect des législations internes<sup>1959</sup>. Serait à la place rappelé que la mesure faisant l'objet d'une décision d'enquête européenne doit avoir pour objectif d'obtenir tous les éléments pertinents à charge mais également à décharge, et si le droit national le permet, donner à la défense la possibilité de demander l'exécution de mesures d'investigation qui pourront faire l'objet d'une décision d'enquête européenne<sup>1960</sup>. Il semble que la question ne soit pas tranchée dans le texte final, la directive ne prévoyant ni plus ni moins que le droit interne : lorsque la défense dispose de la possibilité de demander l'exécution d'une mesure d'enquête, l'autorité compétente pourra choisir le moyen adéquat si elle accède à sa demande et donc ordonner l'exécution d'une décision d'enquête européenne<sup>1961</sup>.

2. La recevabilité des preuves recueillies grâce à la décision d'enquête européenne

**345. Le respect des formalités et procédures requises.** À l'instar de la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve, la directive se fonde largement sur les solutions envisagées par les mécanismes d'entraide judiciaire, afin de faciliter la recevabilité de la preuve recueillie dans un autre État membre, notamment sur le principe du *forum regit actum*<sup>1962</sup>. En effet, bien que le principe de reconnaissance mutuelle consacre l'adage *locus regit actum*, selon lequel les autorités d'exécution agissent conformément au droit national, le respect de certaines formalités et procédures prescrites par le droit de l'État d'émission est possible<sup>1963</sup>. Ces formalités et procédures doivent être expressément indiquées par l'autorité d'émission, et ne doivent pas constituer une atteinte aux principes fondamentaux de droit de l'État d'exécution<sup>1964</sup>. Par ailleurs, la participation d'une ou plusieurs autorités de l'État d'émission, prévue à l'article 8 § 3 de la proposition de directive, permettrait de supprimer

---

<sup>1959</sup> Conseil de l'Union européenne, Note de la présidence aux délégations, Bruxelles, le 15 nov. 2012, Dossier interinstitutionnel 2010/0817(COD), 16120/12 COPEN 245 CODEX 2643 EUROJUST 100 EJM 83, p. 5.

<sup>1960</sup> « The measures which can be object of an EIO should be aimed at acquiring all elements relevant to the investigation, whether for or against the suspected or accused person. In this regard, when implementing the Directive, Member States should give due consideration to the rights of the defence, in conformity with the relevant rules under their national law, to request that certain investigative measures be carried out also at the initiative of the defence if this is allowed by a Member State's legal system », V. *ibid.*

<sup>1961</sup> C'est le cas dans les trois États membres étudiés. Cependant, ce n'est qu'un droit de demande qui est accordé, l'émission de la décision d'enquête européenne est donc soumise au bon vouloir de l'autorité judiciaire compétente.

<sup>1962</sup> F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, « Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order », *op. cit.*, p. 68.

<sup>1963</sup> Sauf si la directive en dispose autrement, art. 8 § 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>1964</sup> *Ibid.*

certaines irrégularités formelles, ces autorités s'assurant que les formalités et procédures préconisées par l'État d'émission sont correctement accomplies<sup>1965</sup>.

**346. La procédure de validation *a priori* : une hypothèse restreinte.** L'article 5 § 1 de la proposition de directive envisage les formalités relatives à l'émission de la décision d'enquête européenne : elle doit être remplie, signée, et son contenu doit être certifié exact par l'autorité d'émission. Sur proposition du Parlement européen, cet article aurait pu être largement étoffé<sup>1966</sup>, afin de clarifier le rôle de l'autorité de validation et les critères sur lesquels le contrôle de validité pourrait s'effectuer, lorsque la décision judiciaire n'est pas émise par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur<sup>1967</sup>. Cette vérification préalable permettrait alors d'éviter l'exécution de mesures d'enquêtes irrégulièrement décidées<sup>1968</sup>, et préviendrait ainsi toute situation délicate, tant pour l'accusation que pour la défense, que ce soit l'exclusion tardive de la preuve recueillie, ou l'utilisation de la preuve illégale, considérée comme recevable par une juridiction pénale. Si le rôle de l'autorité de validation n'a pas été plus expliqué, a été ainsi rajoutée à la directive l'obligation de donner des informations sur l'autorité d'émission, l'objet et les raisons de la demande, des informations nécessaires et disponibles sur la personne concernée par la mesure, une description de l'acte délictueux à l'origine de la demande et une description de la mesure d'investigation requise, et de la preuve recherchée<sup>1969</sup>. Ces précisions pourront certainement aider la mission de l'autorité de validation.

**347. Le refus d'exécuter la décision d'enquête européenne aux fins de protection des droits fondamentaux.** Un motif de refus en particulier a longtemps cristallisé les négociations relatives à la directive : le refus d'exécuter la décision d'enquête européenne pour éventuelle violation des droits fondamentaux, notamment du droit à bénéficier d'une procédure équitable. Absente des instruments d'entraide judiciaire, la disposition a pourtant été validée dernièrement, portée par la volonté de l'Allemagne et du

---

<sup>1965</sup> Néanmoins, il est à craindre que la participation de ces autorités soit un mécanisme lourd à mettre en place et donc réservé à certaines enquêtes relatives à une forme de criminalité particulièrement grave.

<sup>1966</sup> La proposition de directive présente en effet des lacunes au regard du régime déjà établi par la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve et plus particulièrement sur le « principe d'équivalence ». Selon le Conseil, le texte mérite d'être complété en ce sens : la mesure décidée doit être nécessaire et proportionnée, et l'autorité judiciaire d'émission doit avoir la possibilité de prendre une mesure équivalente au niveau national. V. Conseil de l'Union européenne, Note de la présidence aux délégations, Bruxelles, le 15 nov. 2012, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1967</sup> *Ibid.*

<sup>1968</sup> La possibilité d'une vérification *a priori* sera étudiée plus longuement dans le chapitre 2.

<sup>1969</sup> Art. 5 § 1 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013

Royaume-Uni<sup>1970</sup>. Désormais, l'exécution ou la reconnaissance de la décision d'enquête européenne pourra être refusée si l'autorité de réception a des raisons substantielles de croire que l'exécution de la mesure d'investigation requise serait incompatible avec les obligations découlant de l'article 6 du TUE et de la Charte des droits fondamentaux<sup>1971</sup>. Il est surprenant de voir un tel motif de refus apparaître dans un instrument de reconnaissance mutuelle : le principe de reconnaissance mutuelle repose sur la confiance réciproque que les États membres se portent, en raison du haut niveau de protection des droits fondamentaux que chacun exige. Or ce motif de refus présuppose que les États membres n'offrent pas tous un niveau de garantie des droits fondamentaux suffisant à la « libre circulation » des décisions judiciaires. Cette remarque mise à part, il faut reconnaître que cette disposition est bénéfique à la défense en prévenant les atteintes à la légalité matérielle lors du recueil de la preuve européenne. En effet, si l'autorité de réception estime que l'exécution de la mesure d'enquête requise porterait atteinte à l'équité procédurale ou aux droits de la défense tels qu'ils sont interprétés dans l'État de réception, elle sera écartée. L'autorité de réception est donc apte à opérer une première vérification du respect de la légalité matérielle de la mesure d'enquête et donc offrir à la défense une protection accrue de ses droits.

**348. Conclusion du paragraphe 2.** Proclamer l'échec du mandat européen d'obtention de preuves et miser sur le refus probable pour les États membres récalcitrants de transposer la décision-cadre n'est aujourd'hui plus subversif tant les chances de voir l'instrument mis en application sont réduites. Il n'apparaît pas non plus comme démesurément optimiste d'attendre une modification profonde de l'enquête transnationale dans l'Union européenne par l'adoption future de la directive relative à la décision d'enquête européenne. Faut-il pour autant conclure à une profonde refonte des charges et prérogatives des enquêteurs transnationaux, compte-tenu du fait de l'imprégnation de l'instrument par l'expérience et certains principes de l'entraide judiciaire ?

**349. Conclusion de la section 2.** Tant que l'instrument normatif relatif à la décision d'enquête européenne n'est ni adopté ni mis en œuvre, la concrétisation de la reconnaissance mutuelle dans le domaine de la preuve n'est pas achevée. Bien que consacré tant sur le plan politique que juridique, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires n'a pour l'instant pas pu conduire à l'amélioration de la coopération judiciaire lors de la phase pré-sententielle, en supprimant les failles de l'entraide judiciaire que sont l'absence de délais

---

<sup>1970</sup> F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, «Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order», *op. cit.*, p. 79.

<sup>1971</sup> Art. 10 § 1 g), *ibid.*



d'exécution stricts et l'encadrement des motifs de refus, mais également en parvenant à la judiciarisation aboutie de la coopération en matière pénale. Une des raisons de la concrétisation lacunaire du principe est sans doute le caractère fragile et chancelant de la confiance mutuelle sur lequel il repose : l'adoption d'un instrument puissant autorisant les autorités judiciaires à prendre des décisions à portée extraterritoriale se saurait souffrir d'un climat de méfiance, résultat d'une protection inégale des droits fondamentaux des individus pour les juridictions nationales. Tant l'échec des premiers instruments que l'existence de défaillances quant aux fondements du principe ont été intégrés à la conception de la décision d'enquête européenne : les tempéraments apportés à une application stricte du principe de reconnaissance mutuelle, comme par exemple le respect de la législation de l'État poursuivant dans le but de faciliter la recevabilité des preuves, rapprochent plus encore la reconnaissance mutuelle de l'entraide judiciaire. Par conséquent, c'est dans son affaiblissement que le principe de reconnaissance des décisions judiciaires trouvera la chance d'être concrétisé et d'améliorer la coopération judiciaire.

**350. Conclusion du chapitre 1.** Les développements récents relatifs au renforcement des mécanismes de coopération convergent vers une implication toujours plus intense de l'État requérant la coopération de l'État requis, sur le territoire de celui-ci et dans sa sphère de compétence. Les diverses mesures d'entraide judiciaire prévues par les instruments du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne tendent vers l'exécution effective des actes d'investigations par les autorités internes et selon le droit de l'État requérant, la règle *forum regit actum* ne souffrant que d'exceptions en théorie limitées. Par ailleurs, les instruments édictés sur la base du principe de reconnaissance mutuelle participent également à l'application extraterritoriale du droit relatif à l'obtention de la preuve, notamment grâce à la décision d'enquête européenne.

La question de la recevabilité de la preuve se trouve positivement affectée par ce mouvement. En effet, le respect des formes légales prescrites par le droit de l'État requérant lors de la recherche et du recueil de la preuve à l'étranger permet d'éliminer les contestations basées sur les différences procédurales existantes entre les États membres. Par ailleurs, le refus d'appliquer le droit de l'État requérant est motivé par l'atteinte que cela porterait aux principes fondamentaux de l'État requis, lesquels englobent la protection du droit à un procès équitable et des droits de la défense. Ainsi, l'application du droit de l'État requis permettrait d'assurer une meilleure protection des droits fondamentaux lors de l'obtention de la preuve, neutralisant aussi par la même occasion les contestations relatives au respect de la légalité substantielle. La possibilité de refuser l'exécution de la décision d'enquête européenne en raison de l'atteinte que cela porterait aux droits fondamentaux participe également à ce

mouvement incitant à une protection accrue des droits de la défense dans les procédures de coopération judiciaire.

Pourtant, le système est encore loin d'être aussi efficace qu'il le pourrait. Les lenteurs et incertitudes relatives à la mise en œuvre des instruments d'entraide judiciaire, en l'absence de toute force contraignante, ont appelé à l'élaboration de mécanismes facilitant la coopération entre autorités judiciaires tels qu'Eurojust ou le RJE, sinon leur remplacement complet par un instrument global issu du principe de reconnaissance mutuelle. L'accumulation et la superposition d'instruments, combinée à la multiplication des règles nationales applicables, complexifient la recherche et le recueil de la preuve dans une enquête transnationale et créent pour les autorités judiciaires, un risque important de commettre des irrégularités. Or, la détection et la sanction de ces irrégularités ne peuvent se faire qu'au travers d'un contrôle juridictionnel effectif des actes d'enquête transnationaux, ce que les États membres peinent à mettre en place.

## Chapitre 2. Le renforcement du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve européenne.

**351. La double facette du contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen**<sup>1972</sup>. L'évocation du « contrôle juridictionnel » dans l'espace pénal européen renvoie inéluctablement au contrôle plus général de conformité des actes des États membres et des institutions de l'Union européenne au regard des traités. La problématique sous-jacente ici repose sur le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne et les modalités selon lesquelles elle exerce son contrôle en matière de coopération judiciaire pénale. Jusqu'à l'adoption du traité de Lisbonne, ses compétences étaient subordonnées à l'acceptation préalable des États membres<sup>1973</sup>, en vertu des dispositions de l'article 35 du traité sur l'Union européenne<sup>1974</sup>. La « communautarisation » des matières pénales<sup>1975</sup> opérée par l'entrée en vigueur du traité modificatif en 2009 a considérablement élargi les compétences et les possibilités d'intervention de la Cour de Luxembourg<sup>1976</sup>, au regard de l'action en manquement tout d'abord<sup>1977</sup>, de l'action en annulation<sup>1978</sup> et du renvoi préjudiciel<sup>1979</sup>, lequel

---

<sup>1972</sup> Cette double approche du contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen a déjà été soulevée par la doctrine, v. notamment O. DE SCHUTTER, «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2005, p. 79 et s.

<sup>1973</sup> Selon cette déclaration facultative, le renvoi préjudiciel était ouvert soit à toutes les juridictions de l'État membre (art. 35 § 1 b du TUE), soit seulement à celles statuant en dernier ressort (art. 35 § 1 a du TUE).

<sup>1974</sup> Introduit par le traité d'Amsterdam, l'article 35 prévoyait la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes pour statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des décisions-cadres et décisions, des conventions, et de leurs mesures d'application, à condition que l'État membre accepte cette compétence par déclaration lors de la signature du traité (§ 2 et 3), mais également pour connaître des recours en annulation des décisions-cadre ou décision (§ 6), et des recours en manquement exercés par les États membres (§ 7).

<sup>1975</sup> « ou plus exactement (de) leur transfert dans le titre V du TFUE sur l'espace de sécurité, de liberté et de justice », v. A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 230.

<sup>1976</sup> Sur le développement du contrôle juridictionnel de l'espace pénal européen suite à l'adoption du traité de Lisbonne, v. H. LABAYLE, «Judiciarisation, droits fondamentaux et espace pénal européen», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)/Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, vol. 4, 2012, p. 353.

<sup>1977</sup> Les dispositions des articles 258 à 260 relatives au recours en manquement sont particulièrement importantes au vu des résistances des États membres dans la transposition des décisions-cadre en matière pénale : la très faible transposition de la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve du 18 décembre 2008 en est un parfait exemple. V. en ce sens : A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de

n'est plus dépendant d'une déclaration de la part des États membres. Cependant, l'extension du rôle de la Cour n'a que peu d'influence sur la vérification de la légalité des actes d'investigation transnationaux<sup>1980</sup>. Cette vérification représente ainsi le second volet du contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, pouvant être défini comme le contrôle effectué par les «juridictions nationales sur les mesures étatiques qui s'inscrivent dans le cadre de la coopération judiciaire pénale entre les États membres»<sup>1981</sup>. C'est sur ce point que les développements suivants vont porter.

Au regard de la recevabilité de la preuve européenne, l'organisation de ce contrôle est essentielle, l'illégalité d'un acte d'enquête transnational pouvant conduire à l'exclusion de la preuve et à l'impossibilité pour le juge pénal de la prendre en considération. La recevabilité de la preuve pénale est traditionnellement considérée comme une question exclusivement nationale, dont la responsabilité incombe aux États membres, et ne concerne pas la coopération en matière pénale<sup>1982</sup>. Pourtant, tant les déficiences relatives au contrôle juridictionnel de la preuve pénale au niveau national, que l'engorgement de la légalité concernant l'accomplissement d'actes d'investigations dans le cadre d'une enquête transnationale, démontrent la nécessité de mettre en place un contrôle juridictionnel effectif de la légalité de la preuve européenne (Section 1). À cette fin, une modification de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne sera avancée et justifiée (Section 2).

---

Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 231.

<sup>1978</sup> Deux changements principaux viennent améliorer le régime du recours en annulation : l'extension des actes susceptibles d'être annulés et l'élargissement des requérants, v. *Ibid.*, p. 240.

<sup>1979</sup> Concernant les actes adoptés avant le 1<sup>er</sup> déc. 2009, le régime de la déclaration s'applique jusqu'au 1<sup>er</sup> déc. 2014, sauf si un acte est modifié entre temps. Les règles de l'art. 267 du TFUE ouvrant le renvoi préjudiciel à toutes les juridictions pour l'interprétation des actes adoptés postérieurement à l'entrée en vigueur du traité sont elles appliquées depuis le 1<sup>er</sup> déc. 2009. V. J. PERTEK, *Coopération entre juges et Cour de justice de l'UE - Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 175 et s.

<sup>1980</sup> En effet, l'art 276 du traité FUE précise que la « Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente pour vérifier de la validité ou de la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs d'un État membre ».

<sup>1981</sup> O. DE SCHUTTER, «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle», in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 80.

<sup>1982</sup> G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU - Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, 2011, *op. cit.*, p. 45. Également, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle régulièrement que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne, pour un exemple récent v. CEDH, 26 juin 2012, *Gaitanaru c. Roumanie*, req. n° 26082/05, § 28.

## Section 1. La nécessité d'un contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve européenne

Bien qu'il soit parfois confronté à l'inertie du législateur, difficilement capable de lui procurer les outils légaux concernant certaines mesures d'enquête, l'enquêteur national dispose aujourd'hui de prérogatives étendues dans sa mission de recherche de la vérité. Pourtant, l'ingéniosité caractéristique de la criminalité moderne a fait de la recherche des preuves une tâche délicate pour les enquêteurs, dont la rapidité est souvent déterminante pour assurer le succès de l'action répressive. Le risque d'outrepasser leurs prérogatives n'en devient que plus présent, et doit être contrôlé, voire sanctionné par l'annulation des actes illégaux.

L'internationalisation des investigations participe à l'accroissement de ce risque, appelant un contrôle juridictionnel efficace des actes transnationaux. En effet, la « surcomplexité » née de l'enchevêtrement des instruments de coopération judiciaire, en offrant aux autorités judiciaires de larges possibilités quant à l'organisation de l'enquête transnationale, représente un « bloc de légalité » difficile à appréhender et donc à respecter (§1). Ce phénomène a été exacerbé par le développement du principe de reconnaissance mutuelle : sa mise en œuvre a révélé les limites d'un principe mû par une volonté essentiellement répressive, abandonnant totalement l'encadrement du contrôle juridictionnel de la preuve européenne aux États membres, dont nous avons déjà souligné les défaillances (§ 2).

### § 1. La conséquence de la complexification des mécanismes de coopération judiciaire

L'étude des mécanismes de coopération judiciaire entre États membres aux fins de recherche, de recueil et de transfert de la preuve, montre une action clairement engagée vers le renforcement de l'action répressive relative à la poursuite des infractions transnationales. De ce mouvement résultent deux situations distinctes, chacune participant à l'affirmation de la nécessité d'un contrôle juridictionnel effectif des actes d'enquête transnationaux, contrepoids à cette situation déséquilibrée : l'encombrement et par conséquent l'obscurcissement des règles procédurales relatives aux enquêtes transnationales d'une part (A), et l'accroissement du rôle et des prérogatives des autorités judiciaires d'autre part (B).

## A. L'enchevêtrement de règles, source de complexification de la légalité formelle

La volonté constante d'améliorer la coopération entre autorités judiciaires a conduit à l'adoption successive de nombreux mécanismes destinés à faciliter le recueil de la preuve à l'étranger. De cette démarche résulte l'encombrement normatif de la coopération judiciaire en la matière (1), phénomène qui ne pourra être totalement enrayeré, malgré l'adoption d'un instrument global (2).

### 1. L'encombrement normatif du recueil de la preuve européenne

**352. Les conséquences de l'accumulation normative.** Patchwork normatif<sup>1983</sup>, fragmentation<sup>1984</sup>, mille-feuille juridique<sup>1985</sup>, engorgement, les termes sont nombreux pour qualifier le paysage normatif que constituent les règles de coopération judiciaire relatives à la recherche et à l'obtention de la preuve européenne. Cette saturation est sans conteste un obstacle à l'efficacité de l'enquête pénale transnationale, tout en représentant une barrière supplémentaire pour la défense désireuse de remettre en cause un acte de procédure. En effet, les instruments de coopération sont aussi nombreux que leur imbrication est complexe, et ceci pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, ces instruments coexistant ont été adoptés sur plusieurs décennies : les premiers textes ont tenté de s'adapter aux évolutions de la société et de la criminalité<sup>1986</sup>, tandis que les instruments postérieurs ont eu pour but de compléter le régime déjà en vigueur, sans l'abroger<sup>1987</sup>. Ils répondent à des philosophies différentes<sup>1988</sup>, l'entraide judiciaire traditionnelle peu contraignante, ayant été complétée par des instruments de reconnaissance mutuelle, caractérisée par un certain automatisme et l'encadrement strict des motifs de refus. Cette première difficulté tenant à l'hétérogénéité idéologique des outils de

---

<sup>1983</sup> A. WEYEMBERGH, L'obtention de la preuve dans l'UE : la situation actuelle dans l'Union européenne et dans les États membres et le Mandat d'obtention de preuve, Intervention lors la conférence « La décision d'instruction européenne en matière pénale : Un pas de plus vers l'obtention de preuves dans les affaires transfrontalière dans l'UE », Bruxelles, les 14 et 15 déc. 2010, organisé par l'ERA. Le terme peu flatteur de « saucissonnage » fut également évoqué.

<sup>1984</sup> Commission européenne, Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Bruxelles, 11 nov. 2009, *op. cit.*

<sup>1985</sup> E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 115.

<sup>1986</sup> L'exemple le plus démonstratif est celui de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959, complétée par un premier protocole en 1978, puis un second en 2001, tardif compte tenu des évolutions tant de la criminalité que des instruments adoptés pour y remédier.

<sup>1987</sup> L'art. 1<sup>er</sup> de la Convention relative à l'entraide judiciaire de 2000 précise que la convention complète le régime existant : la Convention européen d'entraide judiciaire de 1959 et son premier protocole de 1978, la Convention de Schengen, et le traité « Benelux » de 1962.

<sup>1988</sup> Notamment au regard des relations interétatiques et de la souveraineté nationale, v. E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, 2007, *op. cit.*, p. 112.

coopération est accentuée par l'incertitude relative à leur mise en œuvre. En effet, si la Convention édictée par le Conseil de l'Europe a largement été ratifiée, les instruments postérieurs n'ont pas connu un succès aussi manifeste. Au sein même de l'Union européenne, il existe des disparités importantes au regard de la ratification des divers instruments. Par exemple, l'Italie n'a toujours pas ratifié le second protocole à la Convention européenne d'entraide judiciaire de 2001<sup>1989</sup>, ni la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne de 2000<sup>1990</sup>, lesquelles ont significativement amélioré la coopération entre autorités judiciaires : toute assistance, aussi développée soit-elle, ne peut être demandée par les autorités italiennes sur la base d'un de ses instruments<sup>1991</sup>. À l'inverse, les États ayant ratifié de nombreux instruments offrent aux autorités nationales un large panel quant au choix des moyens de coopération.

Il convient également de souligner que cette accumulation normative en matière de coopération judiciaire est accentuée par le rôle flou des autorités policières et administratives dans l'enquête transnationale. En effet, l'implication d'autorités administratives dans le recueil de la preuve soulève de nombreuses questions quant à la légitimité des autorités concernées<sup>1992</sup>, au sort des éléments recueillis, et à leur contestation. L'importance du rôle autonome de la police dans l'enquête pénale transfrontalière<sup>1993</sup> pousse également à s'interroger sur l'intérêt du maintien de la démarcation entre les instruments de coopération policière et de coopération judiciaire, cette différenciation étant créatrice de confusion<sup>1994</sup>.

Enfin, ce qui peut être vu comme l'avantage d'élire l'outil le plus adapté en fonction des situations peut se traduire par un phénomène de *forum shopping* : le choix ponctuel de l'instrument le moins contraignant et le plus efficace par les autorités nationales représente un risque pour la protection des droits fondamentaux des personnes impliquées dans une

---

<sup>1989</sup> L'Italie a cependant signé ce second protocole le 23 jan. 2013, laissant envisager une ratification future.

<sup>1990</sup> L'Italie est en effet le seul État membre de l'Union européenne n'ayant pas mis en œuvre cette convention, v. G. VERMEULEN, W. DE BONDT et C. RYCKMAN, *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU: Moving Beyond Actors, Bringing Logic Back, Footed in Reality*, Anvers, Maklu, 2012, p. 384.

<sup>1991</sup> Le plus souvent, elle sera demandée sur la base de la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959. Propos de R. AMOROSI, Practical experiences with videoconferencing involving EU liaison magistrates, Intervention lors la conférence « Transnational use of videoconferencing in court », Trèves, les 24 et 25 nov. 2011, organisé par l'ERA.

<sup>1992</sup> C'est le cas notamment des enquêteurs de l'Olaf, cf. § n° 314.

<sup>1993</sup> Comme par exemple, pour les mesures d'observations transfrontalières ou de poursuites transfrontalières, autorisées par la Convention de Schengen, ou les livraisons surveillées, permises par la Convention relative à l'entraide judiciaire de 2000. Pour un aperçu de la coopération policière, v. G. de KERCHOVE, « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *RSC*, 2004, p. 553 et s.

<sup>1994</sup> Certains auteurs estiment que la distinction entre coopération policière et judiciaire est artificielle, souvent contreproductive et inutile et prônent son abolition au profit d'un concept plus général de « coopération internationale en matière pénale ». V. en ce sens G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU - Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, 2011, *op. cit.*, p. 17 et s.

procédure répressive<sup>1995</sup>. De plus, l'insécurité juridique résultant de l'incertitude quant aux différents instruments mis en œuvre au cours d'une même enquête représente un obstacle à l'exercice des droits de la défense<sup>1996</sup>. Par ailleurs, cette accumulation d'instruments peut être déroutante pour les autorités enquêtrices, ne bénéficiant par toujours de la formation nécessaire à une bonne compréhension et utilisation des outils de coopération<sup>1997</sup>, ni une connaissance suffisante du droit de l'État membre dont elles requièrent l'assistance.

## 2. Un phénomène d'encombrement difficile à enrayer

**353. L'impossibilité de parvenir à l'instrument unique.** Bien que l'engorgement soit un problème identifié depuis plusieurs années<sup>1998</sup>, il semble difficile à résoudre. En effet, alors que son ambition initiale ait été de remplacer le régime existant<sup>1999</sup>, la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve n'a fait qu'ajouter à l'extrême complexité du paysage normatif, en coexistant avec les instruments juridiques existants<sup>2000</sup>. La directive relative à la décision d'enquête européenne entend finalement concrétiser cette volonté de simplification, en remplaçant les régimes actuellement en vigueur<sup>2001</sup>. Pourtant, il est à

---

<sup>1995</sup> L'exécution transnationale des opérations sous couvertures et des interceptions offre une illustration de ce phénomène : le choix d'une surveillance préventive, sans finalité de justice pénale, ne requiert pas le respect des garanties accordées en matière pénale. Pourtant, les informations recueillies pourront par la suite être utilisées à des fins répressives. V. *ibid.*, p. 25. V aussi F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, «Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order», *op. cit.*, p. 71 et s.

<sup>1996</sup> Par exemple, au cours d'une même instruction menée par un juge d'instruction français, lorsque la défense désire contester des actes d'enquête et demander leur annulation, elle devra se confronter aux divers instruments mis en œuvre dans des délais très courts : la contestation d'actes effectués par les autorités d'un autre État membre selon le droit de ce même État doivent être contestées devant une juridiction de ce même État, alors que les actes effectués en application du droit de l'État poursuivant sont potentiellement contestables devant les juridictions de l'instruction française. Outre une charge exceptionnelle pesant sur la défense, cette situation peut être compliquée par l'implication d'institutions supranationales ou de liaison, ou par le recours à d'autres instruments de coopération pour les actes postérieurs à la première demande en annulation.

<sup>1997</sup> Une étude récente souligne «l'extrême complexité» de l'environnement normatif, de nombreuses mesures d'investigations n'étant pas clairement réglementées, rendant leur application complexe et encombrante, v. G. VERMEULEN, W. DE BONDT et Y. VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters - Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Anvers, Maklu, 2010, p. 37.

<sup>1998</sup> La proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales du 14 nov. 2003, prévoyait déjà de remplacer le régime d'entraide judiciaire dans ce domaine, conformément aux conclusions du Conseil européen de Tampere de 1999.

<sup>1999</sup> *Ibid.*

<sup>2000</sup> Art. 21 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve.

<sup>2001</sup> L'art. 29 de la proposition de directive 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée le 25 oct. 2013, mentionne la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 ainsi que ses protocoles additionnels de 1978 et 2001, la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, signée le 19 juin 1990, la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne et le protocole à



craindre que son adoption ne parvienne pas à totalement simplifier le domaine du recueil de la preuve européenne : si la directive recouvre un large champ d'application<sup>2002</sup>, certaines mesures sont expressément exclues et restent gouvernées par les instruments actuellement en vigueur<sup>2003</sup>. D'autres, telles que la signification et la notification d'actes judiciaires, ne sont pas concernées par la directive et exigent ainsi le maintien de la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959<sup>2004</sup>, de même que les décisions de gel des biens en vue de leur confiscation, nécessitant la survie de la décision-cadre relative à l'exécution des décisions de gel des biens ou d'éléments de preuve de 2003<sup>2005</sup>. Par ailleurs, l'application de la directive est soumise d'une part à sa transposition massive par les États membres<sup>2006</sup>, et d'autre part à l'inexistence d'accords bilatéraux ou multilatéraux si ceux-ci « permettent d'aller au-delà des objectifs de la présente directive et contribuent à simplifier ou à assouplir les procédures d'obtention de preuves »<sup>2007</sup>.

**354. L'opportunité oubliée d'une simplification à petite échelle.** Consacrée par le traité d'Amsterdam<sup>2008</sup>, la coopération renforcée permet d'éviter une paralysie du processus législatif en offrant aux États membres dynamiques la possibilité d'organiser une coopération plus étroite, en dépit de l'inertie de certains États membres<sup>2009</sup>. Cette coopération à petite échelle présente l'avantage de laisser aux États membres volontaires la possibilité de concrétiser certains concepts ou idées, tout en permettant aux autres États membres de joindre la coopération renforcée à un stade plus avancé, sans pouvoir cependant revenir sur

---

celle-ci du 16 octobre 2001, ainsi que les instruments fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle adoptés en 2003 et 2008.

<sup>2002</sup> La décision d'enquête européenne couvre « toute mesure d'enquête », art. 3 § 1 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne.

<sup>2003</sup> Telles que les équipes communes d'enquête, v. art. 3, *ibid.*

<sup>2004</sup> Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale – Exposé des motifs, Bruxelles, le 3 juin 2010, Dossier interinstitutionnel 2010/0817(COD) 9288/10 ADD1, COPEN 117 EUROJUST 49 EJM 13 PARLNAT 13 CODEC 384, art. 29.

<sup>2005</sup> *Ibid.*

<sup>2006</sup> L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne permet désormais de lutter contre les carences et réticences des États membres dans la transposition des instruments de coopération judiciaire et policière en ouvrant le recours en manquement dans ce domaine à la Commission et aux États membres. V. A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 232.

<sup>2007</sup> Art. 29 § 3 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2008</sup> F. DE LA SERRE, «Une Europe ou plusieurs ?», *Politique étrangère*, vol. 64, 1999, p. 24.

<sup>2009</sup> Les conditions et procédures encadrant la « coopération renforcée » sont prévues aux articles 326 à 334 du TFUE. Elle « vise à permettre à un groupe de pays d'avancer plus rapidement que les autres dans la voie de l'intégration européenne. Il s'agit d'avancer plus rapidement - il n'y a donc pas de différenciation dans les objectifs poursuivis, mais bien dans le rythme de cette poursuite », C. DEGRYSE, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, v<sup>o</sup> coopérations renforcées.

les négociations initiales<sup>2010</sup>. Le traité de Lisbonne a récemment étendu cette faculté à la matière pénale<sup>2011</sup>, en l'accompagnant d'une « procédure d'alarme »<sup>2012</sup>. Cette procédure ne concerne pas les instruments de coopération judiciaire fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle<sup>2013</sup> mais seulement l'établissement de règles minimales, pouvant porter sur l'admissibilité mutuelle des preuves pénales<sup>2014</sup>.

À première vue, l'exclusion de la coopération judiciaire en matière pénale du champ d'application du mécanisme de la coopération renforcée semble favorable à une simplification du domaine, en limitant les possibilités d'élaborer un instrument ne concernant que quelques États membres. Pourtant, si l'on établit un parallèle avec le développement de l'espace Schengen et le succès de cette première forme de coopération renforcée<sup>2015</sup>, il est regrettable, au vu des difficultés rencontrées lors des négociations des instruments de reconnaissance mutuelle, que la possibilité de simplifier en profondeur la coopération judiciaire entre un nombre restreint d'États membres ne soit pas prévue par les traités.

#### B. Des mécanismes facilitant l'investigation transnationale bénéficiant aux autorités judiciaires

Ces quinze dernières années, les pouvoirs des enquêteurs nationaux se sont considérablement accrus, principalement grâce à la modernisation de l'entraide judiciaire. C'est pourtant dans l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires que le besoin de contrôle juridictionnel de la preuve européenne est le plus flagrant, au regard des nouvelles compétences extraterritoriales des autorités enquêtrices et de l'automaticité<sup>2016</sup> accompagnant l'exécution de leurs décisions (1), mais également de l'incertitude relative au choix des autorités compétentes (2).

---

<sup>2010</sup> Un auteur parle de « *take it or leave it basis* » (à prendre ou à laisser), v. A. KLIP, *European Criminal Law - An integrative approach*, 2012, *op. cit.*, p. 62.

<sup>2011</sup> Art. 82 § 3 du TFUE.

<sup>2012</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 760.

<sup>2013</sup> Art. 82 § 1 du TFUE.

<sup>2014</sup> Art. 82 § 2 du TFUE.

<sup>2015</sup> C. ELSÉN, «Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne», *op. cit.*, p. 74.

<sup>2016</sup> M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 100.

## 1. La place centrale des autorités judiciaires de l'État requérant/d'émission

La place centrale des autorités judiciaires se manifeste en premier lieu par l'extension de leurs pouvoirs (a), l'accroissement de leurs prérogatives poussant à l'adoption de motifs de refus à l'exécution d'une mesure de reconnaissance mutuelle supplémentaires (b).

### *a. L'extension des pouvoirs des autorités judiciaires*

**355. D'autorité requérante à autorité d'émission.** L'amélioration de l'entraide judiciaire et le développement d'instruments fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle ont convergé vers l'exclusion quasi totale du pouvoir politique<sup>2017</sup> de la coopération judiciaire en matière pénale et la consécration des relations directes entre autorités judiciaires<sup>2018</sup>. Libérée de toute pression diplomatique, l'étendue de l'entraide consentie fait généralement l'objet d'un accord entre les autorités requérantes et les autorités requises : l'étendue des pouvoirs des premières est soumise au bon vouloir des secondes. Le principe de reconnaissance mutuelle bouleverse les rapports de force ainsi établis. D'autorité requérante, l'autorité judiciaire nécessitant l'exécution d'une mesure devient l'autorité d'émission d'une décision, laquelle doit être directement exécutée par une autorité de réception, et non plus requise.

L'adoption de la directive relative à la décision d'enquête européenne permettrait alors d'élargir considérablement les pouvoirs des autorités judiciaires nationales d'émission. En effet, les autorités nationales de réception ne seraient plus complètement soumises au principe de territorialité<sup>2019</sup>, cher à la matière pénale et expression de la souveraineté nationale<sup>2020</sup>. Du point de vue de l'État destinataire, les autorités de réception auraient

---

<sup>2017</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>2018</sup> Cf. *supra*.

<sup>2019</sup> Le principe de territorialité souffrait déjà de nombreuses exceptions, dans le but de prévenir toute hypothèse d'impunité choquante, v. F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 69. Sur les exceptions classiques au principe de compétence territoriale telles que le principe de la nationalité du délinquant, ou le principe de la nationalité de la victime, v. Conseil de l'Europe, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg Conseil de l'Europe - Division des publications et des documents, 1990. Plus précisément, au regard de la manifestation de la compétence extraterritoriale de l'État à travers des mesures d'enquête transfrontalières, nous pensons par exemple aux observations et poursuites transfrontalières, autorisées par le Convention de Schengen de 1990, ou encore aux équipes communes d'enquête, prévues par la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États membres de l'Union européenne de 2000.

<sup>2020</sup> À ce sujet, R. ROTH, énonce que « le binôme droit pénal-souveraineté est en réalité un trinôme droit pénal-souveraineté-territoire », en s'appuyant notamment sur l'affirmation de Donnedieu de Vabres (Les principes modernes sur droit pénal international, Sirey, 1928, p. 11) selon laquelle « le principe territorial a pour objet l'affirmation de la compétence exclusive d'un État, de ses juridictions et de ses lois propres, à l'égard de tous les actes punissables qui ont été commis sur son territoire ». V. R. ROTH, « Droit pénal

l'obligation de mettre en application une décision judiciaire prise conformément à la loi interne d'un autre État membre, aux fins de punir un acte le plus souvent exempt du contrôle de double incrimination<sup>2021</sup>. Ainsi, les autorités d'émission auraient désormais la compétence d'émettre une décision d'enquête ayant une portée extraterritoriale<sup>2022</sup>, directement exécutable sur le territoire de n'importe quel autre État membre ayant transposé la directive<sup>2023</sup>. Cette décision judiciaire devant être considérée comme émise par l'autorité locale compétente, elle devrait être exécutée aussi rapidement qu'une décision nationale sinon plus<sup>2024</sup>. L'étendue de ces nouveaux pouvoirs conférés aux autorités enquêtrices ne peut que conduire à réaffirmer la nécessité d'un contrôle de ces prérogatives extraterritoriale et des éléments recueillis en leur application.

*b. Le renforcement des motifs de refus, symptôme de la crainte de la puissance des autorités judiciaires*

**356. La faiblesse originelle des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution.** Si l'essence du principe de reconnaissance mutuelle est « l'acceptation pleine et directe par les autorités d'un État membre de la décision prise par une autorité d'un autre État membre, comme s'il s'agissait de la décision d'une autorité de son propre État »<sup>2025</sup>, sa mise en pratique ne peut se passer d'un contrôle minimal à la réception de la décision<sup>2026</sup>. L'importance des motifs de refus détermine ainsi les limites des prérogatives des autorités judiciaires de l'État d'émission.

---

transnational : un droit pénal sans État et sans territoire », in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 134.

<sup>2021</sup> La territorialité de l'infraction a été réintroduite dans les motifs de refus à l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans le cas où l'infraction poursuivie n'a pas été commise sur le territoire de l'État d'émission, ou lorsque l'infraction visée par l'État d'émission n'est pas considérée comme une infraction dans l'État d'exécution et ne fait pas partie de la liste des 32 infractions visées par la directive, v. art 10 § 1 f) et h) de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2022</sup> En effet, il semble plus prudent de qualifier la décision d'enquête européenne comme ayant une portée extraterritoriale, plutôt que de parler de décision d'enquête sur un territoire européen, car « la perspective d'un territoire pénal européen, d'inspiration fédéraliste et caractérisée par la mise sur pied d'un corps d'organe européens tels qu'un procureur ou une juridiction pénale européenne, qui relèveraient d'un ordre juridique propre, appliqueraient un droit pénal européen et auraient des pouvoirs opérationnels et contraignants sur tout le territoire » n'est pas aujourd'hui réellement concrétisée, bien qu'elle soit en bonne voie. V. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 27.

<sup>2023</sup> Pour l'instant, seul le Danemark a décidé de ne pas participer aux négociations relatives à la directive.

<sup>2024</sup> Art. 11 § 1 et § 2 de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013. Dans tout les cas, une décision sur la reconnaissance ou l'exécution doit être prise dans les 30 jours après la réception de la décision d'enquête européenne (§ 3 du même article).

<sup>2025</sup> M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 100.

<sup>2026</sup> *Ibid.*

Concernant le mandat d'obtention de preuve, les motifs de refus sont beaucoup plus développés que dans la proposition de 2003<sup>2027</sup>. Outre le caractère incomplet ou incorrect du mandat, son exécution peut être refusée en cas de contradiction avec le principe *ne bis in idem*, ou lorsque l'État de réception prévoit une immunité ou un privilège<sup>2028</sup>. Dans le cas où une perquisition ou une saisie est nécessaire, le critère de la double incrimination peut être vérifié, sauf si la mesure concerne l'une des trente-deux infractions visées par le texte<sup>2029</sup>. Par ailleurs, le principe de territorialité n'est que partiellement abandonné<sup>2030</sup>.

Alors que la directive relative à la décision d'enquête européenne envisage de doter les autorités enquêtrices de pouvoirs plus importants, la première proposition de directive a été dénoncée<sup>2031</sup> pour la faiblesse des motifs de refus<sup>2032</sup>. Contrairement à l'instrument précédent, ni le principe *ne bis in idem*, ni le critère de la double incrimination n'auraient pu fonder un refus de la part de l'État d'exécution. Aucun motif fondé sur le principe de territorialité n'était non plus prévu. Les négociations ont convergé vers un renforcement du contrôle des autorités de réception quant à la reconnaissance ou l'exécution de la décision, notamment si elle est contraire au principe *ne bis in idem*<sup>2033</sup>. Le principe de territorialité a également été partiellement réintroduit<sup>2034</sup>. Plus encore, conformément à la volonté de certaines délégations<sup>2035</sup>, le Parlement européen a proposé de doter les autorités de réception d'un véritable pouvoir d'appréciation relatif à la portée de la décision : si l'exécution de la mesure d'investigation constitue un risque d'atteinte à un droit fondamental protégé par la Charte des droits fondamentaux ou la Convention européenne des droits de l'homme, elle

---

<sup>2027</sup> Commission européenne, Proposition de Décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuves, Bruxelles, 14 nov. 2003, COM(2003) 688 final, art. 15.

<sup>2028</sup> Art. 13 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve.

<sup>2029</sup> Art. 14, *ibid.*

<sup>2030</sup> Art. 13 § 1 f), *ibid.* Cette disposition reprend celle déjà envisagée pour le mandat d'arrêt européen.

<sup>2031</sup> S. PEERS, « The Proposed European Investigation Order », Statewatch analysis, p. 6, disponible à l'adresse <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf>

<sup>2032</sup> La reconnaissance ou l'exécution de la décision ne pouvait être refusée qu'en cas d'immunité ou privilège prévus par le droit de l'État d'exécution, ou dans le cas où son exécution risquerait de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en danger la source d'information ou de compromettre l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignement particulière, mais également si la mesure requise n'existant pas dans la législation nationale ou était réservée à une certaine catégorie d'infractions, et qu'aucune autre mesure ne permettait d'obtenir un résultat similaire. V. art. 10 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne.

<sup>2033</sup> Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 11 juin 2013, Bruxelles, 24 mai 2013, Dossier interinstitutionnel 2010/0817 (COD), 9747/13 COPEN 79 EUROJUST 38 EJM 33 CODEC 1131, p. 6.

<sup>2034</sup> Art. 10 § 1 f) et h) de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2035</sup> Notamment l'Allemagne et le Royaume-Uni, v. F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, « Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order », *op. cit.*, p. 79.

peut être refusée<sup>2036</sup>. Sur la base de cette proposition, un motif de refus d'exécution ou de reconnaissance de la décision d'enquête européenne fut ajouté<sup>2037</sup>. Cette nouvelle possibilité marque un tournant au regard du principe de reconnaissance mutuelle et de ses limites, admettant implicitement que le même niveau de garanties n'est pas assuré dans tous les États membres et qu'une libre circulation des décisions judiciaires n'est pas encore accessible.

## 2. L'incertitude quant à la définition d'autorité judiciaire compétente

**357. La liberté des États quant au choix des autorités compétentes.** Dans l'ensemble hétérogène que forme l'espace pénal européen, le recueil de la preuve n'est pas réservé aux seuls magistrats mais implique également des autorités policières ou administratives<sup>2038</sup>. Les divers instruments de coopération judiciaires se sont adaptés à cet environnement non uniforme en laissant la désignation des autorités compétentes à la discrétion des États membres<sup>2039</sup>, dans le souci de préserver les spécificités nationales et de permettre une coopération effective. Or, ces différences procédurales parfois profondes<sup>2040</sup>, mêlées à une méconnaissance du droit des autres États membres impliqués dans une procédure transnationale peuvent constituer un frein à l'efficacité de l'assistance accordée dans le cadre de l'entraide judiciaire<sup>2041</sup>.

L'évolution de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne traduit quelques peu les réticences de certains États à accepter des décisions émanant d'autorités non juridictionnelles. En effet, selon la proposition d'origine, la décision pouvait être émise par un juge, une juridiction, un magistrat instructeur, ou un procureur, ainsi que par toute autre autorité judiciaire définie par l'État d'émission, qui serait compétente dans un

---

<sup>2036</sup> Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 11 juin 2013, *op. cit.*, p. 7.

<sup>2037</sup> Art. 10 § 1 g) de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2038</sup> G. VERMEULEN distingue six catégories d'autorités engagées dans l'enquête à finalité répressive : les autorités judiciaires, les autorités policières, les autorités douanières, les autorités administratives, certaines autorités centrales comme les points de contact du Réseau judiciaire européen, et enfin les services d'intelligence. V. G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU - Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, 2011, *op. cit.*, p. 13 et s.

<sup>2039</sup> L'union européenne a systématiquement donné aux États membres carte blanche quant à la désignation des autorités compétentes, v. *Ibid.*, p. 20.

<sup>2040</sup> Au Royaume-Uni par exemple, l'enquête est réalisée exclusivement par la police, totalement affranchie du contrôle du *Crown Prosecution Service*, un « juge de paix » autorisant certains actes intrusifs. En Espagne, les investigations sont confiées aux juges d'instructions, jouissant d'une grande indépendance dans la conduite de l'instruction, v. Sénat, Étude de législation comparée n° 195, L'instruction des affaires pénales, mars 2009, Les documents de travail du Sénat, disponible sur <http://www.senat.fr/lc/lc195/lc195.pdf>.

<sup>2041</sup> En effet, la multiplication des autorités compétences accroît les difficultés quant à l'identification du destinataire de la décision. Le contact direct des autorités compétentes est, de l'aveu des États, un des points les plus épineux de l'entraide judiciaire, v. G. VERMEULEN, W. DE BONDT et C. RYCKMAN, *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU: Moving Beyond Actors, Bringing Logic Back, Footed in Reality*, 2012, *op. cit.*, p. 188.

cas similaire <sup>2042</sup>. Cette disposition s'adaptait parfaitement aux régimes prévoyant l'indépendance des autorités policières au regard de la recherche et de l'obtention des preuves, comme au Royaume-Uni<sup>2043</sup>. Elle a été modifiée, intégrant une procédure de validation préalable à la transmission de la décision d'enquête européenne : la conformité de la décision devrait être examinée par un juge, une cour, un juge d'instruction ou un procureur<sup>2044</sup>. Cette modification montre l'inquiétude des États membres face aux actes effectués par des autorités policières ou administratives, et le besoin d'un contrôle « judiciaire » sinon juridictionnel de leur activité d'enquête pour une reconnaissance transnationale.

**358. Conclusion du paragraphe 1.** L'accumulation des instruments de coopération judiciaire, conférant de larges prérogatives extraterritoriales aux autorités judiciaires nationales, mène à la formulation de deux remarques. En premier lieu, on ne peut que regretter l'opacité de la procédure de recueil de la preuve européenne, née de la complexification de la légalité de l'investigation transnationale, ainsi que le manque de clarté relatif à la délimitation des pouvoirs des autorités enquêtrices : l'incertitude entourant les formes procédurales constitue un risque pour le respect des droits fondamentaux. Plus généralement, cette situation s'inscrit dans une dynamique globale déséquilibrée à l'échelle européenne, faisant de la sécurité et de la répression des infractions une priorité nécessitant une réponse immédiate, au prix de la cohérence et de la juste mesure des procédures judiciaires<sup>2045</sup>. Seul un contrôle juridictionnel efficace de la légalité matérielle et formelle pourra constituer un véritable contrepoids et ainsi assurer la protection des droits fondamentaux des individus dans la recherche, et l'administration de la preuve.

---

<sup>2042</sup> Art. 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne.

<sup>2043</sup> J. R. SPENCER, «The English system», in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 150.

<sup>2044</sup> Conseil, Suggestions en vue du trilogue du 14 mai 2013, Bruxelles, 24 avr. 2013, Dossier interinstitutionnel 2010/0817 (COD), 8754/13 COPEN 67 EUROJUST 35 EJM 30 CODEC 874, p. 3. L'article 2 § a) ii) de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013, énonce désormais cette obligation de validation.

<sup>2045</sup> « L'adoption de la législation pénale dans la précipitation est à déplorer : en Europe, l'espace pénal de sécurité va de l'avant, mais il n'en va pas de même de l'espace pénal de liberté », v. S. BRAUM, «Conclusions», in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 334. V. également M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 90.

## § 2. La conséquence du développement du principe de reconnaissance mutuell

Depuis le Conseil européen de Tampere de 1999, le développement de la coopération judiciaire en matière pénale entre les États membres s'est articulé autour du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. La recherche et le recueil de la preuve n'y ont pas fait exception<sup>2046</sup>. S'appuyant sur le respect des législations nationales, la mise en œuvre du principe a voulu palier les défaillances des instruments d'entraide judiciaire en facilitant et accélérant l'enquête transnationale<sup>2047</sup>. Or, les difficultés rencontrées par l'adoption des instruments relatifs au recueil et à l'obtention des preuves en matière pénale<sup>2048</sup> ont montré les limites du principe. D'une part, essentiellement concentré sur l'amélioration de la justice répressive transnationale, la question de la recevabilité de la preuve pénale est restée abandonnée à la compétence des États membres, laissant aux autorités juridictionnelles nationales le soin de juger de la bonne application de formes procédurales édictées au niveau européen (A). Par ailleurs, le principe de reconnaissance mutuelle s'est construit sur la préexistence et le respect de règles procédurales nationales de haute qualité, protectrices de droits fondamentaux, mais les difficultés traversées par les droits probatoires nationaux montrent que ce postulat était chancelant (B).

### A. La sous-estimation de l'impact de la reconnaissance mutuelle sur la recevabilité de la preuve

L'idée d'axer le développement de la coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires répond à une dynamique essentiellement répressive. Les conséquences de ce principe sur la recevabilité de la preuve recueillie ont été sous-estimées par les rédacteurs, laissant les juridictions nationales libres dans la résolution des nouvelles difficultés générées par sa mise en application (1). Pourtant, une certaine prise de conscience du problème transparait de l'étude des nouveaux

---

<sup>2046</sup> « Le principe de reconnaissance mutuelle devrait aussi s'appliquer aux décisions précédant la phase de jugement, en particulier à celles qui permettraient aux autorités d'agir rapidement pour obtenir des éléments de preuve et saisir des avoirs faciles à transférer », Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, *op. cit.*, pt. 36.

<sup>2047</sup> A. WEYEMBERGH, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *Jurisclasser*, Fasc. 2720, mai 2009, p. 6.

<sup>2048</sup> Après cinq ans de négociations, la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuves du 18 déc. 2008 n'a été que très faiblement transposée et sera abrogée par la directive relative à la décision d'enquête européenne, discutée depuis presque quatre ans.



instruments relatifs à la preuve, notamment dans les tempéraments apportés à la règle *locus regit actum*<sup>2049</sup> (2).

### 1. Le désintéressement de la question de la recevabilité de la preuve européenne et du contrôle juridictionnel

Les premiers instruments adoptés ne témoignent pas de la volonté de l'Union européenne d'interférer dans le contrôle juridictionnel des actes de coopération judiciaire, opéré par les juridictions nationales (a). La directive relative à la décision d'enquête européenne se montre en revanche plus précise à ce sujet (b).

#### *a. La dissociation de recevabilité de la preuve pénale et contrôle juridictionnel*

**359. Les déficiences liées à l'action répressive de l'Union européenne.** Le développement de l'action de l'Union européenne en matière pénale s'est longtemps concentré sur son volet répressif, cette volonté rejaillissant sur la question probatoire. En effet, l'orientation sécuritaire et répressive des travaux de l'Union a conduit au renforcement des mécanismes de coopération judiciaire, aux fins de lutte contre la criminalité transnationale<sup>2050</sup>. Au regard de la preuve pénale, la priorité logique a donc été la facilitation de sa recherche et de son obtention, tandis que les contestations relatives à son illégalité sont restées sous la coupe des juridictions nationales. Toutefois, ces travaux ne pouvaient se poursuivre sans un profond rééquilibrage et une réorientation de l'action normative. En effet, au delà des critiques formulables à l'égard d'une action essentiellement tournée vers la répression des infractions transnationales<sup>2051</sup>, il suffit de se pencher sur les ambitions initiales du Conseil européen de Tampere pour identifier une première faiblesse. Érigé comme la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière pénale et moteur de son intensification, le principe de reconnaissance des décisions judiciaires devait également s'appliquer aux décisions précédant la phase de jugement, pour permettre aux autorités compétentes d'obtenir rapidement des éléments de preuve et assurer leur recevabilité devant les juridictions de tous les États membres<sup>2052</sup>. La « libre recevabilité » de la preuve ainsi

---

<sup>2049</sup> Ce point a déjà été abordé succinctement lors de la présentation de l'obtention de la preuve grâce aux mécanismes de reconnaissance mutuelle mais il sera ici étudié plus profondément, à travers une discussion critique.

<sup>2050</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 314.

<sup>2051</sup> V. Première Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2052</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 36.

obtenue s'appuie sur la légalité de leur recueil<sup>2053</sup>. Or, si l'obtention de la preuve a été l'objet de toutes les attentions, le contrôle de son caractère légal et régulier, condition de sa recevabilité<sup>2054</sup>, a été complètement négligé et de fait, abandonné aux juridictions nationales<sup>2055</sup>. Dans le même temps, les autorités juridictionnelles nationales se sont retrouvées noyées dans l'enchevêtrement normatif caractérisant l'obtention de la preuve transnationale, rendant le contrôle de la légalité de la preuve de plus en plus difficile. L'abandon du juge face à la complexité des mécanismes peut alors conduire soit à l'irrecevabilité de la preuve recueillie dans un autre État membre, réduisant ainsi à néant les efforts déployés en vue de l'amélioration de l'efficacité de la coopération judiciaire, soit à la recevabilité de la preuve recueillie à l'étranger sans véritable contrôle de sa légalité, situation embarrassante dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

**360. L'harmonisation des législations préférée au contrôle juridictionnel.** Bien que la question de la recevabilité des preuves européennes ait été soulevée, le renforcement du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve n'a pas été envisagé comme solution, et lui a été préférée l'harmonisation des procédures nationales de recueil par l'établissement de normes communes. Ce fut l'approche retenue par la Commission, dans son livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité<sup>2056</sup> : l'établissement de principes minimaux et de normes communes en matière de collecte de preuve serait la meilleure solution au problème de la recevabilité des preuves<sup>2057</sup>. Cette approche fut par la suite consacrée tant politiquement que juridiquement : politiquement, par le Conseil européen de Stockholm, invitant au rapprochement du droit matériel et du droit procédural afin de faciliter la reconnaissance mutuelle<sup>2058</sup> et juridiquement, par le traité de Lisbonne. Désormais, l'article 82 § 2 du TFEU donne

---

<sup>2053</sup> « Les éléments de preuves légalement recueillis par les autorités d'un État membre devraient être recevables devant les juridictions des autres États membres, compte tenu des règles qui y sont applicables », *ibid.*

<sup>2054</sup> « La condition préalable à toute admissibilité mutuelle des preuves demeure que ces dernières soient légalement recueillies dans l'État membre où elles se trouvent. La question de l'exclusion des preuves obtenues en violation des règles de droit mérite donc d'être posée. », Commission, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, Bruxelles, le 11 déc. 2001, COM(2001) 715 final, p. 62.

<sup>2055</sup> « *The territorial State is liable for infringement of law by their own agents or by foreign agents unless the foreign officials act ultra vires or a contractual shift of responsibility exists* », S. GLESS, « Police And Judicial Cooperation Between The European Union Member States. Results And Prospects », in *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, 2009, *op. cit.*, p. 38.

<sup>2056</sup> Commission européenne, livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Bruxelles, le 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final.

<sup>2057</sup> *Ibid.*, pt. 4.2.

<sup>2058</sup> Programme de Stockholm, *op. cit.*, p. 12. La définition de règles minimales concernant des aspects du droit procédural était déjà préconisée par le programme de La Haye (pt. 3.3.2.)

compétence au Parlement européen et au Conseil pour établir des règles minimales, portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres.

La démarche adoptée s'explique en partie par le fléchissement de la volonté répressive des travaux de l'Union européenne en matière pénale, visant à supprimer les freins à la circulation et à la recevabilité de la preuve européenne. Il faut d'ailleurs reconnaître que l'établissement de normes communes permettrait aux juridictions nationales d'assurer un contrôle effectif de la légalité des preuves recueillies, par l'établissement de critères communs à respecter lors du recueil de la preuve. La contestation de la légalité formelle de la preuve européenne en serait alors simplifiée, tant pour l'accusation que pour la défense<sup>2059</sup>. L'idée est à première vue séduisante. Pourtant, outre le fait qu'une harmonisation ne supprimerait en aucun cas la nécessité d'un contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve, l'entreprise semble très difficile, en tout cas concernant la légalité formelle<sup>2060</sup>.

*b. La directive relative à la décision d'enquête européenne : vers le renforcement du contrôle juridictionnel du recueil de la preuve européenne*

**361. Les limites des instruments existants.** Les négociations récentes relatives à la décision d'enquête européenne traduisent la prise de conscience à l'égard du contrôle de la régularité des actes d'enquête effectués à l'étranger en vertu d'une telle mesure transnationale. En effet, l'article 13<sup>2061</sup> de la proposition de directive du 21 mai 2010 prévoit la possibilité d'un recours, conformément au droit national : sans plus de précisions, il était évident que l'article serait étoffé.

La décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuve guide l'organisation du recours juridictionnel. En effet, tant la reconnaissance que l'exécution du mandat doivent pouvoir être contestés devant les juridictions de l'État d'exécution<sup>2062</sup>, tandis que les motifs de fond à l'origine de l'émission du mandat ne peuvent être contestés que devant les juridictions de l'État d'émission<sup>2063</sup>. Cependant, ce recours se révélerait en pratique de faible portée : l'exécution du mandat ne vise pas à l'accomplissement de mesures d'enquête mais à l'obtention de preuves disponibles. Le contrôle de la légalité des actes

---

<sup>2059</sup> Le Conseil des barreaux européens, dans sa réponse au livre vert relatif à l'obtention de preuve de 2009, souligne le fait que la formulation et la promulgation de règles communes doit nécessairement être accompagnée de mesures accompagnatrices, c'est-à-dire fournir aux parties lésées les ressources suffisantes en termes d'avocats formés et d'aide judiciaire.

<sup>2060</sup> Cf. dans la même partie, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>2061</sup> « Les parties intéressées disposent de voies de recours conformément au droit national. Les raisons substantielles qui sont à l'origine de l'émission de la décision d'enquête européenne ne peuvent être contestées que par une action devant un tribunal de l'État d'émission. »

<sup>2062</sup> Art. 18 § 1 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve.

<sup>2063</sup> Art. 18 § 2, *ibid.*

d'enquêtes déjà accomplis semble donc totalement exclu du champ d'application du texte. De plus, les États membres peuvent décider d'en limiter la portée aux seuls cas de mandats dont l'exécution s'accompagne de l'emploi de mesures coercitives<sup>2064</sup>. Enfin, la recevabilité des preuves obtenues n'est pas liée au sort du mandat d'obtention de preuve après recours : leur exclusion ne peut en effet être requise en cas d'annulation de l'acte de coopération.

**362. Des négociations œuvrant vers un renforcement du contrôle juridictionnel du recueil de la preuve européenne.** La question de l'exclusion de la preuve consécutive au contrôle juridictionnel d'un acte d'investigation issu d'un instrument de reconnaissance mutuelle a été abordée lors des discussions relatives à la décision d'enquête européenne. En effet, sur proposition du Parlement européen, les États membres devraient être en mesure d'offrir aux parties la possibilité de contester la décision d'enquête européenne<sup>2065</sup>, dans les mêmes conditions que celles prévues aux fins de contestation d'une décision nationale<sup>2066</sup>. Ce recours n'aurait pas d'effet suspensif quant à l'exécution de la mesure<sup>2067</sup>. Ces deux points sont repris par le texte final de la proposition de directive<sup>2068</sup>. Néanmoins, toutes les suggestions du Parlement européen n'ont pas été retenues. Les propositions avancées prévoyaient que les preuves obtenues ne pourraient être transmises qu'après une décision finale, excepté le cas où l'État d'émission démontrerait que cette « rétention » de preuve porterait gravement préjudice ou menacerait l'enquête en cours<sup>2069</sup>. En cas du succès du recours contre la décision d'enquête européenne, les preuves déjà transmises à l'État d'émission n'auraient pu être utilisées ou auraient dû être détruites<sup>2070</sup>. Ces dispositions auraient marqué l'investissement de l'Union européenne dans la réglementation de la recevabilité de la preuve européenne. Elles démontrent la nécessité d'un contrôle juridictionnel non seulement de la décision de coopération mais également des actes d'investigation qui en découlent. Plus encore, elles établissent l'importance de l'exclusion de la preuve qui aurait été recueillie illégalement, et s'orientent vers l'irrecevabilité de la preuve

---

<sup>2064</sup> Art. 18 § 1, *ibid.*

<sup>2065</sup> Si cette formulation est relativement vague, les amendements déposés par le Parlement européen concernent la contestation de l'émission, de la reconnaissance et de l'exécution de la décision d'enquête européenne. Cette formulation nécessite d'être reprise par le texte définitif pour éviter toute ambiguïté.

<sup>2066</sup> Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 14 mai 2013, Bruxelles, 24 avr. 2013, *op. cit.*, art. 13, p. 9.

<sup>2067</sup> *Ibid.*, art. 13 § 1 d. La suspension de l'exécution de la mesure pourrait cependant être requise par la partie intéressée.

<sup>2068</sup> Art. 13 § 1 et § 6 de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2069</sup> Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 14 mai 2013, Bruxelles, 24 avr. 2013, *op. cit.*, art. 13 § 1 e) et h).

<sup>2070</sup> *Ibid.*, art. 13 § 1 i).

illégal ou irrégulière<sup>2071</sup>. Or, la directive laissera vraisemblablement les juridictions des États membres libres de tirer les conclusions qu'elles souhaitent suite à la contestation réussie de la décision d'enquête européenne, ou de son exécution<sup>2072</sup>.

2. Les limites inavouées du principe de reconnaissance mutuelle quant à l'amélioration de la recevabilité de la preuve<sup>2073</sup>

**363. *Locus regit actum* ou *forum regit actum*.** Favoriser la recevabilité des preuves recueillies dans un autre État membre que l'État poursuivant est au cœur des préoccupations visant à améliorer la coopération judiciaire, le principal intérêt de la coopération étant que justice soit rendue<sup>2074</sup>. C'est la raison pour laquelle tant la Convention relative à l'entraide judiciaire dans l'Union européenne du 29 mai 2000, que le second protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, consacrent la règle du *forum regit actum*. En effet, lorsque la demande d'entraide judiciaire requiert expressément le respect de certaines formalités, en vue d'assurer la future recevabilité des éléments recueillis devant les juridictions répressives de l'État requérant, l'État requis est tenu de se conformer à ces formalités lors de l'accomplissement des actes d'enquête, même si la formalité ou la procédure demandée ne lui est pas familière<sup>2075</sup>. L'importance de cette règle tient au fait que l'État requérant est l'État central de la procédure répressive, nécessitant uniquement l'assistance de l'État requis<sup>2076</sup>.

Les instruments de reconnaissance mutuelle suivent une toute autre logique. Toute décision émise par une autorité judiciaire compétente d'un État membre est reconnue et donc directement applicable par les autorités des autres États membres. Concrètement, les autorités de réception de la décision l'appliquent comme si elle avait été émise par une autorité judiciaire locale et par conséquent, l'exécutent conformément à leur propre législation. En vertu du principe de reconnaissance mutuelle, les actes d'enquête effectivement accomplis sont également directement reconnus par les autorités de l'État

---

<sup>2071</sup> Néanmoins, l'annulation et l'exclusion des actes effectués au niveau national suite à la transmission d'une preuve européenne irrégulière ne sont pas abordées.

<sup>2072</sup> Art. 13 § 7 de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2073</sup> Sur les nécessaires adaptations du principe, v. C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 172 et s.

<sup>2074</sup> Rapport explicatif du second protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959, sous l'art. 8.

<sup>2075</sup> Art. 8 du second protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959.

<sup>2076</sup> G. VERMEULEN, W. DE BONDT et Y. VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters - Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, 2010, *op. cit.*, p. 105.

d'émission. C'est donc sur le principe *locus regit actum* que repose la philosophie de la coopération judiciaire en vertu du principe de reconnaissance mutuelle<sup>2077</sup>.

#### **364. Limites d'une coopération basée sur le principe du *locus regit actum*.**

L'application stricte de l'adage *locus regit actum* ne semble pas favorable à une amélioration de la recevabilité de la preuve obtenue à l'étranger. En effet, si l'acte d'investigation exécuté par les autorités de l'État de réception est directement reconnu par les autorités de l'État d'émission, la preuve en résultant n'est pas automatiquement recevable. Pour être recevable, la preuve doit avoir été légalement recueillie. Or, le respect de la légalité implique parfois de satisfaire obligatoirement certaines formalités ou procédures lors de l'accomplissement de l'acte d'enquête<sup>2078</sup>.

Dans le cadre de la poursuite d'une infraction transnationale, le juge aura à statuer sur la recevabilité des preuves recueillies sur le territoire relevant de sa compétence et des preuves recueillies par les autorités compétentes d'un autre État membre, selon la législation de cet autre État membre. En application du principe de reconnaissance mutuelle, le juge doit assimiler les actes accomplis à l'étranger aux actes accomplis sur son territoire. Il est donc logique que les actes ayant été exécutés en méconnaissance de formalités essentielles soient exclus et donc irrecevables, qu'ils aient été effectués à l'étranger ou non, ce qui laisse cependant moins de chances aux actes accomplis par les autorités compétentes de l'État membre d'exécution. Un exemple simple permet d'illustrer ces propos : la législation de l'État A prévoit que les perquisitions du domicile du suspect doivent obligatoirement être exécutées par un magistrat, en présence du suspect et de deux témoins, alors que la législation B prévoit uniquement la présence du suspect. L'application stricte du principe de reconnaissance mutuelle conduirait à l'annulation de l'acte effectué conformément à la législation B par le juge de l'État A.

**365. La modération du principe.** L'étude des instruments de reconnaissance mutuelle montre que cette difficulté a été envisagée et que l'application stricte de la règle *locus regit actum* a été tempérée par la possibilité de demander le respect de certaines formalités et procédures dans l'exécution d'une décision judiciaire, tant qu'elles ne constituent pas une atteinte aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution. L'objectif avoué ici est de

---

<sup>2077</sup> C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, 2013, *op. cit.*, p. 173. V. aussi, G. VERMEULEN, W. DE BOND'T et Y. VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters - Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, 2010, *op. cit.*, p. 150.

<sup>2078</sup> C'est le cas des formalités prescrites à peine de nullité comme par exemple, les perquisitions des locaux d'une agence de presse, effectuées uniquement par un magistrat, art. 56-2 du CPP.

« rendre les preuves demandées admissibles dans l'État d'émission »<sup>2079</sup>. Ainsi, l'article 12 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves intègre les dispositions consacrées par les instruments d'entraide judiciaire<sup>2080</sup>, tout comme la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne<sup>2081</sup> : l'application de la règle étrangère apparaît alors indispensable à l'optimisation de la recevabilité de la preuve recueillie à l'étranger. Par conséquent, il est légitime de se questionner sur la véritable plus-value de l'application du principe de reconnaissance mutuelle par rapport aux mécanismes d'entraide judiciaire existant, au regard de la recevabilité de la preuve pénale.

## B. La sous-estimation des turbulences traversées par le droit national de la preuve

Laisser aux États membres la tâche de régler le contrôle juridictionnel des actes d'enquête transnationaux sans un accompagnement minimal était cohérent avec la philosophie du principe de reconnaissance mutuelle, fondée sur les hautes exigences de qualité des États membres quant à la protection des droits fondamentaux, cette garantie rejaillissant sur la recevabilité de la preuve. Or, le respect effectif des droits fondamentaux à tous les stades de la procédure a été surestimé, comme en témoignent le déclin de l'importance du respect de la légalité formelle dans la détermination de la recevabilité (1), mais également la tendance pour le juge pénal à recevoir et utiliser une preuve illégalement recueillie (2). Par ailleurs, l'insertion de la preuve européenne dans les mécanismes de contestation nationaux est délicate, pouvant conduire à l'abandon de certaines juridictions nationales face à la difficulté de la tâche (3).

### 1. Le déclin de l'importance de la légalité formelle

**366. La portée limitée de l'application du droit de l'État requérant par l'État requis.** Si l'application extraterritoriale du droit de l'État requérant/d'émission dans les procédures de coopération judiciaire semble être une solution privilégiée permettant d'optimiser la recevabilité de la preuve, en pratique il est courant que les autorités de l'État requis/d'exécution appliquent le droit local<sup>2082</sup>.

---

<sup>2079</sup> Introduction de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

<sup>2080</sup> Le principe du *forum regit actum* était également présent dans la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuves, v. C. WILLIAMS, «The European evidence warrant», *op. cit.*, p. 158.

<sup>2081</sup> Art. 8 § 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2082</sup> Pourtant, une étude révèle que les États membres ne sont pas excessivement attachés à l'application du droit national mais sont au contraire tout à fait enclins à l'exécution d'une mesure selon les formalités et procédures requises par un autre État membre. V. G. VERMEULEN, W. DE BONDT et Y. VAN

Au regard des mécanismes d'entraide judiciaire, plusieurs facteurs expliquent l'application du droit local dans l'exécution de la mesure d'entraide. Tout d'abord, imposer le respect de certaines formalités peut ne montrer que peu d'intérêt, compte-tenu des similitudes que présentent certaines mesures d'enquête, dans des systèmes juridiques proches. Par ailleurs, la charge que constitue l'accomplissement de formalités supplémentaires ou se substituant à la procédure habituellement suivie par les autorités peut constituer un obstacle au bon déroulement de la coopération. Aussi, pour ne pas freiner toute coopération ou alourdir inutilement le travail des autorités requises, le respect des formes mentionnées dans la demande d'entraide doit être indispensable pour l'enquête<sup>2083</sup>, réduisant ainsi les cas où le droit de l'État requérant est effectivement appliqué. Enfin, le but des autorités enquêtrices est de parvenir à la manifestation de la vérité grâce à l'exécution de la mesure demandée : s'adapter aux conditions exigées par l'État d'exécution apparaît alors comme la garantie de voir la demande d'entraide acceptée<sup>2084</sup>.

Les instruments de reconnaissance mutuelle sont eux attachés à l'exécution de la décision selon le droit de l'État d'exécution, bien que le respect de certaines formalités ou procédures puisse être requis. L'absence de pratique rend le recours à la règle *forum regit actum* difficile à analyser. Cependant, une étude récente montre que la possibilité de demander l'exécution de formalités supplémentaires prévue à l'article 12 de la décision-cadre sur le mandat européen d'obtention de preuves ne serait pas exploitée par tous les États membres<sup>2085</sup>. Cette tendance est interprétée par les auteurs de l'étude comme un signe de la confiance mutuelle que les États membres se portent<sup>2086</sup>. Pourtant, ce phénomène peut être abordé de façon moins optimiste, et ceci pour plusieurs raisons. D'une part, le mandat européen d'obtention de preuve concernant des documents, données ou objets déjà recueillis par les autorités de l'État d'exécution, l'impact des formalités supplémentaires à accomplir est supposé moindre, ne présentant pas de bénéfice significatif au regard de la recevabilité de la preuve. D'autre part, le refus de demander le respect de formes précises traduit un mouvement plus profond de déclin de l'importance de la légalité formelle. En effet, ce

---

DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters - Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, 2010, *op. cit.*, p. 110 et s.

<sup>2083</sup> Rapport explicatif du second protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avr. 1959, sous art. 8.

<sup>2084</sup> Par exemple, les perquisitions et saisies au Royaume-Uni doivent être motivées quasiment comme des jugements, en précisant l'incidence des éléments recueillis sur le cours du procès. S'adapter à ces exigences est essentiel à l'efficacité de la coopération judiciaire. V. M. BENLOLO-CARABOT et T. L. HERNANDEZ, «Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Europol et Eurojust.», in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 29.

<sup>2085</sup> G. VERMEULEN, W. DE BONDT et Y. VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters - Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, 2010, *op. cit.*, p. 116.

<sup>2086</sup> *Ibid.*



phénomène d'affaiblissement de la légalité formelle au profit de la légalité matérielle, traduit notamment par le dépérissement des formalités prescrites à peine de nullité en France et en Belgique, est propice à la libre circulation de la preuve pénale, mais représente toutefois un danger pour la sauvegarde des droits fondamentaux en matière pénale.

2. La recevabilité de la preuve illégale : une situation critiquable mais propice au développement de la coopération judiciaire

### **367. La fragilité d'une coopération reposant sur les défaillances nationales.**

L'étude de la question de la recevabilité de la preuve en France, en Belgique et au Royaume-Uni, a mené vers une conclusion commune à ces trois États : le respect des règles établies afin de rechercher et recueillir la preuve pénale n'est pas une condition indispensable à leur recevabilité. Partant de ce constat, la plupart des barrières à la recevabilité de la preuve obtenue sur le territoire d'un autre État membre tombent. En effet, si le respect de la législation nationale n'est pas requis pas le juge pénal français, belge ou anglais, la preuve recueillie conformément aux règles d'un autre État membre peut tout à fait être présentée et utilisée devant ce même juge. Cette situation est favorable au développement quantitatif de la coopération judiciaire, plus particulièrement sur la base des instruments fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle, lequel repose sur le respect des particularités des législations nationales. L'argument selon lequel les différences procédurales entre les États membres sont telles que la recevabilité d'une preuve recueillie dans un autre État membre en devient impossible<sup>2087</sup>, ne peut plus être retenu dès lors que le respect de la procédure n'est plus exigé par les juridictions nationales.

Toutefois, faire reposer le succès de l'efficacité de la coopération judiciaire et la libre recevabilité de la preuve sur les largesses jurisprudentielles et législatives vis-à-vis de la preuve illégalement recueillie ne semble pas acceptable. Il paraît en effet inconcevable de fonder le succès de la coopération judiciaire dans un espace de liberté, de sécurité et de justice sur les déficiences de certains régimes probatoires nationaux. Le principe de reconnaissance mutuelle s'appuie en effet sur les hautes exigences de qualité caractérisant les différents systèmes de justice nationaux et sur une protection effective équivalente des droits fondamentaux des individus. Or, la recevabilité de la preuve illégale ou irrégulière pousse à remettre en cause l'effectivité de la protection et du mécanisme de sanction du non respect de la légalité formelle et matérielle. Par ailleurs, ces critères nourrissent et conditionnent

---

<sup>2087</sup> Dans le livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, la Commission estime que l'efficacité de la coopération et la question de la recevabilité est dépendant des similitudes entre les normes nationales en matière de collecte des preuves (pt. 4.2).

l'existence de la confiance mutuelle<sup>2088</sup> : comment annihiler la méfiance des États membres les plus protecteurs des garanties fondamentales face à une telle situation<sup>2089</sup> ? Pour conclure, le succès de la coopération judiciaire ne peut être obtenu grâce à la recevabilité de la preuve illégale mais en dépit de cette situation, en œuvrant vers une meilleure justice au niveau national<sup>2090</sup>.

### 3. Le flou caractérisant la contestation de la preuve européenne devant les juridictions nationales

La contestation de la preuve européenne devant les juridictions nationales reste pour l'instant un mécanisme obscur, les actes d'enquête transnationaux s'insérant péniblement dans le processus interne relatif à la contestation des actes d'enquête nationaux (a). L'inefficacité caractérisant le contrôle de la preuve européenne pourrait ainsi conduire à une condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme (b).

#### *a. La difficile insertion de la preuve européenne dans le processus interne de contestation*

### **368. L'indifférenciation de la preuve nationale et de la preuve européenne.**

Comme énoncé lors du Conseil européen de Tampere, la recevabilité mutuelle des preuves transnationales repose sur la légalité de leur recueil<sup>2091</sup>. Les juges nationaux sont donc chargés du contrôle de légalité, selon la procédure interne de droit commun. Or, l'insertion de la preuve européenne dans les canaux procéduraux réservés à la mise en cause des actes d'investigation semble plus que délicate. Les mécanismes de mise en œuvre des nullités de l'instruction souffrent d'une importante rigidité formelle, caractérisée par les délais de forclusion<sup>2092</sup>. L'opposition de ces délais aux actes d'enquêtes effectués à l'étranger semble particulièrement sévère, compte-tenu des obstacles linguistiques, juridiques, voire culturels affectant le travail de vérification de conformité à la législation concernée. Par ailleurs, si la

---

<sup>2088</sup> D. FLORE, «La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"omega" d'une justice pénale européenne ?», in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 21.

<sup>2089</sup> Cette réflexion personnelle rejoint le point de vue de Madame le Professeur Lelieur, estimant que la France n'a aucun intérêt à devenir un havre de « facilité probatoire », situation extrêmement néfaste à la confiance que sont sensés s'accorder mutuellement les États de l'Union. V. J. LELIEUR, «La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?», *op. cit.*, § 17.

<sup>2090</sup> C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Madame le Professeur Lelieur parle d'une chance pour un droit probatoire français en crise, v. *ibid.*

<sup>2091</sup> Conclusion de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 36.

<sup>2092</sup> Cf. Première Partie, Titre 2, Chapitre 1.

contestation d'un acte d'enquête implique de saisir la juridiction compétente de l'État ayant accordé l'entraide ou exécuté la décision de reconnaissance mutuelle, quelle sera la procédure applicable et comment s'imbriqueront les différentes exigences procédurales relatives aux délais mais également à la saisine des autorités compétentes ? Quelle sera la conséquence de l'annulation d'un acte à l'étranger sur le reste de la procédure découlant de l'acte ?

La solution traditionnellement proposée par les mécanismes de reconnaissance mutuelle repose sur la scission de la contestation de la preuve européenne : les motifs de fond à l'origine de l'émission de la décision sont contestables devant une juridiction de l'État d'émission, tandis que la reconnaissance et l'exécution ne peuvent faire l'objet d'un recours que devant les juridictions de l'État d'exécution<sup>2093</sup>. Ainsi, l'opportunité d'une mesure de perquisition pourrait être contestée devant une juridiction différente de celle connaissant de la légalité de son exécution, et ceci simultanément. Par ailleurs, l'opposition des délais est-elle réalisable lorsque le recours est effectué par un tiers de bonne foi mais extérieur à la procédure ?

#### *b. L'ineffectivité du recours juridictionnel offert à la défense*

**369. Les obstacles à l'effectivité du recours juridictionnel.** Le flou entourant la contestation de la preuve européenne est sans conteste favorable à l'accusation, compliquant démesurément la tâche de la défense. Outre le besoin d'avoir accès à des informations claires et complètes au sujet des actes d'enquête effectués à l'étranger, une profonde connaissance du droit de l'État membre sur lequel l'acte d'investigation a été effectué est indispensable<sup>2094</sup>. Dans le cas où la contestation est prévue devant les juridictions de l'État d'exécution/requis<sup>2095</sup>, le recours à un avocat local semble l'option appropriée, mais il semble peu probable qu'elle puisse être couverte par l'aide juridictionnelle. Dans le cas où la contestation est prévue devant les juridictions de l'État d'émission/requérant, comme c'est le cas en Belgique, la recherche des irrégularités au regard de la législation d'un ou plusieurs États membres représente une charge extraordinaire pesant sur les parties et incite à remettre en cause l'exercice effectif des droits de la défense.

---

<sup>2093</sup> Art. 18 § 1 et 2 de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuve du 18 déc. 2008. Concernant l'exécution des décisions de gel de biens ou l'éléments de preuves, seules les juridictions de l'État d'émission peuvent connaître des contestations relatives aux raisons substantielles à l'origine de la décision, alors que l'exécution de la mesure peut être contestée devant un tribunal de l'État d'émission ou de l'État d'exécution (art. 11 de la décision-cadre relative à l'exécution des décisions de gel des biens ou d'éléments de preuves de 2003).

<sup>2094</sup> Le cas envisagé ici est celui d'une entraide bilatérale. Mais le nombre d'États membres impliqués peut être variable, compliquant d'autant plus le travail de contestation.

<sup>2095</sup> C'est la solution retenue par la jurisprudence française concernant la régularité des actes dans le cadre de l'entraide judiciaire.

Par ailleurs, au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ces obstacles à la contestation d'une preuve pourraient tout à fait faire l'objet d'une condamnation. À titre d'exemple, dans l'affaire *Matheron*<sup>2096</sup>, la Cour a souligné l'importance de l'efficacité du contrôle des actes d'investigations. Le requérant contestait ici le versement au dossier d'écoutes téléphoniques, dont il n'avait pu contester la régularité, ces écoutes ayant été réalisées dans une procédure à laquelle il était étranger. En effet, la chambre d'accusation s'était estimée incompétente pour apprécier la régularité des décisions prises dans une procédure autre que celle dont elle était saisie, extérieure à son ressort<sup>2097</sup>, ce que la Cour européenne a condamné<sup>2098</sup>. Cette situation est comparable à la contestation d'un acte d'investigation effectué à l'étranger. La menace d'une censure de la Cour européenne en cas d'inefficacité du contrôle juridictionnel est d'autant plus réelle qu'elle s'est déjà engagée en ce sens, dans l'affaire *Stojkovic c. France et Belgique*. En l'espèce, la Cour a décidé que dans le cadre de l'entraide judiciaire, il incombait « aux juridictions de l'État requérant de s'assurer que les actes réalisés par les autorités de l'État requis n'ont pas été accomplis en violation des droits de la défense, et de veiller ainsi à l'équité de la procédure dont elles avaient la charge (...) »<sup>2099</sup>.

**370. Conclusion du paragraphe 2.** En proclamant que les éléments de preuves légalement recueillis par les autorités d'un État membre, conformément à la législation nationale, devaient être recevables devant les juridictions des autres États membres, au motif que chaque État membre assure une haute protection des droits fondamentaux, le Conseil européen de Tampere a lancé une idée révolutionnaire dans un espace pénal européen qui n'était pas prêt. L'attachement des États membres d'émission et d'exécution à leurs procédures et formalités concernant le recueil de la preuve, empreintes des traditions procédurales nationales, a été sous-estimé, tout comme la nécessité d'un contrôle juridictionnel efficace du respect de ces formalités et procédures. En effet, les juridictions nationales se sont vues confier la charge de régler les problèmes de légalité des actes d'enquêtes effectués en vertu des instruments de coopération judiciaire, sans pour autant être

---

<sup>2096</sup> CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c. France*, req. n° 57752/00.

<sup>2097</sup> *Ibid.*, § 15.

<sup>2098</sup> *Ibid.* § 41 : « le raisonnement de la Cour de cassation pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un certain nombre de personnes, à savoir toutes celles qui se verraient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur, ce qui reviendrait, en pratique, à vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance. À la suite de cette condamnation, la chambre criminelle est revenue sur sa jurisprudence en ouvrant progressivement les possibilités de contestation ». Pour un aperçu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, v. le commentaire de A. MARON et M. HAAS, « On ne peut laver de sales draps avec le droit propre d'un tiers », *Droit pénal*, n° 4, avr. 2012, sous Cass. crim., 14 févr. 2012.

<sup>2099</sup> CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, req. n° 25303/08, § 55.

accompagnées sur la voie d'un contrôle juridictionnel de la preuve européenne. Or, les difficultés relatives au contrôle de la légalité de la preuve nationale mais également européenne présentées précédemment montre à quel point cet accompagnement est nécessaire.

**371. Conclusion de la section 1.** Le tableau dépeint par les précédents développements, appelant à l'encadrement d'un contrôle juridictionnel efficace de l'enquête transnationale, traduit une certaine inquiétude quant à la protection effective des droits des individus tout au long de la procédure pénale. L'abandon de tous les aspects relatifs à l'exclusion de la preuve irrégulière ou illégale aux juridictions nationales est symptomatique des limites de l'action de l'Union européenne en matière pénale rencontrées ces dernières années, soumise aux exigences des États membres quant à l'orientation sécuritaire de la création normative, et à leurs réticences à l'égard de l'abandon partiel de la réglementation de cette matière régaliennne et si sensible.

Pourtant aujourd'hui, la répression des infractions transnationales n'est plus l'unique action pénale nécessitant l'adoption de mesures à un niveau européen : la protection des droits fondamentaux des individus, face à l'insuffisance des réponses apportées par les États membres, doit être renforcée à un niveau supérieur. Si l'harmonisation des garanties procédurales<sup>2100</sup> est un moyen d'y parvenir, l'effectivité du respect de ces garanties ne pourra être atteinte que par l'encadrement et l'accompagnement du contrôle juridictionnel de l'enquête transnationale à un niveau européen.

## Section 2. La mise en place d'un contrôle juridictionnel effectif de la preuve européenne

**372. Les obstacles au renforcement du contrôle juridictionnel.** Si la nécessité de renforcer ou d'aménager le contrôle juridictionnel des actes d'enquête européens a été démontrée, sa mise en œuvre se heurte à des considérations pratiques telles que le choix des autorités compétentes, la nature du contrôle exercé, l'étape de la procédure à laquelle il peut être introduit, ou encore les effets qu'il produit sur le dossier pénal et les contestations ultérieures. Ces différents éléments doivent impérativement s'articuler avec les exigences

---

<sup>2100</sup> S. BRAUM, «Conclusions», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 335.

d'efficacité et de rapidité propres à l'enquête pénale<sup>2101</sup> et veiller à ne pas freiner la mise en œuvre déjà délicate des mécanismes de coopération judiciaire.

À ces préoccupations techniques s'ajoutent les difficultés tenant aux divergences idéologiques des mécanismes de coopération. Tant les instruments d'entraide judiciaire que ceux issus du principe de reconnaissance mutuelle restent vagues, limités, voire totalement silencieux sur les recours éventuels contre les actes d'investigation transnationaux, laissant aux États membres le soin de régler ce point délicat<sup>2102</sup>. Il faut admettre que la liberté caractéristique de l'entraide judiciaire se prête mal à l'organisation détaillée d'un contrôle juridictionnel de la preuve recueillie. Par ailleurs, la bonne entente nécessaire à l'établissement d'une coopération fructueuse entre les autorités judiciaires de l'État requérant et celles de l'État requis dépend en partie de la confiance que celles-ci s'accordent et du respect mutuel des prérogatives des autorités internes compétentes<sup>2103</sup> : imposer un contrôle juridictionnel strict s'immiscerait dans une relation parfois fragile<sup>2104</sup>.

Le principe de reconnaissance mutuelle, tel qu'il a été consacré il y a quinze ans, n'offre pas un environnement plus propice au renforcement du contrôle juridictionnel. Né de l'idée d'une équivalence de résultat quel que soit l'État membre traitant une affaire donnée<sup>2105</sup>, le principe repose sur la confiance mutuelle que les États s'accordent, laquelle porte non seulement sur le « caractère approprié des règles des partenaires mais aussi sur l'application correcte de ces règles »<sup>2106</sup>. Pourtant, est-ce réellement montrer une méfiance inacceptable que de vouloir vérifier l'application correcte des règles ? La réponse apparaît être négative : si la confiance peut exister, elle n'a pas à être aveugle<sup>2107</sup>. D'une part, une telle confiance aveugle n'existe pas au niveau interne : le non-respect de la loi par les autorités judiciaires d'investigation peut faire l'objet d'un recours ou justifier l'exclusion d'une preuve. Avoir plus confiance en l'irréprochabilité de l'autorité judiciaire compétente d'un autre État membre n'a que peu de sens. D'autre part, le sort de la preuve irrégulière ou illégale en

---

<sup>2101</sup> Ces préoccupations de rapidité et d'efficacité sont au cœur des discussions relatives à la décision d'enquête européenne, v. A. WEYEMBERGH, «Transverse Report on Judicial control in Cooperation in Criminal Matters: The Evolution from Traditional Judicial Cooperation to Mutual Recognition», in K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, 1, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 948.

<sup>2102</sup> *Ibid.*, p. 952 et s.

<sup>2103</sup> Critères constituant également l'essence du principe de reconnaissance mutuelle.

<sup>2104</sup> E. BARBE décrit l'espace judiciaire européen, perçu par les magistrats pénalistes, comme une communauté de bon vouloir plutôt qu'une communauté juridique fondée sur des droits et des devoirs, v. E. BARBE, «Recherche recours préjudiciel désespéré», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 154.

<sup>2105</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, Bruxelles, le 26 juil. 2000, COM(2000) 495 final, pt. 3.1.

<sup>2106</sup> *Ibid.*

<sup>2107</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 418.

Belgique, en France, et au Royaume-Uni montre que si des règles appropriées sont établies, elles ne sont pas forcément correctement appliquées.

**373. Le choix du renforcement du contrôle juridictionnel dans les instruments de reconnaissance mutuelle.** L'élaboration du nouvel instrument de coopération judiciaire qu'est la décision d'enquête européenne est une opportunité à saisir, aux fins de créer ou renforcer profondément le contrôle juridictionnel de la preuve européenne. La souplesse résultant de l'introduction des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution, ainsi que l'application du principe *forum regit actum* rapproche un peu plus cet instrument de ses prédécesseurs issus de l'entraide judiciaire. Outre la simplification voulue par les rédacteurs du texte, la directive présentera l'avantage incontestable de standardiser et accélérer la coopération judiciaire. Ces caractéristiques sont favorables à l'amélioration du contrôle juridictionnel de la preuve en permettant de procurer rapidement aux parties, si elles peuvent y avoir accès, des actes de qualité dont la vérification sera facilitée<sup>2108</sup>. Par ailleurs, le renforcement du contrôle juridictionnel participerait à la « réhabilitation » du principe de reconnaissance mutuelle en renforçant la confiance mutuelle que les États se portent<sup>2109</sup>.

Il ne reste qu'à saisir cette opportunité et étoffer abondamment les dispositions relatives au recours juridictionnel prévues par la directive. À cette fin, la concrétisation de certaines propositions émises par des membres du Parlement européen semble judicieuse, et un essai de construction d'un nouvel article 13 à la directive relative à la décision d'enquête européenne librement inspiré des négociations y afférent sera proposé (§ 1), accompagné d'une explication approfondie et d'une justification quant à la lettre de l'article (§ 2).

### § 1. Essai d'une construction d'un recours juridictionnel sur la base de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne

La présente démarche s'inscrit dans un mouvement optimiste quant au sort de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne, à savoir l'adoption d'un instrument efficace, souple et respectueux des droits individuels. Les décisions d'enquête

---

<sup>2108</sup> La qualité et la rapidité de l'exécution des commissions rogatoires internationales sont des caractères faisant souvent défaut à l'entraide judiciaire, v. E. BARBE, «Recherche recours préjudiciel désespéré», in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 153.

<sup>2109</sup> «L'espace judiciaire pénal européen, désormais bâti sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, repose sur une confiance mutuelle qui doit être fondée sur un contrôle commun pour toutes les affaires exigent une coopération judiciaire ». A. MIRANDA RODRIGUES, «Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel : une liaison nécessaire ?», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2005, p. 170.

européennes sont ainsi vouées à remplacer la plupart des commissions rogatoires internationales émises par les autorités compétentes des États membres et il semble par conséquent opportun de proposer une modification de l'instruction en discussion, plutôt qu'ajouter aux textes régissant l'entraide judiciaire. Par ailleurs, la proposition de directive ayant fait l'objet d'un débat fourni, la modification suivante s'appuie en partie sur les suggestions et amendements déjà exprimés.

### **Article 13 : Recours juridictionnel**

1. Chaque État membre, dont les autorités judiciaires compétentes ont émis, reconnu, ou exécuté une décision d'enquête européenne, est tenu d'offrir un moyen effectif et concret de contester la régularité de la mesure devant ses juridictions nationales, que la mesure ait été exécutée en application du droit de l'État membre d'émission, ou du droit de l'État membre d'exécution.

Les États restent libres dans le choix des juridictions compétentes pour connaître de ces contestations, qu'elles soient des juridictions de droit commun ou d'exception. Elles doivent néanmoins être indépendantes et impartiales.

Celles-ci pourront bénéficier de l'appui des institutions supranationales de coopération.

2. Le recours peut être introduit avant la fin de l'instruction, conformément aux procédures nationales en vigueur, mais doit obligatoirement être présenté avant toute défense au fond.

a. Tant qu'aucune preuve recueillie en exécution de la décision d'enquête européenne n'a été transférée, le recours peut être librement exercé dès l'émission de la décision, sans condition de délai, dans le respect de la législation nationale.

L'introduction du recours ne suspend pas l'exécution de la décision d'enquête européenne, sauf dans le cas où l'exécution de la mesure porterait un préjudice grave et irréversible à la partie requérante. Néanmoins, les éléments de preuve obtenus ne sont transmis à l'État d'émission, dans le cas d'un recours en instance, qu'après une décision finale à ce sujet<sup>2110</sup>. Sur demande motivée des autorités compétentes, les éléments de preuve peuvent toutefois être transférés s'il est démontré que leur rétention nuirait gravement à l'enquête en cours. Ces critères sont appréciés librement par l'autorité juridictionnelle saisie.

---

<sup>2110</sup> Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, *op. cit.*, amendement 126.



b. Après réception des éléments de preuve par les autorités de l'État d'émission s'appliquent les délais de droit communs prévus pour la contestation de la régularité du recueil de la preuve dans l'État d'émission, sauf si la loi nationale en prévoit autrement.

3. La contestation peut porter tant sur la légalité de la décision d'enquête européenne, que sur la légalité de son exécution, en vue de demander son annulation partielle ou totale, ou l'exclusion partielle ou totale des preuves recueillies en exécution de la dite décision d'enquête européenne.

a. Dans le cas où la décision d'annulation ou d'exclusion intervient avant le transfert, les éléments de preuve ne peuvent être transférés.

b. Dans le cas où la décision intervient après le transfert, les éléments de preuve ne pourront plus être utilisés ou seront détruits.

c. Les contestations relatives aux actes consécutifs effectués par les autorités nationales compétentes de l'État d'émission doivent être présentées après une décision finale concernant l'acte d'origine, avant toute défense au fond.

4. Le recours est ouvert aux parties, ainsi qu'à tout tiers de bonne foi sur la démonstration d'un intérêt légitime.

5. La défense doit bénéficier des outils nécessaires à l'exercice de ses droits, notamment l'accès aux éléments du dossier, dans une langue lui permettant de les contester, lesquels doivent permettre d'identifier les instruments légaux mis en œuvre tout au long de la procédure.

La défense doit être informée de l'émission d'une décision d'enquête européenne dans les délais les plus brefs, permettant l'exercice effectif de son droit au recours.

La défense peut bénéficier de l'aide d'une instance supranationale de coopération.

## § 2 : La justification de la proposition

Si l'article 13 modifié présenté ne peut être excessivement détaillé, il mérite d'être ici plus longuement expliqué et justifié. Issu de l'étude approfondie de la recevabilité de la preuve pénale et du recours juridictionnel s'y rapportant en Belgique, en France et au Royaume-Uni, sa rédaction tient compte des particularités propres à ces seuls trois États membres, mais prend également en considération leurs déficiences et tente d'y apporter des solutions. Seront donc ici principalement abordés le choix assumé des autorités

juridictionnelles nationales comme seules compétentes pour connaître des recours portant sur les actes d'enquêtes transnationaux, tout en bénéficiant de mesures « accompagnatrices » (A), ainsi que celui de l'exploitation de la situation existante au regard du moment de la contestation de la preuve européenne, préférée post-transfert (B). Plus succinctement, les effets (C) puis les critères (D) du contrôle juridictionnel feront l'objet d'une explication, avant de conclure par quelques remarques relatives à l'ouverture du contrôle à tout tiers de bonne foi mais également aux aménagements nécessaires afin que la défense puisse exercer ses droits de manière effective (E).

#### A. Le choix unique des juridictions nationales comme autorités compétentes

Malgré les réticences précédemment exprimées à l'égard de l'implication des juridictions nationales dans le contrôle des actes d'enquête transnationaux, les modifications ici proposées s'orientent vers la compétence unique de celles-ci (1), lesquelles devraient cependant être assistées au niveau supranational, afin d'assurer un contrôle effectif du respect des législations nationale et étrangère (2).

##### 1. Les autorités chargées du contrôle juridictionnel : le recours aux juridictions nationales

Alors que le choix de confier le contrôle juridictionnel aux juges nationaux apparaît comme justifié (a), l'éventuelle création d'une juridiction pénale supranationale de l'enquête transnationale sera écartée (b).

##### *a. La compétence justifiée des juges nationaux*

**374. Le choix du juge national plutôt qu'un juge supranational.** La modification de l'article relatif au contrôle juridictionnel proposée ci-dessus confie le contrôle de légalité de la preuve aux autorités nationales existantes uniquement. En effet, en tant que juge de droit commun du droit de l'Union européenne<sup>2111</sup> et gardien des libertés fondamentales et individuelles, le juge pénal apparaît comme le mieux placé pour vérifier à la fois la bonne application de l'instrument d'enquête transnational qu'est la directive en question, et le respect des législations nationales applicables lors du recueil effectif de la preuve, destinées à encadrer et brider les pouvoirs des enquêteurs. D'un point de vue purement procédural, il est

---

<sup>2111</sup> L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, 1ère éd., Coll. mémentos dalloz, Paris, Dalloz, 2011, p. 111.

également cohérent d'intégrer le contrôle de la preuve européenne au contrôle de l'ensemble du dossier pénal, afin de préserver une certaine unité dans la procédure et ainsi éviter un « éparpillement », source de complexité mais également d'erreur. Ainsi, joindre la contestation de la preuve européenne à celle des preuves nationales est techniquement envisageable tant devant les juridictions de l'instruction dans la phase pré-sententielle, que devant le juge pénal du fond, le plus souvent<sup>2112</sup> compétent pour connaître des demandes d'annulation ou d'exclusion des preuves, avant tout examen du fond. Enfin, et c'est peut-être la raison supplantant toutes les autres, le problème de la recevabilité de la preuve pénale est simplement un problème interne, domestique<sup>2113</sup>, lié à l'exercice de poursuites devant une juridiction nationale<sup>2114</sup>. Sans remettre en cause l'implication nécessaire et justifiée des organes sensés faciliter la coopération judiciaire en éliminant les irrégularités de procédure éventuelles, ce n'est nullement leur rôle d'en vérifier la légalité : sans légitimité, ils n'offrent pas le cadre nécessaire pour une protection efficace des droits des parties.

**375. La compétente conjointe des juridictions de l'État d'émission et des juridictions de l'État d'exécution.** La proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne envisage de confier les contestations relatives aux raisons substantielles à l'origine de l'émission de la décision aux tribunaux de l'État d'émission<sup>2115</sup>. Il a également été proposé de confier les recours contre la reconnaissance et l'exécution de la décision à l'autorité compétente de l'État d'exécution<sup>2116</sup>. Cette séparation ne nous paraît pas être la solution à adopter : une partie souhaitant contester tant les raisons à l'origine de la décision d'enquête européenne que son exécution devrait exercer deux recours différents, dans deux États, selon des procédures dissemblables, ce qui alourdirait considérablement la tâche et constituerait un frein à l'exercice effectif de ses droits. Par ailleurs, imposer de

---

<sup>2112</sup> L'implication décroissante du juge d'instruction en France et en Belgique rejoint peu à peu le régime prévu au Royaume-Uni, selon lequel les preuves sont contestées à l'audience devant le juge pénal, avant toute défense au fond.

<sup>2113</sup> Cette opinion est partagée par Monsieur le Professeur Vermeulen, v. G. VERMEULEN, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU - Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, 2011, *op. cit.*, p. 46.

<sup>2114</sup> C'est également la position de la Cour européenne des droits de l'homme : « La Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne, et qu'en principe il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. », CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. n° 21363/93, *Recueil des arrêts et des décisions 1997-III*, § 50.

<sup>2115</sup> Art. 13 § 3 de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2116</sup> Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, *op. cit.*, amendement 127. Cette proposition ne semble pas être retenue dans le texte final.

désolidariser les différents recours pourra être en contradiction avec certaines législations ou jurisprudences déjà bien établies, comme c'est le cas en Belgique<sup>2117</sup>.

La modification avancée propose d'ouvrir le contrôle juridictionnel de l'émission, de la reconnaissance et de l'exécution de la décision d'enquête européenne, tant aux juridictions de l'État d'émission qu'aux juridictions de l'État d'exécution, selon les procédures prévues par les législations nationales pour la contestation des actes nationaux. En effet, si l'existence d'un contrôle des actes d'enquêtes entre les différentes autorités des États membres a été estimée comme « contradictoire avec l'espace pénal européen »<sup>2118</sup>, elle nous apparaît au contraire en totale adéquation avec l'esprit de la reconnaissance mutuelle. En effet, les autorités d'un État membre étant sensées accueillir les décisions émises par les autorités judiciaires d'un État membre comme émises par des autorités nationales, il est alors logique qu'elle puissent également les contrôler dans les mêmes conditions que les décisions nationales<sup>2119</sup>. Par ailleurs, cette solution permettra une saisine facilitée pour les tiers : par exemple, l'employeur souhaitant contester la décision de perquisitionner le bureau d'un de ses employés pourrait saisir directement la juridiction compétente de son État et non la juridiction compétente de l'État d'émission. Enfin, la protection juridictionnelle effective des droits de la défense ne semble pouvoir être atteinte qu'en lui laissant la liberté quant au choix de la juridiction compétente, au regard de sa compréhension de la législation applicable<sup>2120</sup>.

**376. Un choix cohérent avec le projet de parquet européen ?** Laisser aux juges nationaux la compétence de juger de la légalité des actes d'investigation est un choix qui a été retenu par la proposition de règlement relative à l'établissement d'un Parquet européen<sup>2121</sup>. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que le futur Parquet européen

---

<sup>2117</sup> Si les critères du contrôle relatif à la légalité de la preuve étrangère ne sont pas particulièrement clairs en Belgique, le juge pénal s'est estimé néanmoins compétent pour connaître des recours relatifs à la légalité de la preuve obtenue à l'étranger.

<sup>2118</sup> Se. DE BIOLLEY, «Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale», in D. FLORE (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Chartre, 2003, p. 208.

<sup>2119</sup> Si l'opportunité ou la légalité d'une décision d'enquête relevant des autorités compétentes de l'État de réception ne peut être remise en cause avant son exécution, alors la décision d'enquête européenne ne le sera pas non plus.

<sup>2120</sup> « L'introduction du principe de la reconnaissance mutuelle de mesures d'enquête en matière pénale suppose la garantie d'une protection juridictionnelle effective pour le citoyen concerné. Si la partie intéressée avait uniquement la possibilité de demander la protection juridique dans l'État d'émission, la mauvaise compréhension de la législation, le plus souvent étrangère, ainsi que les barrières linguistiques, compliqueraient de manière inadmissible l'exercice efficace des droits de protection », Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, *op. cit.*, amendement 128.

<sup>2121</sup> Sur les trois scénarios envisageables quant à l'établissement du Parquet européen, notamment celui d'un acteur centralisé tel qu'il était pensé par le Corpus Juris, v. S. WHITE, «A Decentralised European Public Prosecutor's Office - Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?», *Eucrim*, vol. 2, 2012, p. 67 et s.

exerce l'action publique devant les juridictions nationales<sup>2122</sup>. S'il dispose de pouvoirs propres quant à la direction des enquêtes et l'exercice des poursuites relatives aux infractions pénales portant atteinte aux intérêts de l'Union, l'exécution effective des mesures d'investigation sera pour l'essentiel assurée par les autorités répressives nationales, agissant sur instruction du Parquet européen et parfois après avoir été autorisées par une juridiction nationale<sup>2123</sup>. Les mesures coercitives sont d'ailleurs exécutées par les autorités nationales compétentes<sup>2124</sup>. « Il convient, dès lors, de considérer le Parquet européen comme une autorité nationale aux fins du contrôle juridictionnel de ses actes d'enquête et de poursuite »<sup>2125</sup>. Les autorités juridictionnelles compétentes de l'État membre sur le territoire duquel le Parquet européen a enquêté seraient alors saisies des demandes d'annulation ou d'exclusion relatives à la preuve pénale.

La proposition de règlement mériterait d'être largement améliorée sur ce point : en effet, le caractère général de l'article 36 ne semble pas apporter des garanties suffisantes pour la défense lorsque l'enquête nécessite d'intervenir dans plusieurs États membres. Par exemple, lorsque l'enquête conduite par le Parquet européen nécessite l'accomplissement d'actes d'enquêtes dans un État membre autre que celui sur lequel l'enquête principale est menée, la contestation des actes effectués par les procureurs délégués ou les autorités d'un autre État membre, vraisemblablement selon les formalités légales prévues par cet autre État membre, ne relève que de la compétence des autorités juridictionnelles de ce même État.

Par ailleurs, les dispositions de l'article 30 relatives à l'admissibilité des preuves semblent difficilement s'articuler avec le contrôle juridictionnel tel qu'il est établi dans certains États membres. En effet, tous les éléments de preuves présentés par le Parquet européen peuvent être admis, tant qu'ils ne portent pas atteinte à l'équité de la procédure ni aux droits de la défense consacrés aux articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce sont les deux seuls critères imposés au juge pour exclure une preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie. Par conséquent, il n'est plus tenu au régime des nullités que l'on retrouve en France et en Belgique et faire donc bénéficier la preuve présentée d'un régime plus favorable.

---

<sup>2122</sup> Art. 86 § 2 du TFUE.

<sup>2123</sup> Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, *op. cit.*, exposé des motifs, pt. 3.3.5.

<sup>2124</sup> Art. 18 § 6 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen.

<sup>2125</sup> Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, *op. cit.*, exposé des motifs, pt. 3.3.5., repris par l'art. 36 § 1.

b. *La question de la création d'une juridiction pénale supranationale de l'enquête transnationale*

**377. Le rejet d'une juridiction spécialisée.** Chercher des solutions aux difficultés rencontrées à propos de la recevabilité de la preuve recueillie dans un autre État membre pousse irrémédiablement à s'interroger sur la pertinence d'une juridiction supranationale, spécialement dédiée au contrôle des actes d'enquête transnationaux. Cette idée, défendue par plusieurs auteurs<sup>2126</sup>, ne manque pas d'intérêt, dont le principal serait d'offrir à tous les justiciables européens des chances égales de contester un acte d'enquête européen, conduisant ainsi à une uniformité de jurisprudence « qu'on ne peut atteindre par la voie des juridictions nationales »<sup>2127</sup>. Monsieur de Biolley l'envisage comme une juridiction pénale européenne, exerçant un contrôle de la conformité de la procédure pénale avec les droits de l'homme, sur requête d'une personne concernée, et faisant partie intégrante de la procédure pénale nationale<sup>2128</sup>. La possibilité d'instaurer un tribunal européen a également été présentée dans le cadre de la création d'un parquet européen, par le projet académique « *Models rules for procedure of the EPPD* »<sup>2129</sup>, sans pour autant être détaillée. La forme envisagée serait néanmoins celle d'une chambre spécialisée de la Cour de justice, compétente pour contrôler la validité des actes d'enquêtes effectués par le Parquet européen<sup>2130</sup>.

Cependant, cette voie ne nous semble pas la plus appropriée pour parvenir à un contrôle juridictionnel efficient et complètement accessible aux parties intéressées en matière probatoire. Elle serait tout d'abord un facteur d'éloignement supplémentaire du recours des justiciables : en effet, il est prévisible que la saisine d'une telle juridiction reste délicate et l'apanage des avocats de la défense les plus courageux. L'encombrement rapide de cette juridiction est également probable. Par ailleurs, ce contrôle, centré sur le respect des droits de l'homme, ne saurait remplacer les recours internes destinés à remettre en cause le respect de

---

<sup>2126</sup> A. MIRANDA RODRIGUES, «Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel : une liaison nécessaire ?», in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 170. V. également Se. DE BIOLLEY, «Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 208. Au sujet du contrôle juridictionnel de l'enquête menée par une éventuelle police européenne, ou dans le cadre de poursuites européennes, v. D. FLORE, «Les acteurs d'un système de justice pénale européen», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 93.

<sup>2127</sup> A. MIRANDA RODRIGUES, «Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel : une liaison nécessaire ?», in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 170.

<sup>2128</sup> Se. DE BIOLLEY, «Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 209.

<sup>2129</sup> Ce projet de recherche, conduit à l'Université du Luxembourg de fév. 2010 à mars 2012, réunissant universitaires et praticiens, sous la direction de Madame le professeur K. LIGETI, a mené à l'élaboration de Règles modèles définissant les pouvoirs d'enquête et de poursuite d'un Parquet européen. Ces règles modèles sont disponibles sur le site <http://www.eppo-project.eu/>, rubrique EU model rules.

<sup>2130</sup> K. LIGETI, Introduction aux Règles modèles, *ibid.*

la légalité formelle des actes d'enquêtes transnationaux et représenterait une charge supplémentaire pour les parties visant à l'exclusion d'une preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie. De plus, s'il est vrai qu'une uniformité de jurisprudence dépend en grande partie de l'unicité de l'interprétation de la règle, l'établissement d'une juridiction unique n'est pas le seul moyen d'y accéder. L'harmonisation voire l'uniformisation des garanties procédurales et des conditions d'exercice des droits de la défense reste une alternative sûrement préférable au regard de sa faisabilité mais également au regard de son caractère préventif, l'idéal n'étant pas de faciliter la contestation mais au contraire de tout faire pour qu'elle n'ait pas lieu d'être.

Bien que le juge national apparaisse comme l'autorité la mieux placée pour effectuer un contrôle de légalité de la preuve pénale, l'introduction d'éléments obtenus conformément à la procédure d'un autre État membre est évidemment source de difficultés pour le juge pénal. Un accès facilité à des autorités « accompagnatrices », expertes, apparaît comme une assistance fiable et aisée à mettre en place.

## 2. La nécessité d'accompagner les juridictions nationales

Bien qu'il soit préférable de confier le contrôle juridictionnel des actes d'enquête transnationaux aux juridictions nationales, celles-ci peuvent avoir besoin de l'assistance d'organes supranationaux pour mener à bien toute vérification du respect de la légalité nationale et européenne (a). À ce titre, la Cour de justice de l'Union européenne n'aura qu'un rôle limité, malgré l'accroissement de ses compétences, opérée par le traité de Lisbonne (b).

### *a. L'intervention des organes ou réseaux de coopération*

**378. L'éventuelle participation d'Eurojust dans le contrôle juridictionnel des actes d'enquêtes : la voie de l'expertise.** Le rôle actuel d'Eurojust se situe bien en amont du procès pénal, au stade des investigations. Eurojust a en effet pour mission « d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave »<sup>2131</sup> transnationale. À ce titre, les membres nationaux d'Eurojust sont « habilités à recevoir les demandes de coopération judiciaires et les décisions dans ce domaine relatives notamment à des instruments donnant

---

<sup>2131</sup> Art. 85 § 1 du TFUE.

effet au principe de reconnaissance mutuelle, à les transmettre, à les faciliter »<sup>2132</sup>. Le transfert des demandes ou des décisions de coopération donne alors l'occasion aux membres d'Eurojust d'effectuer un contrôle de légalité vis-à-vis du droit national avant d'en permettre l'exécution.

L'extension de sa mission est néanmoins envisageable, afin d'offrir un support fiable aux autorités juridictionnelles nationales examinant la légalité de la preuve. En effet, le contrôle d'une preuve recueillie conformément aux règles d'une autre État membre nécessite « une connaissance des différents systèmes juridiques que seule une organisation multilatérale peut fournir »<sup>2133</sup>. En offrant un cadre réunissant des magistrats issus de tous les États membres, Eurojust permet un échange rapide et sûr de renseignements relatifs aux législations internes et aux règles régissant la recherche et l'administration de la preuve. Ce support pourrait prendre la forme d'un simple transfert d'informations à l'autorité nationale. Également, l'assistance accordée par Eurojust pourrait consister en une appréciation concrète du respect ou de la violation de la législation par l'autorité enquêtrice, sur demande de la juridiction appréciant la légalité de l'enquête transnationale : l'avis d'Eurojust pourrait prendre la forme d'une expertise, sur laquelle la juridiction nationale pourrait s'appuyer. Ce rapport d'expertise ainsi produit serait souverainement apprécié par la juridiction.

Néanmoins, si l'aide d'Eurojust apparaît comme aisée à mettre en œuvre à court terme, elle soulève quelques questions. En premier lieu, ce recours à l'expertise d'Eurojust ne peut être accessible qu'aux juridictions nationales. Il serait alors juste de permettre aux parties et plus particulièrement à la défense de requérir l'expertise d'Eurojust, par l'intermédiaire des juridictions nationales. En second lieu, demander à une agence européenne dont la mission est de faciliter, *in fine*, la poursuite des infractions transnationales<sup>2134</sup>, d'œuvrer pour l'exclusion d'une preuve, semble antinomique. L'indépendance<sup>2135</sup> et l'impartialité nécessaires à l'établissement d'une expertise neutre pourraient alors faire défaut.

**379. Le recours aux autorités nationales de coopération.** L'exploitation plus poussée des réseaux de coopération devrait également être envisagée. Le recours aux magistrats de liaison ou au réseau judiciaire européen est aujourd'hui essentiellement orienté

---

<sup>2132</sup> Art. 9 ter § 1 de la décision Eurojust modifiée.

<sup>2133</sup> M. BENLOLO-CARABOT et T. L. HERNANDÈZ, «Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Europol et Eurojust.», *in La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 32.

<sup>2134</sup> Une facette de la mission d'Eurojust est de soutenir « les autorités compétentes des États membres pour renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites », art. 3 § 1 c) de la décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *op. cit.*

<sup>2135</sup> Les magistrats composant Eurojust sont principalement issus des ministères publics nationaux.



vers la répression d'infractions transnationales<sup>2136</sup>. Or les demandes de coopération judiciaire, au lieu d'être transmises dans le but d'obtenir l'exécution d'une mesure d'investigation, pourraient au contraire viser l'assistance d'une autorité juridictionnelle d'un autre État membre, aux fins de contrôle de la légalité de l'acte effectué par les autorités judiciaires compétentes de ce même État. S'il faut reconnaître que cette voie risque de rallonger considérablement la procédure, compte-tenu de la lenteur caractéristique de l'entraide judiciaire, elle permettrait cependant aux parties de contester un acte d'enquête effectué à l'étranger devant la juridiction compétente de l'État poursuivant, tout en bénéficiant de l'appréciation de l'autorité juridictionnelle compétente de l'État d'exécution.

*b. Le rôle limité de la CJUE à propos de la recevabilité de la preuve*<sup>2137</sup>

**380. L'intervention de la CJUE dans l'interprétation de la directive relative à la décision d'enquête européenne.** Bien que la Cour de justice de l'Union européenne ne puisse être directement saisie par les justiciables souhaitant l'annulation d'un acte d'investigation issu de l'application de la directive relative à la décision d'enquête européenne, elle peut cependant jouer un rôle indirect dans l'exclusion de la preuve à travers le mécanisme du renvoi préjudiciel. Les juridictions nationales, juges de droit commun de l'Union européenne<sup>2138</sup>, disposent de la faculté d'interroger<sup>2139</sup> les juges de la Cour de Luxembourg au sujet de l'interprétation du droit de l'Union européenne, ceci à l'occasion d'un litige principal. La décision d'interroger la Cour sur l'interprétation d'un point de droit n'appartient qu'aux juridictions nationales, bien que la demande d'une partie puisse être à l'origine du choix du juge.

Le traité de Lisbonne ayant consacré l'abandon de la structure en pilier de l'Union européenne, le mécanisme préjudiciel peut désormais<sup>2140</sup> être mis en action en matière pénale. En effet, l'article 267 du TFUE donne compétence à la Cour de justice pour statuer,

---

<sup>2136</sup> L'amélioration du partage d'information entre juges et leur formation via le European Judicial Training Network sont régulièrement présentées comme un moyen d'améliorer la coopération judiciaire, v. par exemple P. GALLAGHER, «Future developments in judicial cooperation in criminal matters», *ERA-Forum*, n° 9, 2009, p. 515.

<sup>2137</sup> Le rôle de la CJUE en matière pénale, les conditions de sa saisine et la portée de ses décisions seront plus amplement présentés dans le Titre suivant concernant la fonction harmonisatrice de la CJUE à travers l'interprétation des droits fondamentaux protégés au niveau de l'Union européenne, plus particulièrement des garanties procédurales.

<sup>2138</sup> L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, p. 111.

<sup>2139</sup> Le renvoi préjudiciel est classiquement présenté comme un dialogue entre juge, bannissant l'expression du recours préjudiciel. V. *ibid.*, p. 112. V. également J. PERTEK, *Coopération entre juges et Cour de justice de l'UE - Le renvoi préjudiciel*, 2013, *op. cit.*, p. 62.

<sup>2140</sup> La Cour pouvait auparavant connaître des questions préjudicielles au regard des instruments issus de l'espace de liberté, sécurité et de justice, mais dans des conditions très strictes, v. M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 4ème éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 324.

à titre préjudiciel, tant sur l'interprétation dudit traité que sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union, y compris les actes de droit dérivés édictés en matière pénale. Par ailleurs, s'adaptant aux particularités des procédures répressives, l'article consacre le mécanisme de la procédure préjudicielle d'urgence<sup>2141</sup>, en énonçant que si la question préjudicielle est « soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ». Le recours quasi-systématique à la détention provisoire dans certains États comme la France laisse présager un recours important à cet instrument. Il serait par ailleurs pertinent de discuter d'une extension de la procédure préjudicielle d'urgence à toutes les questions préjudicielles relatives à la poursuite d'une infraction pénale<sup>2142</sup>, au vu de l'importance des intérêts en jeu, de la vulnérabilité des parties, et de la nécessité de respecter le droit à être jugé dans un délai raisonnable<sup>2143</sup>.

Pourtant, si l'interprétation donnée par la Cour de justice peut éventuellement conduire à l'illégalité de la procédure d'enquête transnationale, la preuve européenne n'en sera pas forcément écartée par le juge pénal national, celui-ci pouvant estimer que l'utilisation de la preuve irrégulière ne vicie pas irrémédiablement le caractère équitable de la procédure.

**381. Le contrôle de la légalité des actes d'enquêtes nationaux : une hypothèse exclue.** Le traité de Lisbonne n'a pas donné compétence à la Cour pour vérifier la régularité des actes d'enquête effectués en application du droit national, suite à l'émission d'une décision de reconnaissance mutuelle<sup>2144</sup>. L'article 276 du TFUE énonce que la « Cour n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs des États membres, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure »<sup>2145</sup>. Si certains auteurs affirment que ces dispositions

---

<sup>2141</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2008, la procédure préjudicielle d'urgence est applicable dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à la demande de la juridiction nationale intéressée, lorsque l'appréciation de la Cour est déterminante à propos du sort d'une personne détenue ou privée de sa liberté, v. J. PERTEK, *Coopération entre juges et Cour de justice de l'UE - Le renvoi préjudiciel*, 2013, *op. cit.*, p. 73.

<sup>2142</sup> Au regard par exemple de la préservation des preuves, ou aux devoirs d'enquête, v. G. VERNIMMEN, « Quel contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen ? Les changements annoncés par le traité modificatif », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 303.

<sup>2143</sup> La Cour a déjà accédé à la demande de mise en œuvre de ce mécanisme d'urgence dans des affaires ne concernant pas une personne détenue mais dans des affaires concernant la garde d'enfant, l'urgence était justifiée par le risque de dommages psychologiques irréversibles chez l'enfant, v. N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 511.

<sup>2144</sup> A. GOGORZA, « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Droit pénal*, n° 10, étude 26, Oct. 2010, § 5.

<sup>2145</sup> L'article reprend l'article 35 § 5 abrogé du traité sur l'Union européenne.

manquent de clarté<sup>2146</sup>, il semble pourtant évident qu'en excluant le contrôle de la validité des opérations menées dans un but répressif, le texte exclut le contrôle des investigations menées par les autorités judiciaires nationales, fussent-elles transnationales. Dans le même sens, la proposition de règlement portant création du Parquet européen précise que les juridictions nationales ne devraient pas avoir la possibilité d'interroger la Cour de justice sur la validité des actes du Parquet européen, celui-ci étant assimilé aux autorités nationales compétentes aux fins du contrôle juridictionnel<sup>2147</sup>. Cette disposition est cohérente au regard de la position traditionnelle de la Cour quant à l'appréciation du droit national : la Cour ne saurait appliquer une règle de droit de l'Union européenne à « un cas d'espèce déterminé, ni se prononcer sur le sens, la portée ou la validité d'une disposition de droit national »<sup>2148</sup>.

**382. Le contrôle de la légalité des actes de acteurs européens.** Bien que l'enquête pénale transnationale soit conduite par les autorités internes compétentes, l'intervention d'acteurs européens est possible et peut influencer la recherche et le recueil de la preuve pénale. C'est le cas par exemple de la transmission du rapport d'enquête de l'OLAF aux autorités nationales, ou la demande d'ouvrir une enquête ou de constituer une équipe commune d'enquête émise par Europol ou Eurojust<sup>2149</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la légalité de certains de ces actes peut potentiellement être contestée devant le juge européen par les particuliers, et donc par la défense. En effet, l'article 263 du TFUE ouvre le recours en annulation en ce sens : d'une part, la Cour de justice est désormais compétente pour contrôler « la légalité des actes des organes et organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers », et d'autre part, ce recours est ouvert à toute personne physique ou morale<sup>2150</sup>. Celles-ci pourraient donc désormais demander l'annulation des actes d'Europol ou d'Eurojust<sup>2151</sup>, à la condition que l'acte

---

<sup>2146</sup> Si par exemple, la question préjudicielle porte sur la compatibilité d'un acte d'une autorité nationale avec une décision-cadre, l'État mis en cause pourrait avancer que l'on touche à une opération menée par un service répressif, v. Se. DE BIOLLEY, «Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 203.

<sup>2147</sup> Considérant 38 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen du 7 juil. 2013.

<sup>2148</sup> M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2012, *op. cit.*, p. 330.

<sup>2149</sup> P. SCHONARD, «Judicial Review of EU Acts Affectings Criminal Proceedings», *EuCLR*, vol. 2, n° 1, 2012, p. 62. Cependant, les membres d'Eurojust bénéficiant des prérogatives que le droit national leur a conférés, leur action est assimilée à celle exercée par les autorités nationales compétentes, et la régularité de leurs actes d'investigation est appréciée par le juge national de droit commun.

<sup>2150</sup> Art. 263 al. 4 : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui le concernant directement et qui ne comportent pas de mesure d'exécution ».

<sup>2151</sup> A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 240. V. aussi H. LABAYLE, «Judiciarisation, droits fondamentaux et espace pénal européen», *op. cit.*, p. 356.

produise des effets juridiques à l'égard des tiers<sup>2152</sup>, et qu'elles en soient le destinataire ou individuellement et directement affectées par l'acte. À l'heure actuelle, ce n'est pas le cas des actes émis par Europol et Eurojust<sup>2153</sup>. Par ailleurs, l'insertion d'un tel recours dans les mécanismes nationaux relatifs au contrôle juridictionnel de la légalité de l'enquête semble délicate et devrait nécessairement être précisément organisée au niveau des États membres.

## B. Entre contrôle pré-transfert et contrôle post-transfert : la difficile détermination de l'étape adéquate

Imposer un régime strict quant à l'organisation du contrôle juridictionnel des actes d'enquête transnationaux serait contreproductif et pourrait aller à l'encontre des législations nationales régissant le problème. Ainsi, le contrôle juridictionnel de la preuve européenne peut être envisagé à plusieurs stades de la procédure. Si le contrôle pré-transfert présente de nombreux avantages, notamment celui d'éliminer les irrégularités avant que l'élément de preuve n'intègre le dossier pénal (1), le contrôle post-transfert semble le plus accessible et réalisable (2).

### 1. Le contrôle de la procédure de recueil préalablement au transfert de preuves

Le contrôle des actes d'investigations transnationaux préalable au transfert de preuve peut être envisagé à deux moments : soit avant l'exécution de la décision d'enquête européenne (a), soit après (b).

#### *a. Le contrôle avant l'exécution de la décision d'enquête européenne*

Le contrôle de la régularité de la décision d'enquête européenne avant son exécution peut être envisagé avant sa transmission aux autorités compétentes de l'État d'exécution, ou à sa réception par ces mêmes autorités. Bien que ce contrôle présente l'avantage d'éliminer les irrégularités au plus tôt de la procédure<sup>2154</sup> et ainsi protéger les actes qui en découlent, il ne représente pas un contrôle de la régularité de la preuve à part entière et a pour seul objet l'acte de coopération.

---

<sup>2152</sup> Art. 263 al. 1 du TFUE.

<sup>2153</sup> A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*

<sup>2154</sup> Pour une illustration : la décision d'enquête peut être émise si l'autorité judiciaire compétente dispose du pouvoir d'émettre une mesure similaire dans une procédure interne (art. 5). La vérification de ce point permet d'éviter toute contestation ultérieure, mais également d'alléger la charge de la défense quant à la vérification du respect de la légalité en cas de contestation.

**383. Le contrôle préalable à la transmission.** Il est plus approprié d'envisager le contrôle préalable à la transmission comme une simple vérification de régularité de la part des autorités compétentes de l'État d'émission, plutôt qu'un véritable recours juridictionnel. Néanmoins, cette éventualité n'est pas dénuée d'intérêt, permettant d'éviter la non-reconnaissance de la décision d'enquête en corrigeant les irrégularités avant toute transmission. Cette procédure pourrait s'apparenter aux échanges caractéristiques de l'entraide judiciaire, entre les autorités judiciaires compétentes mais surtout, avec les organes ou réseaux destinés à faciliter et coordonner la coopération judiciaire comme Eurojust, les magistrats de liaison, ou les points de contact du Réseau judiciaire européen. Par ailleurs, la décision d'enquête européenne offrant la possibilité de mentionner des procédures et formalités à respecter lors de son exécution<sup>2155</sup>, une première vérification permet d'adapter la demande aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution.

Une seconde hypothèse de vérification pourrait être prévue par la directive relative à la décision d'enquête européenne, mais serait limitée aux décisions émises par des autorités autres qu'un juge, une juridiction, un magistrat instructeur ou un procureur. En effet, la validation de la décision d'enquête européenne par une des autorités susvisées<sup>2156</sup>, après un examen de conformité, est proposée<sup>2157</sup>. Cette procédure serait applicable dans le cas où la décision est émise par une autorité autre que celle prévue par la directive, désignée comme compétente par l'État membre d'émission, comme les autorités policières au Royaume-Uni par exemple. Néanmoins, cette vérification ne serait pas un contrôle juridictionnel<sup>2158</sup>, mais un moyen d'améliorer l'efficacité de la coopération judiciaire et satisfaire par la même occasion les États membres attachés aux caractéristiques de la procédure inquisitoire et au rôle du juge pénal.

**384. Le contrôle après le transfert de la décision d'enquête européenne.** Conformément à la philosophie du principe de reconnaissance mutuelle, la reconnaissance

---

<sup>2155</sup> Art. 8 § 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2156</sup> Une clarification du rôle de l'autorité de validation et des critères du contrôle qu'elle exerce a été cependant demandée par le Parlement européen.

<sup>2157</sup> Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 11 juin 2013, *op. cit.*, art. 2. V. également l'art. 2 a) ii) de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2158</sup> Par d'ailleurs, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le contrôle d'une mesure par une autorité telle que le juge d'instruction ne suffit à assurer un contrôle efficace de la régularité de la mesure. V. CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c. France*, *op. cit.*

de la décision d'enquête européenne ne requiert aucune formalité particulière<sup>2159</sup>. Cette disposition n'emporte pourtant pas la reconnaissance ou l'exécution automatique de la décision<sup>2160</sup>, dont la régularité formelle pourra être contrôlée. En premier lieu, la décision d'enquête européenne prenant la forme d'un formulaire standardisé, dûment rempli et signé par l'autorité d'émission, l'autorité de réception effectue un premier contrôle des éventuelles irrégularités, l'absence de signature par exemple ou l'omission de certaines données comme les coordonnées complètes de l'autorité judiciaire d'émission. En second lieu, l'autorité de réception peut procéder à la vérification de l'existence d'un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution. Enfin, sur proposition du Parlement européen, l'étendue de ce contrôle préliminaire pourrait être développée, permettant à l'autorité de réception de vérifier la proportionnalité de la mesure<sup>2161</sup>. Néanmoins, ces étapes ne constituent pas un contrôle juridictionnel de la légalité de la mesure, ni la condition indispensable de son exécution<sup>2162</sup> et ne prévient donc que partiellement l'illégalité de la preuve recueillie.

Cependant, la transmission de la décision d'enquête doit pouvoir donner lieu à un recours juridictionnel, avant son exécution, justement pour éviter l'exécution de la mesure. Dans le but de préserver le bon déroulement de l'enquête, ce recours ne saurait être suspensif, qu'il soit formé devant les autorités juridictionnelles de l'État d'émission ou de l'État d'exécution. En revanche, l'attribution d'un effet suspensif sur preuve d'un risque de préjudice grave et irréversible pourrait être décidée par les autorités saisies du recours. Ces dispositions ont été envisagées lors des négociations<sup>2163</sup> et seraient en effet un moyen de d'exclure ou annuler l'acte illégal avant son exécution, évitant ainsi de contaminer le reste de la procédure. En revanche, la légalité de la décision d'enquête européenne ne prévenant pas les irrégularités commises lors de son exécution, la recevabilité de la preuve pourrait être

---

<sup>2159</sup> Art. 8 § 1 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2160</sup> Aucun des instruments de reconnaissance mutuelle n'a conduit à la suppression de la procédure d'exequatur, v. A. WEYEMBERGH, «Transverse Report on Judicial control in Cooperation in Criminal Matters: The Evolution from Traditional Judicial Cooperation to Mutual Recognition», in *Toward a Prosecutor for the European Union*, 2013, *op. cit.*, 965.

<sup>2161</sup> « Exceptionnellement, elles doivent être évaluées par l'autorité de l'État d'exécution lorsqu'il y a tout lieu de croire, sur la base de preuves claires et objectives, que les mesures ne sont pas proportionnelles et ne peuvent être utilisées dans une procédure interne de l'État d'émission », v. Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale du 23 jan. 2012, 2010/0817(COD), amendement n° 24. Ce contrôle de proportionnalité était déjà indirectement envisagé dans la proposition de directive initiale, l'autorité de réception ayant la possibilité de recourir à une mesure moins coercitive si elle permet d'arriver aux mêmes résultats (art. 9).

<sup>2162</sup> Les motifs de refus ne sont que facultatifs.

<sup>2163</sup> Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, *op. cit.*, amendement n° 126.

remise en question lors d'un recours ultérieur, lequel ne pourrait porter sur l'acte déjà contesté mais uniquement son exécution.

*b. Le contrôle de la procédure après l'exécution de la décision d'enquête européenne*

**385. L'intérêt d'un contrôle post-exécution et pré-transfert.** Le contrôle de la procédure après l'exécution de l'acte d'enquête mais avant tout transfert de la preuve recueillie présente de nombreux intérêts. En premier lieu, à ce stade, tant la décision d'enquête européenne émise que son exécution pourraient faire l'objet d'un contrôle de légalité, grâce à un recours unique. De plus, cette contestation précoce présente l'avantage d'éviter d'introduire un élément vicié dans le dossier pénal : au delà des considérations relatives à la difficulté d'obtenir une exclusion tardive de la preuve, l'annulation de l'acte « fraîchement » exécuté permettrait d'une part, d'éviter d'étendre l'illégalité aux actes subséquents, et d'autre part, si cela est possible, d'exécuter à nouveau l'acte d'enquête, cette fois dans le respect des règles prescrites. Cette solution préserve en partie l'efficacité de l'enquête répressive, tout en offrant une protection effective des droits fondamentaux des individus.

**386. La nature du contrôle pré-transfert.** Il semble difficile d'instaurer un contrôle pré-transfert de la preuve autrement que sous la forme d'un contrôle automatique<sup>2164</sup>. En effet, les délais entre l'exécution et le transfert de la preuve semblent trop courts pour permettre l'introduction d'une requête de la part des parties. Par ailleurs, l'accès aux informations nécessaires à la défense pour l'exercice de ses droits serait péniblement réalisable à cette étape de la procédure, sans transmission de la preuve. Enfin, la conséquence de l'automatisme du contrôle est la désignation des autorités juridictionnelles de l'État d'exécution comme les seules compétentes pour exercer ce contrôle.

Cette solution serait pourtant un moyen efficace de parvenir à un contrôle effectif de la preuve, tout en œuvrant pour un renforcement de la confiance mutuelle dans l'espace pénal européen. En premier lieu, un contrôle obligatoire pré-transfert permettrait d'anéantir les obstacles d'une contestation ultérieure, comme le refus de connaître la contestation par une juridiction étrangère s'estimant incompétente<sup>2165</sup>, ou l'application complexe à la preuve européenne des délais prévus pour remettre en cause la légalité d'un acte d'enquête. Par

---

<sup>2164</sup> Le contrôle juridictionnel peut être soit automatique (*ex officio*), soit opéré à la demande de la défense, de l'accusation, ou de toute autre partie intéressée, v. A. WEYEMBERGH, «Transverse Report on Judicial control in Cooperation in Criminal Matters: The Evolution from Traditional Judicial Cooperation to Mutual Recognition», in *Toward a Prosecutor for the European Union*, 2013, *op. cit.*, p. 951.

<sup>2165</sup> C'est la position des juridictions françaises vis-à-vis des actes d'enquêtes effectués à l'étranger.

ailleurs, cette forme de contrôle éviterait tout phénomène de *forum shopping* : les parties n'auraient pas la possibilité de s'adresser à la juridiction la plus clémente. De plus, cette solution serait particulièrement adaptée à la pratique de la coopération judiciaire actuelle, plus précisément aux faiblesses relatives à l'application du droit de l'État d'émission par les autorités de l'État d'exécution : puisque le droit de l'État d'exécution est le plus souvent privilégié par les autorités judiciaires, les autorités juridictionnelles de ce même État apparaissent comme les plus compétentes pour vérifier la légalité de leurs actes, qu'ils aient été effectués avant ou après l'émission de la décision d'enquête européenne. Enfin, le contrôle juridictionnel pré-transfert serait le moteur de l'épanouissement du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans la phase pré-sententielle. En effet, les difficultés relatives à l'application du principe en matière probatoire tiennent au manque de fiabilité des actes d'investigation, lesquels n'offrent pas les garanties des décisions juridictionnelles insusceptibles de recours<sup>2166</sup>. Transférer des preuves après vérification portant tant sur la légalité formelle que matérielle contribuerait ainsi à établir la confiance nécessaire à la bonne application du principe de reconnaissance mutuelle.

Malgré les indéniables avantages d'un contrôle juridictionnel automatique préalable au transfert, il faut reconnaître que cette option semble difficilement acceptable pour les États membres, modifiant en profondeur la procédure nationale. Par ailleurs, cette solution ne pourrait être pleinement efficace qu'accompagnée d'une protection accrue des droits fondamentaux dans tous les États membres. Le rôle des parties devant l'autorité juridictionnelle compétente serait également difficile à encadrer. Aussi, le contrôle du recueil et donc de la preuve européenne semble aujourd'hui ne pouvoir être effectué que postérieurement à son transfert.

## 2. Le contrôle de la procédure de recueil postérieurement au transfert de preuves

**387. Le choix raisonnable du contrôle juridictionnel post-transfert.** Au vu des contraintes liées à l'établissement d'un contrôle automatique de la preuve avant son transfert, il est vraisemblable que ce contrôle s'organisera en pratique après le transfert, lorsque la

---

<sup>2166</sup> V. en ce sens G. STESENS, «The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 94. : « *The recognition and enforcement of the latter type of measures (pre-trial orders), however, requires an even greater degree of mutual confidence between judicial authorities than the mutual recognition and enforcement of final judgments as these pre-trial orders are by definition ex parte measures, issued in a proceedings in which the affected party did not have the opportunity to raise its arguments.* »



preuve aura intégré le dossier pénal<sup>2167</sup>. En effet, le contrôle juridictionnel d'office rallongerait inévitablement la procédure de coopération judiciaire, en multipliant les étapes et le nombre d'autorités intervenant dans le processus de transfert de la preuve, chose que le principe de reconnaissance mutuelle entend éviter.

Dans le but de préserver l'efficacité de l'enquête ou de l'instruction, il serait alors préférable de calquer les conditions relatives à la contestation de la preuve européenne sur la procédure nationale en vigueur dans l'État poursuivant. Au regard des délais, la question reste ouverte. Il serait envisageable voire préférable que les garde-fous établis dans certains États, comme les délais de forclusion, ne soient pas complètement tenus en échec par les parties exploitant un régime plus favorable. Aussi, dans le cas où les nullités de l'instruction peuvent être invoquées tout au long de cette phase, le respect des délais établis<sup>2168</sup> serait imposé aux parties, même dans l'hypothèse où la contestation serait portée devant les juridictions de l'État d'exécution. Cette mesure est sensée protéger l'enquête des recours destinés à ralentir l'enquête. Si la contestation de la preuve n'intervient habituellement qu'après clôture de l'enquête, avant toute défense au fond et après consultation du dossier pénal ou échange des preuves par les parties, le juge pénal ne pourra effectuer aucune appréciation sur le fond de l'affaire tant que les contestations relatives à la légalité des preuves, portées devant les juridictions de l'État d'exécution ou devant lui-même, ne soit tranchées.

Une autre option est cependant envisageable. En effet, compte tenu de la difficulté pour la défense de vérifier efficacement la régularité de la procédure dans le respect des délais établis au niveau national, la contestation de la preuve européenne pourrait avoir lieu devant le juge du fond, avant toute défense au fond. Cette solution ne demanderait aucun aménagement procédural spécifique : c'est déjà la solution adoptée au Royaume-Uni, mais également en France et en Belgique en l'absence d'instruction ou lorsque certains actes ont été effectués après la clôture de l'instruction. Ainsi, tous les actes d'enquête transnationaux pourraient être contestés lors de cette ultime étape, sans imposer à la défense des délais trop stricts, peu compatibles avec la complexité de la tâche qui lui incombe. Un aménagement similaire pourrait être envisagé dans le but de préserver le rôle de la juridiction de l'instruction : celui d'exclure l'application des délais de droit commun et de prévoir la contestation des actes d'enquête transnationaux tout au long de l'instruction.

---

<sup>2167</sup> Toutefois, l'hypothèse d'un contrôle pré-transfert non automatique reste ouvert et accessible aux parties.

<sup>2168</sup> Un aménagement des délais peut éventuellement être décidé par chaque État membre, compte-tenu des difficultés relatives à la contestation d'une preuve européenne, au regard de la méconnaissance du droit de l'État d'exécution par exemple.

### C. Les effets du contrôle

**388. Les effets de la saisine d'une juridiction nationale.** La saisine d'une autorité juridictionnelle dans le but de remettre en cause la légalité d'une mesure ne peut automatiquement suspendre son exécution sans perturber gravement le déroulement de l'enquête. Le suspension de son exécution doit néanmoins pouvoir être décidée par la juridiction saisie, à la demande de la partie requérante, après avoir mis en balance les différents intérêts en jeu, ou plus précisément, le risque de préjudice grave et irréversible pour le requérant, la nécessité de préserver la preuve et l'effectivité de la coopération judiciaire, et le risque de dommages irréversibles à l'enquête répressive.

Toute autorité juridictionnelle d'un État membre saisie d'une demande en annulation d'un acte doit aussitôt en informer les juridictions compétentes de l'autre État membre, afin d'éviter que deux juridictions aient à statuer sur le même point. Toute autorité juridictionnelle saisie aux fins de contrôle d'un acte doit se déclarer incompétente si une juridiction compétente d'un autre État membre est déjà saisie d'une demande identique.

**389. Les conséquences de la décision juridictionnelle.** En vertu du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, la décision rendue à propos de la légalité d'un acte d'enquête devrait être directement applicable dans tous les États membres. Par conséquent, il sera impossible de contester un acte qui a déjà été examiné par une juridiction compétente d'un État membre. Dans le cas où l'autorité juridictionnelle décide de l'illégalité de la mesure avant le transfert de la preuve, les preuves ne seront ni transférées, ni utilisées dans une procédure ultérieure. En revanche, il sera possible pour les autorités judiciaires d'émission de rectifier ou d'émettre une nouvelle décision d'enquête, et pour les autorités judiciaires d'exécution d'effectuer à nouveau la mesure d'enquête requise mais cette fois conformément à la législation. Après le transfert des preuves, si la juridiction se prononce en faveur de l'annulation de l'acte illégal ou irrégulier, ou de l'exclusion de la preuve obtenue, celle-ci ne pourrait en aucun cas être utilisée à l'audience pénale, ou devrait être détruite<sup>2169</sup>.

### D. Les critères du contrôle juridictionnel

**390. Les critères de la légalité formelle et de la légalité matérielle.** Plusieurs critères sur lesquels le contrôle juridictionnel doit porter peuvent être avancés. Le respect de la légalité formelle et de la légalité matérielle est tout d'abord évident. Au sujet de la légalité

---

<sup>2169</sup> Cette disposition reprend la proposition du Parlement européen, v. Conseil, suggestions en vue du trilogue du 11 juin 2013, *op. cit.*, p. 10.

formelle, une attention particulière devrait être accordée aux formalités prescrites à peine de nullité, dont la violation devrait nécessairement entraîner l'annulation de l'acte en question. Dans le cas où la violation ne touche pas une règle prescrite à peine de nullité, le juge appréciera discrétionnairement la gravité de la violation. Cependant, l'existence d'une atteinte aux intérêts de la partie requérante devra être démontrée et sera souverainement appréciée par le juge pénal<sup>2170</sup>. Cette solution est fondée sur les régimes des nullités de droit belge et de droit français, mais il s'adapte également au droit anglais qui certes, ne connaît pas de régime des nullités comparable, mais donne au juge le pouvoir d'exclure une preuve dont l'admission porterait atteinte à l'équité de la procédure<sup>2171</sup>. Concrètement, les juridictions de l'État d'émission ou de l'État d'exécution chargées du contrôle vérifieront la bonne application du droit de l'État d'exécution, notamment la violation de dispositions prescrites à peine de nullité. Cette étape nécessitant parfois une bonne connaissance du droit étranger<sup>2172</sup>, le recours aux « organes accompagnateurs » et l'assistance des juridictions étrangères compétentes seront essentiels. Dans le cas où l'autorité judiciaire de l'État d'émission de la décision d'enquête européenne avait requis le respect de certaines formalités supplémentaires, si celles-ci n'étaient pas prescrites à peine de nullité, leur violation ne conduira à l'annulation de l'acte ou à l'exclusion de la preuve que si le juge reconnaît l'existence d'un préjudice pour la partie intéressée. Au sujet de la légalité matérielle, elle pourra être contrôlée à deux niveaux. Par l'autorité saisie du contrôle juridictionnel tout d'abord, à l'occasion de l'appréciation du grief présenté par la partie intéressée, qui pourra simplement consister par exemple en la violation des droits accordés à la défense, ou plus largement du droit à bénéficier d'une procédure équitable. Enfin, dans le cas où la juridiction de la recevabilité de la preuve est différente de la juridiction connaissant des poursuites, la juridiction du fond sera toujours compétente pour exclure d'office une preuve lorsque son admission porterait atteinte à l'équité de la procédure et aux droits de la défense<sup>2173</sup>. Ce dernier garde-fou fait du juge pénal le véritable gardien des libertés fondamentales, au motif « qu'il y a des irrégularités tellement graves qu'elle mettent en cause la qualité même de la

---

<sup>2170</sup> Il peut paraître à première vue sévère de conclure à l'exclusion inconditionnelle des preuves obtenues en violation des formalités prescrites à peine de nullité. Or, la simple violation d'une de ces formalités assez importante pour être prévue par le législateur présuppose de l'existence d'un grief, qui n'est donc plus à prouver.

<sup>2171</sup> Cf. § n° 203.

<sup>2172</sup> Dans le cas où la juridiction saisie est la juridiction compétente de l'État d'émission, ou la juridiction de l'État d'exécution si le respect de certaines formalités et procédures a été requis.

<sup>2173</sup> Cette faculté est dictée par la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, estimant qu'un État ne pouvait se retrancher derrière une procédure de coopération judiciaire pour éviter le contrôle d'une preuve obtenue en violation des droits de la défense, conformément au droit de l'État d'exécution, v. CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, req. n° 25303/08.

justice et devraient être sanctionnées par principe avec l'efficacité traditionnelle et complète des règles d'ordre public ».

**391. Les critères de proportionnalité et de nécessité de la décision d'enquête européenne.** Si les notions de proportionnalité et de nécessité n'accompagnaient pas les conditions d'émission de la décision d'enquête européenne dans la proposition de directive initiale, il a été proposé lors des négociations de préciser que l'émission de la décision d'enquête européenne devait être nécessaire dans une société démocratique et proportionnée aux poursuites visées par l'article 4 de la directive, en tenant compte des droits des suspects<sup>2174</sup>. Cette proposition a été retenue dans le texte final<sup>2175</sup>. S'il est important de rappeler ces deux critères modérateurs, s'imposant aux autorités enquêtrices, il ne nous semble pas pertinent de devoir ajouter ces critères à l'article 13, relatif au contrôle juridictionnel des actes d'enquêtes européens. D'une part, le critère de proportionnalité est délibérément écarté dans certains États. En France par exemple, le respect du principe de proportionnalité est souverainement apprécié par le magistrat compétent, assurant le « contrôle direct et immédiat de l'acte »<sup>2176</sup>. Les juridictions du fond, tout autant que la Cour de cassation, s'interdisent tout contrôle de la proportionnalité des actes d'enquête nationaux<sup>2177</sup>, et il serait alors délicat d'ouvrir un tel contrôle pour les actes d'enquête transnationaux. Cette position est partagée par la plupart des États membres qui, lors des négociations relatives à la décision d'enquête européenne<sup>2178</sup>, ont manifesté le souhait de laisser le contrôle de proportionnalité à l'autorité d'émission uniquement<sup>2179</sup>. Par ailleurs, un contrôle de proportionnalité partiel est déjà envisagé par la proposition de directive : lorsque l'autorité de réception estime que des moyens moins coercitifs peuvent parvenir au même résultat, elle peut décider de recourir à une autre mesure d'enquête que celle décidée, moins intrusive<sup>2180</sup>. Cependant il semble difficile de pouvoir remettre en cause la recevabilité d'une preuve sur la base de cette disposition. Enfin, l'exclusion d'une preuve ou l'annulation d'un

---

<sup>2174</sup> Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 14 mai 2013, *op. cit.*, art. 5a § 1 a).

<sup>2175</sup> Art 5a § 1 (a) de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2176</sup> J. LELIEUR, «La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ?», *op. cit.*, pt. 6.

<sup>2177</sup> *Ibid.*

<sup>2178</sup> A. WEYEMBERGH, «Transverse Report on Judicial control in Cooperation in Criminal Matters: The Evolution from Traditional Judicial Cooperation to Mutual Recognition», in *Toward a Prosecutor for the European Union*, 2013, *op. cit.*, p. 968.

<sup>2179</sup> Ces critères seraient éventuellement contrôlés par l'autorité de validation lorsque la décision d'enquête européenne n'est pas émise par un juge, une juridiction, un magistrat instructeur ou un procureur compétent, v. Conseil de l'Union européenne, Note de la présidence aux délégations, Bruxelles, 15 nov. 2012, *op. cit.*, p. 3.

<sup>2180</sup> Art. 9 § 1 c) de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne.

acte pouvant être requise par une partie sur la démonstration d'un grief, il est envisageable qu'un acte manifestement disproportionné puisse être sanctionné pour l'atteinte qu'il aurait portée aux droits individuels de la partie intéressée<sup>2181</sup>.

#### E. L'accès au contrôle

**392. L'exercice effectif du droit au recours juridictionnel.** Le contrôle juridictionnel doit pouvoir être requis par l'accusation, la défense, les parties civiles, ainsi que les tiers de bonne foi, si ceux-ci démontrent un intérêt légitime à demander l'annulation de l'acte, lequel sera librement apprécié par le juge. Cette disposition est en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle avait condamné la France, à propos de l'incompétence d'une autorité juridictionnelle de connaître de la légalité des actes d'investigation à la demande d'un tiers étranger à la procédure<sup>2182</sup>.

Dans le but de permettre l'exercice effectif du droit au contrôle juridictionnel, en particulier avant la transmission des preuves, les parties ainsi que toute personne affectée par la mesure doivent être informées de l'émission puis de l'exécution d'une décision d'enquête européenne. L'accès ultérieur aux éléments du dossier doit être assuré, dans les délais prévus par le droit national. Ces documents doivent être suffisamment clairs et précis pour permettre à la défense de retracer le déroulement de l'enquête et comprendre la base légale sur laquelle se fonde la mesure d'enquête. Il est également nécessaire que les documents soient traduits pour permettre l'exercice des droits de la défense. Or certains États sont très en retard concernant ce point, car si la présence d'un interprète est désormais chose acquise, la traduction des documents écrits est plus sensible<sup>2183</sup>. La compréhension de la totalité des actes d'investigation est pourtant indispensable à leur contestation effective<sup>2184</sup>.

---

<sup>2181</sup> « L'évaluation appropriée de la proportionnalité constitue une exigence constitutionnelle dans différents États membres, ainsi qu'une exigence en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, un défaut clair et évident de proportionnalité peut constituer une infraction aux droits de l'homme et/ou une infraction aux principes fondamentaux consacrés dans les constitutions nationales. », v. Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, 23 jan. 2012, 2010/0817(COD), amendement 11.

<sup>2182</sup> CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c. France*, *op. cit.*

<sup>2183</sup> En France par exemple, la traduction des documents est accordée à la défense si elle en exprime le souhait et si le juge accède à sa demande. Un avocat a pu d'ailleurs souligner le manque de bonne volonté de certains juges et la nécessité de les former quant à l'application de la directive relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales du 20 oct. 2010. V. T. MAREMBERT, « Langue, linguistique et droit à l'assistance de l'avocat », in C. MAURO et F. RUGGIERI (dir.), *Droit pénal, langue et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 245. Cependant, l'entrée en vigueur de la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales devrait contraindre les États membres les plus réticents à se conformer aux exigences européennes.

<sup>2184</sup> « La relaxe est comme le diable : elle se niche dans les détails du dossier d'instruction ! », v. *ibid.*

Par ailleurs, l'accès à un service d'aide juridique transnational devrait être envisagé : en effet, la contestation des actes d'enquête exécutés conformément au droit de l'État de réception est rendue très difficile par les connaissances limitées du droit étranger des avocats de la défense exerçant un recours devant les juridictions de l'État poursuivant. L'établissement d'un réseau de coopération entre avocats, sur la base de points de contacts comme le Réseau judiciaire européen, ou d'agences nationales destinées à diffuser des informations relatives au droit procédural des différents États membres, serait le moyen d'assurer un recours véritablement effectif. Une proposition similaire a été avancée par un groupe de professeurs allemands : la création d'un modèle d'*Eurodefensor*, véritable acteur européen représentant les droits de la défense<sup>2185</sup>. L'institution serait financée par l'Union européenne, et serait constituée de deux départements : le premier, « *Legal Protection Department* », interviendrait dans le cadre de la protection des droits de la défense au premier stade des investigations, au niveau national, alors que le second, « *Support Department* », aurait un rôle de coordinateur, en établissant des contacts entre avocats de la défense, apportant un soutien juridique voire financier<sup>2186</sup>. Au vu de l'importance des échanges entre autorités judiciaires dans un but strictement répressif, il est nécessaire qu'un projet comme l'*Eurodefensor* fasse l'objet d'une proposition législative européenne dans un futur proche, afin d'assurer une protection des droits de toute personne impliquée dans une procédure transfrontalière.

**393. Conclusion de la section 2.** L'élaboration d'un nouvel article relatif au contrôle juridictionnel est tiraillé entre les bonnes intentions, parfois utopistes, mues par la volonté d'assurer une protection accrue des droits fondamentaux des personnes impliquées dans une procédure répressive, et les exigences d'efficacité et de rapidité, concrètes, caractéristiques de l'enquête répressive transnationale. À cette confrontation s'ajoutent les spécificités procédurales propres à chaque État membre quant au contrôle juridictionnel des actes d'enquête. C'est par conséquent une solution à mi-chemin entre l'irréalisable et l'existant qui est préférée dans notre proposition : celle du contrôle juridictionnel non automatique post-transfert de la preuve européenne comme voie de contestation principale. En effet, il semble plus cohérent de pousser les États vers un renforcement du contrôle juridictionnel de la preuve européenne par une meilleure exploitation des voies de recours nationales, en

---

<sup>2185</sup> A. WEYEMBERGH, «L'espace pénal européen : "épée" des droits fondamentaux dans l'Union européenne», in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, 2007, *op. cit.*, p. 188.

<sup>2186</sup> V. la réponse du Professeur B. SCHÜNEMANN au livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, « Eurodefensor, Balanced concept of criminal procedure inspired by the concept of the rule of law in Europe », disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0004/civil\\_society/eurodefensor\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf)

s'appuyant sur l'aide des juridictions compétentes d'autres États membres ou d'organes supranationaux, plutôt que d'imposer le contrôle automatique des actes d'enquête transnationaux, qui certes, œuvrerait vers une libre circulation et recevabilité des preuves pénales, mais constituerait une entrave démesurée à la coopération judiciaire.

**394. Conclusion du chapitre 2.** Les négociations portant sur la directive relative à la décision d'enquête européenne ont conduit au renforcement de l'article 13, organisant le contrôle juridictionnel de l'émission et de l'exécution de cette mesure d'enquête transnationale. Cette évolution est positive et traduit l'importance croissante que l'Union porte à la protection des droits des individus dans le cadre de procédures répressives transnationales. En effet, les précédents instruments de coopération judiciaire laissaient les États membres totalement libres d'organiser le contrôle du bon déroulement de l'enquête transnationale, leur fournissant uniquement les moyens pour assurer une répression efficace de la criminalité transfrontière. Or, les turbulences traversées par le droit probatoire national, notamment au regard de la recevabilité de la preuve illégalement recueillie, se répercutent sur le contrôle juridictionnel des actes d'enquête transnationaux, caractérisé aujourd'hui par ses faiblesses. Face à l'intensification de la coopération judiciaire et à l'augmentation des pouvoirs des autorités enquêtrices, il est devenu clair que l'organisation d'un mécanisme de contrôle des actes d'investigation efficace ne pouvait se passer d'un encadrement supranational.

Pourtant, le compromis adopté ne semble pas suffisant et reste décevant, au vu des propositions protectrices et audacieuses présentées par le Parlement européen lors des négociations. L'article 13 de la directive relative à la décision d'enquête européenne aurait mérité d'être étoffé afin de contraindre les États membres à assurer un contrôle juridictionnel effectif de la preuve européenne, mais également dans le but de les accompagner dans cette démarche. Ainsi, l'adoption de mesures destinées à faciliter la tâche des autorités juridictionnelles chargées du contrôle de la preuve européenne s'avère aujourd'hui nécessaire, tout autant que l'établissement d'une institution ou d'un réseau permettant à la défense de contester efficacement la recevabilité de la preuve européenne.





## CONCLUSION DU TITRE 1

Vouloir rééquilibrer la coopération judiciaire en matière pénale par l'obligation d'établir un contrôle juridictionnel efficace de la légalité de la preuve européenne pouvait à première vue être contestable. Cette démarche délicate se heurte à des nombreux obstacles. Le caractère profondément national du sujet en premier lieu. L'entraide répressive transnationale, si elle est facilitée par des instruments supranationaux, dépend essentiellement des autorités judiciaires nationales, lesquelles coopèrent directement, en vue de la poursuite des auteurs d'une infraction transnationale devant une juridiction pénale étatique. La mainmise des autorités internes sur toutes les phases du processus répressif n'incite pas à envisager un contrôle juridictionnel de l'enquête européenne autre qu'organisé par les États souverains. Par ailleurs, l'adoption successive d'instruments de coopération destinés à faciliter la répression de l'infraction transnationale s'inscrit dans un objectif sécuritaire : la protection de l'ordre public national ne pouvant plus être assurée dans un cadre strictement national, l'impuissance des États justifie donc leurs concessions en matière pénale. Or l'enjeu du contrôle de la légalité de la preuve est la sauvegarde de la sûreté des justiciables, que les États souverains sont en théorie capables d'assurer seuls. Il est donc compréhensible qu'un tel sujet n'ait pas mobilisé le processus décisionnel intergouvernemental, caractérisant l'élaboration législative européenne en matière pénale des dernières années.

Pourtant, aujourd'hui, l'Union ne peut plus rester à l'écart du contrôle de la légalité de la preuve. Il n'est plus suffisant de donner aux États les moyens de combattre l'infraction transnationale sans se soucier de la protection des droits fondamentaux des individus affectés par l'enquête européenne. Il n'est plus envisageable d'abandonner aux seuls États l'organisation du contrôle de la légalité de la preuve européenne alors que les irrégularités découlent de l'application de mécanismes de coopération judiciaire et de leur complexe imbrication. La sûreté, tout comme la sécurité des justiciables, est la condition du succès de l'espace pénal européen.

Réguler le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve européenne est donc non seulement indispensable, mais surtout aisément accessible, ménageant les sensibilités nationales et les traditions procédurales parfois divergentes. La proposition faite en ce sens démontre de la faisabilité de la démarche : les efforts demandés aux États membres n'impliquent pas de changements majeurs de leurs régimes nationaux mais plutôt leur adaptation. Néanmoins, correctement mise en place, elle améliorerait significativement le contrôle de la régularité de l'enquête transnationale et la sanction de la preuve européenne

illicitement recueillie serait la manifestation d'une protection accrue des droits fondamentaux des individus dans l'espace pénal européen. L'harmonisation des garanties procédurales poursuit le même objectif.

## TITRE 2

# DE LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION DES LÉGISLATIONS PÉNALES PROCÉDURALES

**395. Définition de l'harmonisation.** L'harmonisation est un processus par lequel divers éléments sont adaptés, combinés, afin de former un ensemble cohérent<sup>2187</sup>, harmonieux. En ce sens, l'harmonisation est synonyme de rapprochement. Le rapprochement peut être défini comme l'action de faire apparaître plus proche, mais également de « présenter une conformité, une analogie, un rapport avec »<sup>2188</sup>. Dans le cadre de l'espace pénal européen, l'harmonisation des procédures implique alors une adaptation des droits nationaux par une transformation de leur substance, tout en maintenant une certaine souplesse, permettant aux États membres de préserver les spécificités locales<sup>2189</sup>. Le but de l'harmonisation n'est pas d'éliminer les disparités mais d'éliminer les « frictions », source de désordre dans un système de droits<sup>2190</sup>, tel que l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ainsi, le « droit national continue d'exister en tant que tel »<sup>2191</sup>. Par ces caractéristiques, l'harmonisation se distingue de l'unification ou de l'uniformisation, qui suppose une intégration plus forte que l'harmonisation<sup>2192</sup>. En effet, l'uniformisation de la

---

<sup>2187</sup> F. M. TADIC, «How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law», in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 4.

<sup>2188</sup> Le Nouveau Petit Robert, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993, v<sup>o</sup> rapprocher.

<sup>2189</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales», *R.I.D.P.*, vol. 77, n<sup>o</sup> 1, 2006, p. 186.

<sup>2190</sup> U. NELLES, «Definitions of harmonisation», in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 34.

<sup>2191</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 34.

<sup>2192</sup> J. PRADEL, «Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen», in Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, *Les droits et le Droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 897. L'uniformisation impliquerait de « créer un ordre juridique communautaire distinct de celui des États membres », S. BOSLY et M. VAN RAVENSTEIN, «L'harmonisation des incriminations», in D. FLORE (dir), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 21. V. également à ce sujet A. KLIP,

procédure pénale dans l'Union européenne impliquerait de substituer aux règles nationales des règles procédurales communes édictées au niveau européen. Cette démarche ne laisserait aucune marge d'appréciation aux États membres, ni de place pour la différence ou l'individualisation<sup>2193</sup>, les règles uniformisées étant identiques.

Comme le soulève Madame le Professeur Nelles, le maintien de différents systèmes de droit ne pose pas de problème tant qu'ils demeurent strictement indépendants les uns des autres<sup>2194</sup>. Or, nul besoin de démontrer que, face à la criminalité transnationale, la protection de l'ordre public national ne peut plus être assurée uniquement par les autorités internes. Les systèmes répressifs nationaux et les autorités compétentes doivent interagir et coopérer aux fins de poursuite des infractions transfrontières et c'est dans ce cadre que peuvent naître des « frictions », appelant alors à l'harmonisation de la matière pénale procédurale. Au regard de la légalité de la preuve pénale, le rapprochement peut être abordé à divers stades de la procédure. Durant la phase pré-sententielle tout d'abord, par l'harmonisation des règles relatives à la recherche et au recueil de la preuve, à sa communication aux parties à la procédure, mais également concernant sa contestation devant les juridictions de l'instruction. Devant le juge pénal, la production de la preuve pourrait être sujette à harmonisation de même que sa discussion mais également les conditions de son exclusion avant tout débat au fond. Cependant, les règles procédurales relatives à la recherche et au recueil de la preuve cristallisant les frictions et témoignant des plus grandes divergences entre les législations des États membres, elles seront l'unique objet des développements suivants. Afin de couvrir tous les aspects relevant de l'obtention de la preuve, l'harmonisation de la légalité procédurale matérielle (Chapitre 1), et l'harmonisation de la légalité procédurale formelle (Chapitre 2) seront toutes deux étudiées.

---

«Definitions of harmonisation», in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 26.

<sup>2193</sup> F. M. TADIC, «How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law», in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 4.

<sup>2194</sup> U. NELLES, «Definitions of harmonisation», in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 36.

## **Chapitre 1 : L'harmonisation procédurale substantielle : L'harmonisation de la légalité matérielle par la protection accrue des garanties procédurales**

**396. Plaidoyer pour une harmonisation procédurale substantielle.** La légalité matérielle dans l'administration de la preuve joue un rôle déterminant quant à sa recevabilité. Le respect de principes généraux « quasiment sacrés »<sup>2195</sup> par les autorités judiciaires lors de la recherche et du recueil des preuves est essentiel dans un État de droit, prévenant tout arbitraire dans le prononcé d'une condamnation pénale, par la production d'éléments de preuve intègres, fiables, et respectueux des valeurs chères à tout État démocratique. Ainsi, l'obtention de la preuve doit non seulement être loyale, mais également conforme aux exigences posées au niveau supranational concernant la protection des droits fondamentaux, substantiels et procéduraux, des individus. Bien que l'étude comparative des régimes anglais, belges et français ait clairement montré des mouvements de convergence quant à la protection de ces principes supérieurs, signes d'un rapprochement plus général au niveau européen, des différences subsistent, ne serait-ce que dans l'esprit des autorités judiciaires, méfiantes car souvent trop peu formées aux procédures des autres États membres. La crainte d'un niveau insuffisant de garanties dans l'administration de la preuve peut ainsi constituer un obstacle à la poursuite des infractions transfrontières, en amont en freinant la coopération judiciaire pénale<sup>2196</sup>, et en aval, en conduisant à l'irrecevabilité d'une preuve recueillie dans un autre État membre. Ainsi, afin de palier les déficiences et insuffisances des régimes nationaux quant à la protection de ces principes supérieurs, une réponse supranationale apparaît comme nécessaire. L'harmonisation des droits fondamentaux, et plus particulièrement des garanties procédurales, permettrait à chaque individu de bénéficier d'une protection similaire de ses droits dans chaque État membre, tout en maintenant les spécificités procédurales locales. Plus encore, le rapprochement opéré par l'édiction de règles minimales constituerait

---

<sup>2195</sup> J. PRADEL, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 343.

<sup>2196</sup> Le risque d'atteinte aux droits procéduraux est d'ailleurs un motif de refus d'exécution de la décision d'enquête européenne, art. 10 § 1 g de la directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

également le moyen de relever les exigences des régimes les moins protecteurs<sup>2197</sup>. Enfin, la recevabilité mutuelle de la preuve pénale n'en serait que positivement affectée, le respect de la légalité matérielle apparaissant comme le critère déterminant du contrôle de la recevabilité de la preuve pour les juridictions nationales.

Dans l'Union européenne, deux sources principales d'harmonisation de la légalité matérielle peuvent être envisagées : l'harmonisation des garanties procédurales est d'une part indirectement exercée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Section 2), et d'autre part, cette source de rapprochement est complétée par l'harmonisation « directe » et « indirecte » des droits procéduraux au niveau de l'Union européenne, opérée par l'édition de règles minimales mais également par la Cour de justice de l'Union européenne (Section 1).

### Section 1 : L'harmonisation « directe » et « indirecte » des garanties procédurales au niveau de l'Union européenne

La protection des garanties procédurales est longtemps restée de la compétence unique des États membres, lesquels peuvent être sanctionnés au niveau supranational par la Cour de Strasbourg. Or l'essor de la coopération judiciaire et la consécration du principe de reconnaissance mutuelle ont mis en lumière la protection non uniformisée des garanties procédurales dans l'Union européenne, obstacle à la répression des infractions transnationales. Par ailleurs, on ne pouvait que regretter le manque d'intérêt de l'Union pour la protection des droits procéduraux dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, dont le développement était axée sur le volet « sécurité » plutôt que sur le volet « liberté », alors que « l'étroite relation entretenue entre le droit pénal et les libertés fondamentales exige au contraire une plus grande cohésion des garanties procédurales minimales »<sup>2198</sup>. L'apparition de ces insuffisances initia donc un mouvement harmonisateur « direct » et tardif des législations nationales, par la consécration législative de règles minimales communes à tous les États membres (§ 1). Cependant, face à l'inertie du pouvoir législatif, la juridiction de l'Union européenne avait déjà entamé une harmonisation jurisprudentielle indirecte des

---

<sup>2197</sup> C'est également le cas concernant l'organisation d'un contrôle juridictionnel de la preuve européenne par un instrument européen, afin de palier les déficiences des régimes nationaux. L'idée de saisir le développement du droit pénal européen comme une chance de surmonter les lacunes des systèmes nationaux, et plus largement des dérives de droit pénal, n'est pas nouvelle, v. P.-A. ALBRECHT et S. BRAUM, « Deficiencies in the Development of European Criminal Law », *op. cit.*, p. 297.

<sup>2198</sup> M.-H. DESCAMPS, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales », in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 88.

garanties procédurales au regard du droit communautaire, quoique timide en matière pénale (§ 2).

### § 1. L'harmonisation « directe » législative

L'harmonisation des droits procéduraux n'a jamais été expressément abordée par les traités avant l'adoption du traité de Lisbonne. En effet, le traité d'Amsterdam invitait au rapprochement des règles de droit pénal entre les États membres, par l'adoption progressive de règles minimales relatives au droit pénal matériel<sup>2199</sup>, et non au droit pénal procédural. À défaut d'une base légale explicite<sup>2200</sup>, les garanties procédurales n'ont fait l'objet d'aucun instrument global visant à leur harmonisation, en dépit de la volonté de certains États membres, et il fallut attendre 2010 pour voir l'adoption de directives ciblées (B). Pourtant, la réunion des législations nationales sur des règles minimales protectrices dans l'espace pénal européen était et reste nécessaire, particulièrement au regard de la recevabilité de la preuve européenne (A).

#### A. La nécessité de l'harmonisation directe des garanties procédurales

L'harmonisation des droits accordés à toute personne impliquée dans une procédure répressive est nécessaire en ce qu'elle va faciliter tant l'obtention que la recevabilité mutuelle des preuves (1). Pourtant, en l'absence de définition de l'« harmonisation » ou du « rapprochement » par les traités, l'édiction de règles minimales par voie de directive ne pourra qu'être limitée (2).

##### 1. L'intérêt de l'harmonisation des garanties procédurales au regard de la preuve européenne

Concernant la preuve pénale, des règles procédurales substantielles harmonisées pourraient faciliter la coopération judiciaire et donc l'obtention de la preuve européenne (a) mais également favoriser sa recevabilité en évitant son exclusion par la juridiction de jugement (b).

---

<sup>2199</sup> Relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables, v. Art. 29 et 31 e) du traité d'Amsterdam.

<sup>2200</sup> Ce point sera plus longuement discuté dans l'étude de l'harmonisation de la légalité formelle.

**397. La facilitation de la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle<sup>2201</sup>.**

L'harmonisation des droits procéduraux accordés par les législations nationales dans l'Union européenne est indissociable du développement de la reconnaissance mutuelle. Dès sa consécration au Conseil européen de Tampere, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, tout comme le rapprochement des législations nationales, sont envisagés comme un moyen de faciliter la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne<sup>2202</sup>. Le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe<sup>2203</sup> confirme un peu plus le lien étroit entre le développement de la reconnaissance mutuelle et le rapprochement des droits procéduraux. D'une part, la définition des règles minimales concernant des aspects du droit procédural est présentée comme un moyen de faciliter la reconnaissance mutuelle<sup>2204</sup> ainsi que la coopération judiciaire en matière pénale et donc par extension, l'obtention de preuves. D'autre part, le développement de la coopération judiciaire passe par le renforcement de la confiance mutuelle, laquelle repose sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevées<sup>2205</sup>. Par conséquent, on peut prudemment en déduire qu'une meilleure protection des droits procéduraux, si besoin assurée par l'établissement de normes minimales communes, participe à la construction de la confiance mutuelle nécessaire au bon fonctionnement des instruments de reconnaissance mutuelle<sup>2206</sup>. Cette volonté de favoriser la coopération judiciaire par l'harmonisation des droits fondamentaux fut la motivation constante de toutes les entreprises législatives en la matière des 10 dernières années<sup>2207</sup>.

La position initiale de l'Union quant au développement des droits procéduraux appelle cependant plusieurs remarques. En premier lieu, il ne ressort pas des développements en la matière un lien clair entre harmonisation et renforcement des droits fondamentaux. En effet, l'harmonisation réfère à l'établissement de normes minimales, qui peuvent consister à l'identification du plus petit dénominateur commun, alors que le renforcement des droits

---

<sup>2201</sup> V. en ce sens G. DE KERCHOVE, «La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général», in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, 2001, *op. cit.*, p. 117.

<sup>2202</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 33.

<sup>2203</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* n° C 12 du 15 jan. 2001, p. 10.

<sup>2204</sup> *Ibid.*, pt. 3.3.2.

<sup>2205</sup> *Ibid.*, pt. 3.2.

<sup>2206</sup> Le rapprochement des garanties procédurales « contribuera à créer une confiance mutuelle plus grande dans le système des autres États membres, ce qui augmentera à nouveau le degré d'acceptation de la légitimité de la coopération », D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 317. V. également sur ce point A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 144 et s.

<sup>2207</sup> Position consacrée par l'article 82 § 2 du TFUE.



fondamentaux participe à la confiance mutuelle et appelle à une protection accrue des garanties procédurales, quitte à œuvrer en faveur de la modification de la législation nationale des États les moins protecteurs. Ce lien n'est toujours pas évident aujourd'hui<sup>2208</sup>. Une seconde remarque peut être avancée sur la force du lien entre reconnaissance mutuelle et harmonisation des législations nationales : la reconnaissance mutuelle n'est pas une alternative à l'harmonisation pénale<sup>2209</sup>. Au contraire, son épanouissement est dépendant de l'harmonie des législations nationales, le rapprochement des droits procéduraux devenant alors la condition indispensable au bon fonctionnement de la coopération judiciaire et de l'enquête transnationale<sup>2210</sup>. Enfin, plus généralement, il est difficile de ne pas s'indigner quant au rôle accessoire qu'endossent les droits fondamentaux. L'adoption d'instruments protecteurs a été tardive par rapport à l'évolution rapide et privilégiée d'instruments orientés vers l'action répressive de l'Union<sup>2211</sup>, et l'on ne peut que se féliciter de la réduction progressive de ce déséquilibre<sup>2212</sup>. Pourtant, le fait que le développement des droits procéduraux au niveau de l'Union ne soit pas un objectif en soi, mais un moyen de soutenir un but répressif<sup>2213</sup>, est regrettable dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>2214</sup>.

### **398. Le rapprochement des procédures formelles de recueil de la preuve pénale.**

L'harmonisation des garanties procédurales peut favoriser le recueil de la preuve européenne

---

<sup>2208</sup> En effet, tant la directive du 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat que les deux directives relatives au droit à l'information et au droit à l'interprétation et à la traduction précédemment adoptées, sont prudentes quand au renforcement des droits fondamentaux en matière pénale ne demanderont que très peu de modifications des législations nationales. Mais il est possible d'y voir également un signe positif quant aux exigences de qualités des États membres qui étaient déjà hautes.

<sup>2209</sup> Alors que, paradoxalement, l'enthousiasme des autorités britanniques au développement de la reconnaissance mutuelle en matière pénale a pu être perçu comme un moyen de stopper les travaux d'harmonisation entrepris au sein de l'Union, G. DE KERCHOVE, «La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général», in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, 2001, *op. cit.*, p. 116.

<sup>2210</sup> A. KLIP soulève à juste titre que le CJUE a confirmé la nécessité du rapprochement des législations nationales au regard de la bonne coopération judiciaire en matière pénale, dans l'affaire *Advocaten voor de Wereld VZW* en 2007, A. KLIP, *European Criminal Law - An integrative approach*, 2012, *op. cit.*, p. 363.

<sup>2211</sup> En témoignent les nombreux instruments adoptés ces dernières années dans des divers domaines comme par exemple la décision-cadre du Conseil 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (modifiée en 2008), la directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, ou encore, la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé.

<sup>2212</sup> V. en ce sens S. MANACORDA, «Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal», *op. cit.*, p. 881.

<sup>2213</sup> La facilitation « de la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontalière », art. 82 § 2 du TFUE.

<sup>2214</sup> Sur la contribution limitée du rapprochement des législations pénales au développement du pôle bouclier dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, v. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 182.

de deux façons. Comme développé ci-dessus, le renforcement de la confiance mutuelle par les droits procéduraux participe de façon générale à une exécution facilitée des décisions judiciaires émanant d'autorités compétentes d'un autre État membre. Sans faire peser une présomption de légalité sur la décision ou demande d'exécution d'une mesure d'enquête, la décision émise est supposée conforme aux hautes exigences protectrices communes, annihilant les réticences quant à l'acceptation de la décision/demande par les autorités de réception/requises. Dans le même temps, le rapprochement des garanties procédurales participe indirectement à la bonne exécution effective de la mesure d'enquête transnationale en opérant au préalable une harmonisation du droit procédural. En effet, le renforcement des droits de la personne suspectée ou accusée durant la phase précontentieuse affecte la procédure formelle de recueil de la preuve et conduit au rapprochement des mesures d'enquête nationales. Par conséquent, l'exécution effective d'une mesure décidée/requise selon certaines formalités par les autorités de réception/requise<sup>2215</sup> n'en sera que facilitée, celles-ci n'ayant que peu ou pas d'efforts à fournir pour se plier aux exigences requises.

*b. L'intérêt quant au contrôle de la recevabilité de la preuve*

**399. La facilitation du contrôle juridictionnel des preuves recueillies à l'étranger.** L'étude approfondie du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve en Belgique, en France et au Royaume-Uni<sup>2216</sup> nous a conduit au constat suivant : peu importe le mécanisme d'exclusion de la preuve proposé par l'État membre, le respect de la légalité formelle lors du recueil de la preuve n'est pas une condition indispensable à sa recevabilité, alors que l'équité de la procédure en est le critère commun déterminant. Le respect des droits procéduraux accordés aux parties et plus particulièrement à la défense est unanimement vérifié par les autorités chargées du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve. Or, les interprétations législatives ou jurisprudentielles données au concept de « procès équitable » peuvent largement diverger d'un État membre à un autre, la conséquence étant qu'une preuve considérée comme recevable dans un État pourra être exclue dans un autre, pour un motif identique, la violation de l'équité de la procédure. Un renforcement des garanties procédurales conduisant à leur harmonisation pourra alors contribuer indirectement à l'harmonisation de la recevabilité de la preuve pénale en imposant une unité d'interprétation

---

<sup>2215</sup> L'application de l'adage *forum regit actum* se retrouve tant dans les instruments d'entraide judiciaire améliorée, que dans les instruments de reconnaissance mutuelle, v. même partie, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2216</sup> V. Première partie, Titre 2.

aux juridictions nationales<sup>2217</sup>. Cependant, pour que l'harmonisation porte ses fruits, elle doit surmonter certains obstacles.

## 2. Les difficultés d'une harmonisation directe des garanties procédurales

**400. L'utilité limitée d'une harmonisation minimale.** Aussi difficile que l'entreprise puisse être, l'harmonisation des garanties procédurales ne saurait se restreindre à l'identification de normes communes minimales, ou à la proclamation de droits vagues et imprécis. Au contraire, afin d'être véritablement profitable tant aux justiciables qu'aux autorités judiciaires coopérant, l'harmonisation doit impliquer un renforcement des garanties procédurales par leur définition plus précise.

Les premières ambitions de la Commission en 2003<sup>2218</sup>, à travers la consultation des États membres, étaient d'identifier les droits procéduraux communs, afin « d'accroître la visibilité et l'efficacité de la mise en œuvre de ces normes au niveau de l'Union européenne »<sup>2219</sup>. Or la recherche du plus petit dénominateur commun ne participe pas à la construction de la confiance mutuelle mais au contraire à la création d'un climat de méfiance, des États les plus protecteurs envers les États offrant le moins de garanties procédurales. L'harmonisation devrait au contraire tendre au rapprochement des régimes les moins protecteurs vers les plus généreux, plutôt que d'entraîner un nivellement par le bas des droits et garanties procédurales des personnes impliquées dans une procédure pénale dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>2220</sup>. Par ailleurs, la détermination de normes minimales communes n'appelle à aucune harmonisation<sup>2221</sup>, il faut au contraire un rehaussement de ces garanties procédurales minimales pour parvenir à une plus grande cohésion<sup>2222</sup>.

La précision doit caractériser l'établissement de normes minimales communes. Bien que ce moyen ne soit pas privilégié par les États<sup>2223</sup>, il semble inutile de proclamer des droits

---

<sup>2217</sup> « Le rapprochement des législations pénales est également fondamental dans la mesure où il permet de réduire l'inégalité ou les différences de traitement entre justiciables », A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 185. Cette analyse est transposable au niveau de la question probatoire, la défense ayant ainsi les mêmes chances de voir une preuve irrégulièrement recueillie exclue devant toutes les juridictions compétentes des États membres.

<sup>2218</sup> Commission européenne, Livre vert relatif aux garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 19 fév. 2003, COM(2003) 75 final.

<sup>2219</sup> *Ibid.*, pt. 1.7.

<sup>2220</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 151.

<sup>2221</sup> Cf. § n° 405.

<sup>2222</sup> M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 88.

<sup>2223</sup> « Et même si la Commission tentait des définitions précises, il y a fort à parier que les États membres préféreraient, s'agissant de règles qui vont devoir être transposées en règles nationales, éviter des

vagues et imprécis, tels que la présomption d'innocence ou le droit à un procès équitable, lesquels peuvent être librement interprétés par les juridictions nationales, éloignant un peu plus tout objectif d'harmonisation.

**401. Les limites de l'action de l'Union, imposées par le traité de Lisbonne.** Alors que les premiers travaux relatifs à l'harmonisation des droits procéduraux souffraient d'un déficit de base légale sur laquelle se développer<sup>2224</sup>, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne donne expressément compétence au Parlement européen et au Conseil pour établir des règles minimales portant sur les droits des personnes dans la procédure pénale, mais également sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres<sup>2225</sup>. Or, cette action ne peut être mise en œuvre qu'uniquement dans le but de faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière. Outre « l'accessoirisation »<sup>2226</sup> regrettable des droits fondamentaux, cette formulation peut éventuellement constituer une source de conflit lors des négociations relatives aux instruments d'harmonisation, la facilitation de la reconnaissance mutuelle étant susceptible de contestations<sup>2227</sup>.

**402. Les spécificités nationales, un frein à l'harmonisation des garanties procédurales ?** Il convient enfin de s'interroger sur la faisabilité d'une harmonisation des garanties procédurales au sein de l'Union européenne, compte-tenu des spécificités nationales, plus particulièrement au niveau de la phase pré-sententielle. Le couple historique accusatoire/inquisitoire est souvent présenté comme résumant l'essentiel des divergences entre États membres. Il est vrai que de nombreuses particularités propres aux régimes de *Common law* et aux régimes de droit continental sont issues de ces traditions juridiques comme l'emblématique juge d'instruction en France, en Belgique ou en Espagne, ou le jury populaire au Royaume-Uni. Cependant, cette distinction n'a plus réellement lieu d'être

---

formulations trop contraignantes qui risqueraient de mettre en lumière certaines défaillances de leur législation existante. », Se. DE BIOLLEY, « L'harmonisation des procédures », in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 126.

<sup>2224</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 105.

<sup>2225</sup> Art. 82 § 2 b) et a) du TFUE.

<sup>2226</sup> Sur l'harmonisation pénale accessoire, concernant l'art. 83 § 1 du TFUE, mais dont les remarques peuvent largement d'appliquer à l'art. 82 § 2 du TFUE, v. A. BERNARDI, « L'harmonisation pénale accessoire », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGUES (dir), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 153.

<sup>2227</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 110. M. MASSÉ soulève également ce problème : « En faveur du rapprochement, on peut dire qu'il subsiste dans les textes et que le critère de sa nécessité est susceptible d'appréciations diverses, évolutives, contingentes, voire purement politiques. Je ne crois pas, mais je peux me tromper, que la Cour de Justice le définisse jamais. », M. MASSÉ, « La reconnaissance mutuelle », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGUES (dir), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 212.

aujourd'hui, chaque régime national connaissant de « multiples entorses, atténuations, aménagements »<sup>2228</sup>. En effet, comme nous l'avons démontré dans l'étude comparative des législations nationales anglaise, belge et française relative à la légalité de la preuve<sup>2229</sup>, sous l'influence, tant des objectifs d'efficacité répressive, caractéristiques de la société moderne, que des exigences de protection accrue des droits individuels, l'hétérogénéité a été minimisée. Quelques exemples témoignent de ces rapprochements, par l'amoindrissement des divergences tout d'abord. Le juge d'instruction, symbole de la procédure inquisitoire, est désormais une figure mal-aimée du pouvoir politique, appelant régulièrement à sa suppression, ou marginalisant son intervention<sup>2230</sup>. Dans le même temps, l'autonomie des autorités policières au Royaume-Uni est quelque peu réduite par l'implication grandissante du *Crown Prosecution Service*. Les rapprochements se manifestent également par l'adoption des procédures similaires. C'est le cas de la recherche des preuves, à charge et à décharge : en France, en Belgique, comme au Royaume-Uni, la défense a acquis la possibilité de demander l'exécution de certaines mesures d'enquête, mais également le droit de consulter les preuves recueillies par l'accusation, alors que le système accusatoire prônait l'absence d'interaction des parties dans la phase d'enquête<sup>2231</sup> et que le système inquisitoire laisse traditionnellement le champ libre à l'autorité d'instruction de recueillir les preuves à charge et à décharge<sup>2232</sup>. Ces exemples ne sont qu'une mince illustration des points de convergences des régimes nationaux. Il ne s'agit pas là de prédire l'évolution des procédures nationales vers une procédure commune mixte, mais de façon plus mesurée, montrer que les législations nationales ne sont pas ancrées dans un certain modèle, hermétique à toute modification et que les efforts à fournir, s'ils restent mesurés, ne sont juridiquement pas insurmontables et ne mettraient pas en péril « l'identité procédurale » des États membres.

Cette position peut être renforcée par l'analyse des négociations relatives à la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux de 2004<sup>2233</sup>. Parmi les

---

<sup>2228</sup> F. TULKENS, «La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux», in *Procès pénal et droits de l'homme - vers une conscience européenne*, 1992, *op. cit.*, p. 38. V. également le numéro de la Revue internationale de droit pénal dédié au sujet, « Inquisitoire-Accusatoire, un écroulement des dogmes en procédure pénale ? », 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trim., 1997.

<sup>2229</sup> Cf. Première partie.

<sup>2230</sup> Comme précédemment évoqué, en France et en Belgique, seulement entre 5 et 10% des affaires pénales passent entre les mains d'un juge d'instruction. Par ailleurs, en Espagne, où le juge d'instruction reste une autorité très présente, la question de sa suppression fait l'objet de débats récurrents. En Allemagne, le juge d'instruction a été supprimé depuis presque 40 ans, et depuis 1988 en Italie. V. Rapport du Sénat n° LC 195, « L'instruction des affaires pénales », Les documents de travail du sénat, Série Législation comparée, mars 2009.

<sup>2231</sup> Chaque partie ayant la responsabilité d'apporter les preuves en sa faveur.

<sup>2232</sup> J. R. SPENCER, «Why the harmonisation of penal law necessary?», in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 45.

<sup>2233</sup> Cf. *infra*.

obstacles avancés par les États membres à l'égard du projet, aucun ne concernait l'importance des différences procédurales. L'absence de base légale, la crainte d'un abaissement des droits fondamentaux, ou encore le risque du développement de jurisprudences divergentes entre la Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg étaient des arguments avancés<sup>2234</sup> mais la réelle difficulté tenait du manque de volonté politique étatique<sup>2235</sup>. Ceci nous amène à considérer le choix des moyens grâce auxquels l'harmonisation des garanties procédurales peut être achevée.

## B. Les moyens de l'harmonisation directe : l'étude des instruments

Si la volonté de renforcer les garanties procédurales des personnes accusées en matière pénale dans l'Union européenne n'a que récemment été matérialisée par l'adoption de trois directives ciblées sur le droit à la traduction et à l'interprétation, le droit à l'information et le droit à l'assistance d'un avocat (2), elle a été clairement exprimée dès le début des années 2000 par l'engagement d'un processus consultatif de grande envergure, lequel n'a pu déboucher sur un consensus des États membres à propos de l'adoption d'un instrument global<sup>2236</sup> (1).

### 1. La proposition de décision-cadre relative aux garanties procédurales : l'échec d'une approche globale

**403. Le résultat d'une consultation globale.** L'entreprise initiale de la Commission était ambitieuse. Suite à une première consultation destinée à dresser un état des lieux des garanties procédurales existantes en 2002<sup>2237</sup>, le livre vert relatif aux garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne<sup>2238</sup> fut présenté, dans le but de déterminer les normes minimales en la matière communes à tous les États membres<sup>2239</sup>. À travers trente-cinq questions, la Commission avait pour objectif de se pencher sur quelques aspects spécifiques du droit à un

<sup>2234</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 300.

<sup>2235</sup> Sur les résistances des États à revoir leur droit interne, v. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 117 et s.

<sup>2236</sup> Pour un récapitulatif de l'évolution des négociations, v. C. MORGAN, «Le rapprochement des procédures pénales - Procedural safeguards», *R.I.D.P.*, vol. 77, 2006, p. 307.

<sup>2237</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 297.

<sup>2238</sup> Commission, Livre vert relatif aux garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 19 fév. 2003, COM(2003) 75 final.

<sup>2239</sup> « Le présent livre vert n'a pas pour objectif de créer de nouveaux droits ni de contrôler le respect de droits existants au titre de la CEDH ou d'autres instruments, mais plutôt de présenter les droits existants que la Commission considère comme fondamentaux et de favoriser leur visibilité », *ibid.*, p. 16.

procès équitable : l'aide judiciaire et à l'assistance juridique, l'interprétation et la traduction des documents principaux, l'information des droits dont l'accusé ou le suspect bénéficie, la protection adéquate des suspects ou accusés vulnérables, et enfin, l'assistance consulaire aux détenus étrangers. En revanche, la question de la preuve pénale et du traitement équitable en ce qui concerne les éléments de preuve était expressément exclue des travaux, la Commission estimant que ce vaste sujet devait faire l'objet d'une étude spécifique ultérieure<sup>2240</sup>.

Malgré des critiques relatives au manque d'ambition de l'initiative, en ce qu'elle devrait insister sur l'amélioration des normes minimales en prenant l'exemple des États offrant les systèmes les plus protecteurs, plutôt que se contenter d'établir un catalogue des normes minimales communes à chaque État<sup>2241</sup>, le projet fut globalement soutenu par les praticiens<sup>2242</sup>, les organisations non-gouvernementales<sup>2243</sup>, et dans une moindre mesure, par les États membres<sup>2244</sup>. La Commission déposa alors rapidement une proposition de décision-cadre.

**404. L'échec de la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux<sup>2245</sup>.** Dans la lignée du livre vert, la proposition de décision-cadre visait à « définir des normes minimales communes concernant certains droits procéduraux à accorder dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne »<sup>2246</sup>, pour en encourager le respect systématique<sup>2247</sup>. La proposition concernait cinq droits procéduraux :

---

<sup>2240</sup> Étaient également exclus les sujets relatifs à la mise en liberté provisoire sous caution, au principe « ne bis in idem », aux procédures par défaut, ou encore aux victimes de la criminalité, *ibid.*, p. 18.

<sup>2241</sup> V. par exemple la réponse du Conseil des Barreaux de l'Union européenne au livre vert sur les garanties procédurales, mai 2003, p. 3.

<sup>2242</sup> Dans sa réponse, la Law Society of England and Wales « se félicite de la publication du livre vert, qu'elle considère comme une étape importante dans le développement de la confiance mutuelle entre les États membres en matière de protection des personnes », v. l'exposé des motifs de la proposition de décision-cadre relative aux droits procéduraux, p. 5, note de bas de page 14.

<sup>2243</sup> Pour l'organisation non-gouvernementale britannique Liberty, le projet visé par le livre vert est admirable et mérite d'être soutenu, v. la réponse de Liberty au livre vert relatif aux garanties procédurales, mai 2003, p. 3.

<sup>2244</sup> Les représentants des États membres étaient partagés sur l'opportunité d'un instrument juridiquement contraignant en la matière, mais également sur la mise en œuvre technique de l'instrument, notamment au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 298. V. par exemple, l'intervention de Monsieur le Sénateur Fauchon lors de la discussion du livre vert au Sénat français le 29 avril 2003, remettant en cause tant l'opportunité d'adopter un tel instrument à un stade de développement si peu avancé de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, que le respect du principe de subsidiarité, ou la base juridique de l'instrument.

<sup>2245</sup> Commission européenne, Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 28 avr. 2004, COM(2004) 328 final, 2004/0113 (CNS).

<sup>2246</sup> *Ibid.*, exposé des motifs, p. 2.

<sup>2247</sup> *Ibid.*, exposé des motifs, p. 3. La Commission vise ainsi à une action préventive plutôt que réactive en la matière, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme qui est une juridiction de dernier recours.

- le droit à l'assistance d'un avocat, avant comme pendant le procès, dans les meilleurs délais, tout au long de la procédure, et avant de répondre aux questions relatives aux accusations dirigées contre lui (art. 2, 3, 4, 5) ;
- l'accès gratuit aux services d'un interprète et d'un traducteur pour tous les documents utiles (art. 6, 7, 8, 9) ;
- la garantie pour les personnes incapables de comprendre ou de suivre la procédure en raison de leur âge, de leur état mental, physique, ou émotionnel, de bénéficier d'une attention adéquate (art. 10, 11) ;
- la communication de la personne placée en détention, avec ses proches, son employeur ou avec les autorités consulaires dans le cas des suspects étrangers (art. 12, 13) ;
- l'information des suspects au sujet de leurs droits par la remise d'une « déclaration des droits » écrite (art. 14).

Bien que le programme de La Haye ait fait de l'adoption de la proposition une priorité, les contraintes relatives au processus décisionnel d'unanimité ont rendu les négociations très difficiles<sup>2248</sup>. Six États<sup>2249</sup> se montrèrent particulièrement réticents à l'adoption de l'instrument, en opposant des arguments précis tels que les risques de divergence entre la jurisprudence de la Cour du Luxembourg et celle de la Cour de Strasbourg, ou les dangers qu'un tel instrument pouvait représenter pour leur souveraineté nationale<sup>2250</sup>. Malgré de multiples relances, le projet ne put parvenir à convaincre l'unanimité des États membres, et fut abandonné en 2007<sup>2251</sup>.

**405. Les défaillances de cette première approche harmonisatrice.** Si l'entreprise de la Commission était a priori louable, on peut cependant douter des réels bénéfices que les justiciables auraient pu tirer d'un tel instrument. D'une part, comme quelques intervenants l'ont justement mentionné dans leurs réponses au livre vert de 2003, la première consultation manquait d'ambition, son but n'étant que d'identifier les normes minimales communes et de les rendre plus visibles. Les standards établis étaient donc ceux de l'État membre le moins protecteur des droits fondamentaux procéduraux en matière pénale. L'harmonisation est un

<sup>2248</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 104.

<sup>2249</sup> Chypre, Irlande, Malte, Slovaquie, République tchèque et Royaume-Uni, v. D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 300.

<sup>2250</sup> *Ibid.*, p. 301. V. également pour un résumé des arguments contre le projet C. MORGAN, «Proposal for a Framework Decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union», *ERA-Forum*, vol. 4, 2003, p. 95. Pour une analyse académique, v. H. LABAYLE, «Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage», in *Individuals guarantees in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 153.

<sup>2251</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 304.



moyen de réduire les points de tension et de conflit entre les législations nationales et de rapprocher les différents systèmes juridiques<sup>2252</sup>. Elle suppose ainsi un effort de modification, tout du moins pour les systèmes les plus contrastés. Or, énoncer les points de convergences des législations nationales ne poursuit apparemment aucun but d'harmonisation, ni de renforcement des garanties procédurales<sup>2253</sup>. D'autre part, parvenir à une harmonisation des garanties procédurales aurait nécessité que la Commission se penche sur l'encadrement clair et précis de certains concepts tels que « dans les meilleurs délais », « avant de répondre à des questions relatives aux accusations dirigées contre lui »<sup>2254</sup>, ou « détention provisoire »<sup>2255</sup>, afin d'éviter une interprétation divergente de ces notions par les autorités nationales.

## 2. L'harmonisation des garanties procédurales concrétisée

Bénéficiant d'une base légale indiscutable, les travaux d'harmonisation ont repris après l'adoption du traité de Lisbonne, en privilégiant cette fois une approche ciblée (a). L'instrument prévu à cet effet, la directive, ne peut cependant permettre une harmonisation maximale des garanties procédurales (b).

### *a. Le succès d'une approche ciblée*

**406. L'affaïssement des obstacles à l'adoption.** La Commission n'a pas attendu la « mort » annoncée de la proposition de décision-cadre pour relancer les travaux en la matière<sup>2256</sup>, mais face à l'échec des premières négociations, une approche plus ciblée fut préférée. Dès 2009, une feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales<sup>2257</sup> traça les grandes lignes prochainement suivies par le législateur européen en la matière. Dans la lignée

---

<sup>2252</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2011, *op. cit.*, v<sup>o</sup> harmonisation.

<sup>2253</sup> De l'aveu même de la Commission, la proposition de décision-cadre n'aurait pas eu pour « résultat de faire peser une charge intolérable sur les États membres, puisque sur le fond, les dispositions confirment pour l'essentiel des droits existants, tels que consacrés par la CEDH et la jurisprudence correspondante », v. l'exposé des motifs de la proposition de décision-cadre relative aux droits procéduraux du 28 avr. 2004.

<sup>2254</sup> Art. 2 de la proposition de décision-cadre relative aux droits procéduraux du 28 avr. 2004.

<sup>2255</sup> Art. 12 de la proposition de décision-cadre relative aux droits procéduraux du 28 avr. 2004.

<sup>2256</sup> La Commission a confié en 2005 la conduite des travaux sur les droits procéduraux dans les procédures répressives dans l'Union européenne. Pour les résultats de cette étude, v. T. SPRONKEN, G. VERMEULEN, D. DEVOCHT, et al., *EU Procedural safeguards in criminal proceedings*, Anvers, Maklu, 2009. L'étude complète est accessible à l'adresse <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=16315>.

<sup>2257</sup> Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n<sup>o</sup> C 295, du 4 déc. 2009, p. 1.

des précédents travaux, cinq mesures spécifiques étaient envisagées<sup>2258</sup> : la traduction et l'interprétation, l'information relative aux droits et à l'accusation, l'assistance d'un conseiller juridique et l'aide juridictionnelle, la communication avec les proches, employeurs et autorités consulaires, les garanties particulières pour les suspects ou personnes poursuivis qui sont vulnérables. Si la substance de l'entreprise normative restait la même, les négociations ont pu bénéficier de conditions beaucoup plus favorables, grâce à l'adoption du traité de Lisbonne. En premier lieu, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fournit la base juridique qui, pour certains États, faisait défaut dans les premières négociations. Ainsi, l'article 82 § 2 du traité FUE prévoit expressément la compétence de l'Union pour établir des règles minimales, dans le but de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et la coopération judiciaire et policière dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, ces règles pouvant porter sur les droits des personnes dans la procédure pénale<sup>2259</sup>. En second lieu, les mesures peuvent désormais être adoptées par voie de directives, conformément à la procédure législative ordinaire<sup>2260</sup>. Enfin, le Royaume-Uni et l'Irlande, fervents opposants à la décision-cadre relative aux droits procéduraux, ne seront associés au processus législatif que s'ils en expriment le souhait<sup>2261</sup>, réduisant ainsi l'éventualité d'un blocage de l'adoption de l'instrument.

**407. L'adoption successive de trois directives.** En opposition à la longueur des négociations de la décision-cadre, trois directives furent proposées et adoptées en seulement trois années. La première directive adoptée fut celle relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales<sup>2262</sup>. Le champ d'application de la directive est large et plus protecteur que celui de la proposition de 2003 : le droit à l'interprétation et à la traduction peut être exercé dans le cadre de procédures pénales<sup>2263</sup>, dès le moment où les personnes sont informées par les autorités compétentes d'un État membre ou par tout autre moyen, qu'elles sont suspectées ou poursuivies pour avoir commis une infraction, jusqu'au

---

<sup>2258</sup> Une sixième mesure est envisagée, mais seulement par la voie d'un livre vert pour l'instant, sur la détention provisoire.

<sup>2259</sup> Art. 82 § 2 b) du TFUE.

<sup>2260</sup> Les actes sont conjointement adoptés par le Conseil et par le Parlement européen, sur proposition de la Commission (art. 289 et 294 du TFUE) et ne sont donc plus soumis à la règle de l'unanimité.

<sup>2261</sup> Conformément au protocole 21 au traité de Lisbonne, le Royaume-Uni et l'Irlande sont par défaut exclus du processus législatif en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à moins qu'ils en expriment le souhait dans un délai de trois mois à partir de la présentation au Conseil d'une proposition ou d'une initiative. V. à ce sujet : H. LABAYLE, « Within you, without you : l'opt-out britannique en matière d'entraide répressive », *Europe*, n° 2, étude 2, fév. 2013.

<sup>2262</sup> Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 280, du 26 oct. 2010, p. 1. La directive se base sur la proposition originelle de décision-cadre en la matière du 8 juil. 2009, et la proposition de directive du 9 mars 2010.

<sup>2263</sup> Également dans le cadre des procédures relatives à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

terme de la procédure<sup>2264</sup>. Concrètement, un suspect ou une personne poursuivie qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue doit se faire proposer sans délai et gratuitement les services d'un interprète, y compris durant les interrogatoires de police<sup>2265</sup>. En ce qui concerne la traduction écrite, elle doit être assurée pour tous les documents essentiels à l'exercice des droits de la défense<sup>2266</sup>, comme par exemple les décisions privatives de liberté<sup>2267</sup>, les charges ou tout autre acte d'accusation, et tout jugement<sup>2268</sup>.

Cette directive a rapidement été suivie par la directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales<sup>2269</sup>. Concrètement, toute personne doit être informée de ses droits, par oral ou par écrit, par les autorités compétentes, à partir du moment où ces autorités l'avertissent qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction ou poursuivie à ce titre<sup>2270</sup>. Dans tous les cas, si la personne est arrêtée, placée en garde à vue ou en détention provisoire, elle doit recevoir rapidement une déclaration de droit écrite, qu'elle peut garder pendant toute la durée de la privation de liberté<sup>2271</sup>. La directive dresse une liste de droits procéduraux au sujet desquels la personne suspectée ou poursuivie doit être informée : le droit à l'assistance d'un avocat, le droit de bénéficier de conseils juridiques gratuits et les conditions d'obtention de tels conseils, le droit d'être informé de l'accusation portée contre soi<sup>2272</sup>, le droit à l'interprétation et à la traduction, et le droit de garder le silence. En outre, lorsque la personne est privée de liberté, la déclaration de droits doit être en mesure de la renseigner sur le droit d'accès gratuitement aux pièces du dossier<sup>2273</sup> tel qu'il est organisé au niveau national, mais également sur le droit d'informer les autorités consulaires et un tiers, le

---

<sup>2264</sup> Art. 1<sup>er</sup> § 2 de la directive du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction.

<sup>2265</sup> Art. 2 § 1, *ibid.*

<sup>2266</sup> Art. 3 § 1, *ibid.*

<sup>2267</sup> Et donc la décision de placement en garde à vue.

<sup>2268</sup> Art. 3 § 2 de la directive du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction. La liste n'est pas exhaustive. Les autorités compétentes décident ponctuellement si un document est essentiel ou pas, sur demande de l'intéressé ou spontanément. Cette décision peut être contestée.

<sup>2269</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 142, du 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 1. Le Royaume-Uni et l'Irlande ont décidé de participer à la directive (opt-in).

<sup>2270</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>2271</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>2272</sup> La personne suspectée ou poursuivie doit être informée de l'acte pénalement sanctionné qu'elle est soupçonnée ou accusée d'avoir commis, rapidement et de façon suffisamment détaillée pour garantir l'équité de la procédure. Pourtant, la directive précise que les informations détaillées sur l'accusation doivent être communiquées au plus tard au moment où la juridiction est appelée à se prononcer sur le bien fondé de la condamnation, ce qui n'apporte aucun véritable renforcement des droits des personnes poursuivies à ce niveau-là (art. 6).

<sup>2273</sup> La directive ne consacre pas un accès large aux pièces du dossier. En effet, l'article 7 prévoit, pour les personnes détenues, l'accès aux pièces du dossier afin de contester la légalité de la mesure privative de liberté, mais également à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge. Cependant, l'accès aux preuves matérielles peut être retardé jusqu'à l'audience de fond, voire refusé lorsque par exemple, cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux des tiers, ou est nécessaire à la préservation d'un intérêt public important (art. 7). Par ailleurs, cet accès n'est pas étendu aux personnes non privées de liberté.

droit d'accès à une assistance médicale, ainsi que le nombre maximum d'heures ou de jours que peuvent durer la privation de liberté préalable à la comparution devant une autorité judiciaire<sup>2274</sup>. Enfin, la directive va plus loin en consacrant l'accès au dossier pour toute personne privée de liberté, à n'importe quel stade de la procédure, et donc durant la garde à vue<sup>2275</sup>.

Enfin, la mesure C de la feuille de route de 2009 visant à renforcer les droits procéduraux vient récemment d'être concrétisée par l'adoption de la directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales<sup>2276</sup>. Le texte s'appuie en partie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière<sup>2277</sup>. Désormais, toute personne suspectée ou poursuivie pour avoir commis une infraction pénale, qu'elle soit privée de liberté ou non, bénéficie du droit d'accès à un avocat et d'informer un tiers de la privation de liberté le cas échéant, dès le moment où elle est informée par les autorités compétentes qu'elle est suspectée ou poursuivie<sup>2278</sup>. Par conséquent, l'intervention de l'avocat doit être proposée au suspect ou à la personne poursuivie dans le cadre de la garde à vue<sup>2279</sup>, mais également lors d'audition libre<sup>2280</sup>, ce qui n'était le cas ni en France, ni en Belgique. Ce droit d'accès recouvre non seulement le droit pour les suspects ou accusés de rencontrer leur représentant en privé, avant tout interrogatoire, mais également le droit à la participation effective de l'avocat durant les interrogatoires, conformément aux procédures de droit national<sup>2281</sup>. Au niveau des délais, si

---

<sup>2274</sup> Art. 3 § 2 de la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

<sup>2275</sup> Art. 7 § 1, *ibid.* : « Lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat. » Ce droit n'est cependant pas absolu et peut être restreint selon les conditions prévues par le même article.

<sup>2276</sup> Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294 du 6 nov. 2013, p. 1.

<sup>2277</sup> V. paragraphe 2. On peut d'ailleurs raisonnablement penser que le travail préalable des juges européens a facilité les négociations car une amélioration du régime de l'assistance de l'avocat semblait alors inéluctable.

<sup>2278</sup> Art. 1<sup>er</sup> et 2 de la directive du 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat. Les dispositions énoncées s'appliquent également aux personnes faisant l'objet d'une procédure relative au mandat d'arrêt européen.

<sup>2279</sup> « En tout état de cause, la présente directive s'applique pleinement lorsque le suspect ou la personne poursuivie est privé de liberté à quelque stade que ce soit de la procédure pénale », art. 3 § 4, *ibid.*

<sup>2280</sup> Même dans le cas où la personne interrogée librement, en tant que témoin par exemple, devient suspecte au cours de l'interrogatoire de police, art. 3, *ibid.* Cette disposition est en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. aff *Brusco c. France*, *infra*).

<sup>2281</sup> Art. 3 § 3 de la directive du 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat. En ce qui concerne l'étendue de la participation effective, le considérant (25) de la directive précise que lors d'un interrogatoire par des autorités policière ou toute autre autorité répressive ou judiciaire, l'avocat peut, entre autres, poser

aucune limite temporelle n'est imposée par la directive, l'intervention de l'avocat doit avoir lieu dans un délai et selon des modalités permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits de la défense de manière concrète et effective, ce qui, par exemple, ne peut être après qu'elles aient été interrogées par la police ou à l'issue d'un retard indu après la privation de liberté<sup>2282</sup>. Il faut cependant noter que le droit d'accès à un avocat durant la phase préalable au procès pénal n'est pas absolu, et peut souffrir de dérogation temporaire. C'est le cas lorsque l'éloignement géographique ne permet pas à l'avocat d'arriver rapidement après la privation de liberté<sup>2283</sup>, lorsqu'il existe une nécessité urgente de prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne<sup>2284</sup>, ou lorsqu'il est impératif que les autorités qui procèdent à l'enquête agissent pour éviter de compromettre sérieusement une procédure pénale<sup>2285</sup>. Si les cas présentés peuvent en pratique être régulièrement rencontrés par les autorités compétentes, l'application des dérogations temporaires est rigoureusement encadrée<sup>2286</sup> : elle doit être proportionnée et nécessaire, d'une durée strictement limitée, ne pas être fondée exclusivement sur la nature ou la gravité de l'infraction, tout en préservant l'équité générale de la procédure, et ne peut résulter que d'une décision judiciaire, dûment motivée.

Plus concrètement, au regard de la question probatoire, la directive aborde principalement les conditions encadrant le recueil des preuves et dans une moindre mesure, leur admissibilité. En premier lieu, la directive envisage dans les grandes lignes les conditions d'obtention des déclarations du suspect ou de l'accusé, notamment lors de l'enquête de police, alors que le suspect se situe dans une situation vulnérable au cours de laquelle il va assister et participer à la mise en marche de la « machine répressive ». Durant cette phase, le rôle de l'avocat est grandement renforcé : il doit désormais être présent lors des interrogatoires, que le suspect soit placé en garde à vue ou non. Certaines mesures d'enquêtes sont également expressément visées par la directive, impliquant l'avocat dans le processus de recherche ou de recueil de la preuve. Ainsi, pour les séances d'identification des suspects<sup>2287</sup>, confrontations<sup>2288</sup> et reconstitutions de la scène de crime<sup>2289</sup> nécessitant ou autorisant la

---

des questions, demander des clarifications et faire des déclarations, ce qui sera consigné. En revanche, si la panoplie des prérogatives accordées à l'avocat n'est pas limitative, il n'est pas précisé si l'avocat peut donner des conseils à son client comme lui demander de ne pas répondre à cette question, s'il peut demander un entretien confidentiel supplémentaire, ou exiger la reformulation de la question.

<sup>2282</sup> Art. 3 § 3 a), *ibid.*

<sup>2283</sup> Art 3 § 5, *ibid.*

<sup>2284</sup> Art. 3 § 6 a), *ibid.*

<sup>2285</sup> Art. 3 § 6 b), *ibid.*

<sup>2286</sup> Art. 8, *ibid.*

<sup>2287</sup> Mesures dans lesquelles le suspect ou l'accusé figure avec d'autres personnes afin d'être identifié par une victime ou un témoin, v. considérant (26), *ibid.*

<sup>2288</sup> Mesures au cours desquelles le suspect ou l'accusé est mis en présence d'un ou plusieurs témoins ou victimes lorsqu'il existe entre ces personnes un désaccord sur des faits ou des éléments importants, *ibid.*

présence d'un suspect, la présence de l'avocat est requise<sup>2290</sup>. Au regard de la recevabilité de la preuve pénale, l'ambition première de la Commission fut de se conformer à la jurisprudence européenne. La proposition de directive du 8 juin 2011 envisageait expressément l'exclusion tant des déclarations recueillies que des éléments de preuves obtenus suite à une violation du droit d'accès à un avocat, en proscrivant leur utilisation, à tous les stades de la procédure<sup>2291</sup>. La Commission laissait cependant une marge de discrétion aux États, l'utilisation restant possible si elle ne portait pas atteinte aux droits de la défense. Cette disposition fut vivement rejetée par les États membres durant les négociations, estimant que les juges ne devaient recevoir aucune instruction quant à leur travail d'appréciation de telles déclarations<sup>2292</sup>. Elle est donc absente de l'article 12 de la directive adoptée en octobre : l'utilisation de la preuve obtenue en violation du droit à un avocat est validée par l'instrument européen, tant que les droits de la défense et l'équité de la procédure sont respectés lors que l'appréciation de ces déclarations. Cette dernière formulation est troublante. À partir du moment où la preuve est considérée comme recevable car ne portant pas atteinte aux droits de la défense et à l'équité procédurale, elle sera appréciée librement par le juge pénal. Mais que signifie une appréciation conforme aux droits de la défense d'une preuve illégale ? Est-ce la nécessité d'apporter des preuves corroborantes ? Comment remettre en cause l'appréciation subjective de la preuve présentée devant le juge en estimant que celle-ci porte atteinte aux droits de la défense ? Outre la difficulté de saisir le sens de cette disposition, elle est bien en deçà des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, ayant établi qu'il est porté irrémédiablement atteinte aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police, sans assistance possible d'un avocat, sont utilisées pour fonder une condamnation<sup>2293</sup>. Cette marge de manœuvre négociée par les États membres quant aux conséquences de la violation des droits protégés par l'instrument montre les limites de l'harmonisation que les directives tentent d'assurer.

---

<sup>2289</sup> Organisées en présence du suspect ou de l'accusé afin de mieux comprendre de quelle manière et dans quelles conditions un crime a été commis et de pouvoir poser des questions spécifiques au suspect ou à l'accusé.

<sup>2290</sup> Art. 3 § 3 c) de la directive du 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat. Cette liste de mesure n'est pas limitative.

<sup>2291</sup> Art 13 § 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation, Bruxelles, le 8 juin 2011, COM(2011) 326 final 2011/0154 (COD).

<sup>2292</sup> Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, les 27 et 28 oct. 2011, Session 3121.

<sup>2293</sup> V. *infra*.

**408. Le pouvoir d'harmonisation des directives relatives aux garanties procédurales.** Le potentiel d'harmonisation des présentes directives est discutable. En effet, les directives laissent les États libres dans le choix des moyens et des formes à adopter pour se conformer aux objectifs visés par l'instrument<sup>2294</sup>. Cette liberté est source de divergence : « les normes transposées peuvent être légèrement différentes de la norme européenne », le législateur national pouvant prendre des libertés<sup>2295</sup>. Certains points semblent d'ailleurs plus flexibles tels que l'accès aux pièces du dossier, laissant les États membres libres d'offrir aux autorités compétentes le droit de moduler cet accès. Par ailleurs, « l'opt-in/opt-out » britannique, irlandais et danois constitue un obstacle à l'harmonisation de la matière. Concernant le droit d'accès à un avocat par exemple, le Royaume-Uni et l'Irlande ont décidé de prendre part aux discussions, mais pas de participer à l'adoption de cette directive<sup>2296</sup>. Les deux États avaient néanmoins décidé de participer aux deux directives précédentes<sup>2297</sup>. En cause, les difficultés de négociations entre les États membres présentant un système de *common law* et ceux offrant un système de droit continental, dont l'opposition a vivement animé les débats<sup>2298</sup>.

Pourtant, les infidélités lors des transpositions, n'ont souvent qu'une faible portée<sup>2299</sup>. En effet, la précision de certaines dispositions des directives laisse aux États peu de marge de manœuvre quant à leur transposition. C'est le cas par exemple de l'obligation de transmettre par écrit une feuille de droit compréhensible. En effet, concernant le droit à l'information des suspects ou accusés sur ses droits procéduraux, les dispositions nationales étaient variables, orales ou écrites, complexes, ou délivrées sur requête uniquement<sup>2300</sup> et une adaptation législative profonde sera vraisemblablement nécessaire, notamment concernant le

---

<sup>2294</sup> Art. 288 du TFUE. La différence entre les résultats à atteindre et les moyens mis en œuvre pour y parvenir est cependant difficile à appréhender et dépend de la précision du résultat établi par les institutions, v. R. MEHDI, *Institutions européennes*, Paris, Hachette, 2007, p. 171.

<sup>2295</sup> J. PRADEL, « Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen », in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 899.

<sup>2296</sup> Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, 13 et 14 déc. 2011, Session 3135.

<sup>2297</sup> Le Danemark ne participe à aucune des trois directives, qui ne lui sont donc pas applicables.

<sup>2298</sup> D. FLORE, « Le projet de directive de l'Union européenne », intervention lors des Premières Journées franco-belges de droit pénal sur le thème « Le droit à être assisté par un avocat lors de la garde à vue : regards croisés belge, français et européen(s) », à Metz, le 27 avril 2012.

<sup>2299</sup> J. PRADEL, « Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen », in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 899.

<sup>2300</sup> F. GALLI, « Droit pénal de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, n° 189, 2012, p. 163. V. également le document de travail de la Commission accompagnant la proposition de directive relative au droit à l'information, Bruxelles, 27 juil. 2010, SEC2010 (907), p. 13.

droit d'accès au dossier lors de la garde à vue<sup>2301</sup>. Concernant le droit à l'interprétation et à la traduction, le droit français était globalement conforme aux exigences de la directive<sup>2302</sup>, mais a nécessité néanmoins quelques adaptations, notamment au regard de l'assistance d'un interprète dès le moment où la personne est suspectée d'avoir commis une infraction<sup>2303</sup>. L'article préliminaire du Code de procédure pénale a donc été récemment modifié<sup>2304</sup> afin d'intégrer les dispositions de la directive<sup>2305</sup>. En Belgique, en revanche, le droit à s'exprimer dans la langue de son choix était déjà législativement consacré par l'article 47 *bis* § 5 du CIC<sup>2306</sup>, mais pas celui de bénéficier de la traduction des éléments essentiels du dossier. À notre connaissance, la directive n'a toujours pas été transposée<sup>2307</sup>. Au regard du droit à l'assistance d'un avocat, comme évoqué, la directive est plus protectrice que certains droits nationaux, comme l'exemple du droit à l'assistance d'un avocat lors de l'audition libre le montre<sup>2308</sup>. Ainsi, malgré les libertés que pourront prendre certains États lors de la transposition des trois instruments<sup>2309</sup>, il semble cependant que la directive reste un instrument adapté pour parvenir à l'harmonisation de la légalité matérielle, ce processus se distinguant de l'uniformisation qui impliquerait l'adoption de règles parfaitement identiques<sup>2310</sup>.

**409. Conclusion du paragraphe 1.** S'ils ont été tardifs et le fruit d'un long processus de discussions et de compromis, les progrès en matière de droits procéduraux sont

---

<sup>2301</sup> Art. 7 § 1 de la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

<sup>2302</sup> F. SCHALLER, «Langue, linguistique et droit à la traduction et à l'interprétation», in C. MAURO et F. RUGGIERI (dir.), *Droit pénal, langue et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 235.

<sup>2303</sup> Également concernant la contestation de la qualité de l'interprétation ou du choix des documents essentiels nécessitant d'être traduits. V. *Ibid.*

<sup>2304</sup> Par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

<sup>2305</sup> Art. préliminaire du CPP, § III : « Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code ». V. également art. 803-5 du CPP.

<sup>2306</sup> « Si la personne interrogée souhaite s'exprimer dans une autre langue que celle de la procédure, soit il est fait appel à un interprète assermenté, soit il est noté ses déclarations dans sa langue, soit il lui est demandé de noter elle-même sa déclaration. Si l'interrogatoire a lieu avec l'assistance d'un interprète, son identité et sa qualité sont mentionnées. »

<sup>2307</sup> V. les dispositions nationales communiquées par les États membres relatives aux mesures nationales d'exécution de la directive 2010/64/UE relative au droit à l'interprétation et à la traduction, vérifié le 10 fév. 2013.

<sup>2308</sup> Cf. *supra*.

<sup>2309</sup> Dans la mesure où elles ne seront pas sanctionnées par la Cour de justice

<sup>2310</sup> J. PRADEL, «Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen», in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 897. L'uniformisation sera abordée plus longuement lors de l'étude de l'harmonisation de la légalité formelle.



aujourd'hui bien réels, participant au rééquilibrage d'un espace de sécurité, vers un espace de liberté et de justice. L'échec de la première tentative de 2004 a été l'occasion pour la Commission de rectifier son approche globale pour une démarche ciblée et fractionnée, ce qui fut bénéfique à la fois aux conditions de négociations<sup>2311</sup>, et à la qualité des instruments. Les trois directives récemment adoptées marquent ainsi le début d'une dynamique d'harmonisation directe des droits accordés au suspect ou à l'accusé durant toute la procédure pénale, notamment la phase pré-sententielle. En effet, les propositions présentées par la Commission en novembre 2013 témoignent de la volonté d'aller vers une harmonisation plus intense du droit procédural substantiel<sup>2312</sup>, notamment en renforçant la présomption d'innocence et le droit d'assister à son procès. Pourtant, l'harmonisation législative, si elle semble à première vue la plus efficace, n'est pas l'unique source de rapprochement des législations nationales. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne tenait déjà un rôle harmonisateur non négligeable, désormais renforcé par le traité de Lisbonne.

## § 2. L'harmonisation indirecte jurisprudentielle

Aborder l'harmonisation indirecte par la voie jurisprudentielle au niveau de l'Union européenne conduit inévitablement à envisager le rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans la protection des droits fondamentaux en matière répressive. Or, le sujet est à première vue délicat<sup>2313</sup>. En effet, la compétence de la Cour de justice des communautés européennes, veillant à l'application du droit communautaire et à son interprétation uniforme par les États, était limitée en raison de « la nature strictement technique du traité CECA et celle fondamentalement économique du traité CEE »<sup>2314</sup>. C'est poussée par les juridictions constitutionnelles nationales que la CJUE a dû combler le silence originel gardé par le traité de Rome au regard de la protection des droits fondamentaux, jusqu'à ce que sa jurisprudence soit progressivement consacrée par les traités (A). À ce développement parcellaire des sources consacrant les droits fondamentaux et plus particulièrement des garanties

---

<sup>2311</sup> En effet, certaines questions comme le droit d'accès à un avocat étaient plus sensibles que d'autres. Les difficultés de négociations concernant ces éléments ne constituaient alors plus un frein à l'adoption des instruments relatifs à l'interprétation et à la traduction ainsi qu'à l'information du suspect de ses droits.

<sup>2312</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles le 27 nov. 2013, IP/13/1157.

<sup>2313</sup> Comme le soulève très justement Madame Taupiac-Nouvel, « le communautariste garde à l'esprit l'éloignement des droits fondamentaux des centres de préoccupation originaires de la construction européenne, et le pénaliste, conscient de la nature essentiellement économique de celle-ci, ne s'offusque pas d'une intervention très limitée de la CJCE dans son domaine », G. TAUPIAC-NOUVEL, « La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux en matière répressive », *Droit pénal*, n° 9, étude 13, 2011, § 1.

<sup>2314</sup> H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, n° spécial, 20 juil. - 20 août 1998, p. 75 et s.

procédurales en matière pénale s'ajoutèrent des contraintes procédurales pesant sur l'activité jurisprudentielle de la Cour en la matière (B). Cependant, si l'implication de la Cour de justice dans la protection des garanties procédurales en matière pénale a été d'abord prudente, son rôle est voué à croître au vu des nouvelles possibilités de saisine ouvertes par le traité de Lisbonne, mais également grâce à l'implication assumée de l'Union européenne dans la protection des droits procéduraux (C).

#### A. Les limites substantielles de l'harmonisation prétorienne des garanties procédurales en matière répressive

Comme le souligne très justement Monsieur le Professeur Labayle, la protection des droits fondamentaux s'est révélée être le talon d'Achille politique de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>2315</sup>. Elle s'est d'abord exprimée à travers la jurisprudence de la Cour de justice, avant d'être consacrée par les traités (1). Par ailleurs, le développement de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne a dû s'articuler avec celle assurée par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

##### 1. Le développement parcellaire des sources communautaires

**410. L'évolution par étapes de la protection des droits fondamentaux par la CJUE**<sup>2316</sup>. La protection des droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne est d'origine prétorienne, bien que les traités fondateurs n'aient pas attribué au juge communautaire un rôle particulier dans la protection de ces droits<sup>2317</sup>. En l'absence de dispositions spécifiques relatives aux droits fondamentaux, c'est sous la pression des cours constitutionnelles italiennes et allemandes<sup>2318</sup> que la CJUE se reconnaît compétente pour garantir la protection des droits fondamentaux dans le domaine du droit communautaire en

---

<sup>2315</sup> H. LABAYLE, «Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage», in *Individuals guaranteed in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 153.

<sup>2316</sup> A. WILLIAMS distingue trois étapes dans la construction de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la protection des droits fondamentaux, v. A. WILLIAMS, *EU Human Rights Policies - A Study in Irony*, Oxford, OUP, 2004, p. 144 et s.

<sup>2317</sup> R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 30 et s.

<sup>2318</sup> Les critiques exprimées par les cours constitutionnelles portaient essentiellement sur l'opposition à l'application d'un acte communautaire portant atteinte aux droits fondamentaux protégés par les Constitutions nationales. « Chacune à sa façon, ces décisions ont incité l'ordre juridique communautaire à développer son propre système de protection des droits fondamentaux, notamment en raison de la crainte d'une remise en cause de la primauté et de l'uniformité d'application du droit communautaire, deux principes qui sont à la base de la construction européenne. », *ibid.*, p. 36 et 37.

tant que principes généraux du droit communautaire<sup>2319</sup>. Elle puise les sources de ces droits fondamentaux tant dans les traditions constitutionnelles des États membres<sup>2320</sup>, que dans les traités internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré<sup>2321</sup>.

Le traité de Maastricht puis le traité d'Amsterdam viennent confirmer l'attachement de l'Union aux droits fondamentaux tels qu'issus de la jurisprudence de la Cour et ainsi asseoir la compétence des juges de Luxembourg en la matière, en ces termes : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. »<sup>2322</sup> Le respect des droits fondamentaux acquiert donc, par cet article, un statut constitutionnel<sup>2323</sup>, sans qu'un catalogue des droits fondamentaux, à l'image de la Convention EDH, ne soit adopté, laissant ainsi un temps le juge communautaire seul maître dans la détermination des droits garantis<sup>2324</sup>.

L'adoption de la Charte des droits fondamentaux le 7 décembre 2000<sup>2325</sup> constitue l'étape suivante du processus d'intégration des droits fondamentaux dans le droit communautaire. Née lors du sommet de Cologne de juin 1999<sup>2326</sup>, la démarche est restée au départ symbolique<sup>2327</sup> mais prudente. Il ne s'agissait pas de réfléchir à l'insertion de la Charte

---

<sup>2319</sup> CJCE, 12 nov. 1969, *Erich Stander c. Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, Recueil de jurisprudence 1969, p. 419 : « qu'ainsi interprétée, la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect ». Également, CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, Recueil de jurisprudence 1970, p. 1128 : « qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ».

<sup>2320</sup> *Ibid.*, pt. 4 : « la sauvegarde des droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».

<sup>2321</sup> CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Koblen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, Recueil de jurisprudence 1974, p. 491, pt. 13 : « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ».

<sup>2322</sup> Art 6 § 2 du traité sur l'Union européenne.

<sup>2323</sup> R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, 2007, *op. cit.*, p. 47. Sur ce point, v. également E. BRIBOSIA, « Quelle charte des droits fondamentaux pour l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 21.

<sup>2324</sup> R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, 2007, *op. cit.*, p. 48.. Madame le Professeur Bribosia soulève à juste titre que « cette situation rend difficile la détermination a priori du caractère fondamental ou non d'un droit et de son contenu et peut être considérée comme préjudiciable à la sécurité juridique. », E. BRIBOSIA, « Quelle charte des droits fondamentaux pour l'Union européenne ? », in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 33.

<sup>2325</sup> Charte de droits fondamentaux, JOCE du 8 déc. 2000, n° C 364, p. 1.

<sup>2326</sup> E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, n° 6005, 24 mars 2001, p. 281.

<sup>2327</sup> Le cadre même de l'adoption, celui de la Convention, plus démocratique, témoigne de la place particulière que tend à occuper la Charte et de l'importance de « donner au citoyen l'image d'une Union

dans les traités, ou d'innover dans la détermination des droits fondamentaux mais simplement de codifier l'acquis communautaire<sup>2328</sup>. Ainsi, la Charte n'est dotée, lors de sa proclamation, d'aucune force contraignante, la question de sa portée ayant été repoussée à un examen ultérieur<sup>2329</sup>. L'absence originelle d'effets contraignants doit cependant être nuancée, le législateur européen ayant très tôt formellement déclaré sa volonté de respecter les droits et principes formulés par la Charte<sup>2330</sup>.

Cependant, la valeur juridique de la Charte n'est aujourd'hui plus discutable, grâce au traité de Lisbonne. En effet, l'article 6 du TUE<sup>2331</sup> a conféré à la Charte la même valeur juridique que les traités, la dotant d'une force juridique obligatoire par renvoi<sup>2332</sup>. Le champ d'application de la Charte reste inchangé : ses dispositions « s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »<sup>2333</sup>. Par conséquent, les États membres<sup>2334</sup> sont tenus au respect des droits fondamentaux tels que consacrés par la Charte lors de la mise en œuvre des instruments de reconnaissance mutuelle, et donc très prochainement, lors de l'intégration de la directive relative à la décision d'enquête européenne dans le cadre normatif national.

---

tournée vers des objectifs qui dépassent le cadre purement économique auquel elle est irrémédiablement liée », A. DEFOSSEZ, «La consécration de la Charte des droits fondamentaux», *RFDL*, n° 2, 2008, p. 236.

<sup>2328</sup> E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *op. cit.*, p. 281.

<sup>2329</sup> M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2012, *op. cit.*, p. 56.

<sup>2330</sup> A. DEFOSSEZ, «La consécration de la Charte des droits fondamentaux», *op. cit.*, p. 237.

<sup>2331</sup> Art. 6 § 1 : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. »

<sup>2332</sup> Certains auteurs regrettent cependant l'abandon de l'intégration du texte intégral de la Charte dans le corps même des traités, tel qu'il l'était prévu dans le projet de traité constitutionnel, exprimant la volonté « claire de faire perdre au texte ses atours constitutionnels », A. DEFOSSEZ, «La consécration de la Charte des droits fondamentaux», *op. cit.*, p. 239. V. également M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2012, *op. cit.*, p. 57 : « Cet abandon a une portée symbolique importante, dans la mesure où l'incorporation de la charte dans la Constitution représentait un élément important de la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'Union. »

<sup>2333</sup> Art. 51 § 1 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>2334</sup> Le Royaume-Uni et la Pologne bénéficient cependant d'un régime dérogatoire, inscrit dans un protocole joint au traité de Lisbonne. Selon les termes du protocole, la Charte n'étant pas la faculté de la CJUE ou de toute juridiction nationale d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratique ou action administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes qu'elle réaffirme ». La portée de ce texte est pourtant en pratique limitée, la protection des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit n'étant pas remise en cause et les deux États n'échappant pas à son contrôle, A. DEFOSSEZ, «La consécration de la Charte des droits fondamentaux», *op. cit.*, p. 240.

**411. La consécration des droits procéduraux par la Charte.** C'est sous le titre Justice<sup>2335</sup> que sont consacrés les droits procéduraux, inspirés en majeure partie de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2336</sup>. Le droit à bénéficier d'un procès équitable est prévu à l'article 47 de la Charte, synthétisant les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention, mais reprenant également la jurisprudence de la Cour européenne en consacrant le droit à bénéficier d'une aide juridictionnelle<sup>2337</sup>. L'article suivant consacre la présomption d'innocence et le droit pour tout accusé à bénéficier des droits de la défense.

La protection des droits procéduraux telle qu'elle résulte du texte de la Charte peut paraître très légère comparée à celle offerte par la Convention européenne, laquelle était déjà vague et a été enrichie par la jurisprudence de la Cour EDH. Pourtant, cette synthétisation ne porte aucunement atteinte à l'étendue de la garantie des droits fondamentaux assurée par les juges luxembourgeois. D'une part, si la Charte acquiert la même valeur juridique que les traités, elle n'est qu'une source matérielle supplémentaire s'ajoutant aux développements jurisprudentiels relatifs à la protection des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union<sup>2338</sup>. D'autre part, l'attachement traditionnel de la Cour de Justice à la Convention EDH et à son interprétation<sup>2339</sup> est expressément consacré par la Charte : si les droits protégés par cet instrument correspondent à des droits garantis par la Convention européenne, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la dite convention<sup>2340</sup>. Le juge de l'Union européenne ne peut donc restreindre la protection des garanties procédurales consacrées par la Convention européenne, mais peut seulement l'étendre.

## 2. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

L'importance particulière de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit de l'Union européenne n'est aujourd'hui plus à démontrer : d'une consécration jurisprudentielle par la protection des droits fondamentaux, l'attachement de l'Union à la

---

<sup>2335</sup> Cinq titres thématiques de ce catalogue de droits viennent compléter le titre Justice : Dignité, Libertés, Égalité, Solidarité, et Citoyenneté.

<sup>2336</sup> En essence, ce titre correspond aux articles 6, 7 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, M. A. DAUSES, *The Protection of Fundamental Rights in the Legal Order of the European Union*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, p. 92. De façon plus générale, la Charte constitue une modernisation de la Convention EDH en tenant compte des évolutions de son interprétation, R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, 2007, *op. cit.*, p. 56.

<sup>2337</sup> CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, Série A n° 32.

<sup>2338</sup> Art. 6 § 3 du TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

<sup>2339</sup> Cf. *infra*.

<sup>2340</sup> Art. 52 § 3 de la Charte de droits fondamentaux.

Convention est désormais « constitutionnalisé »<sup>2341</sup> (a). Ainsi, la jurisprudence strasbourgeoise influence et guide « la construction » des droits fondamentaux par la Cour de Luxembourg au niveau de l'UE, mais ne lui impose pas de ligne de conduite, situation que l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme pourrait changer (b).

*a. La consécration de l'attachement de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*

**412. D'une consécration jurisprudentielle à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme.** L'attachement de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme s'est d'abord exprimé à travers la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, par la consécration de la protection des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit. Reconnaisant très tôt l'importance des instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont adhéré ou coopéré<sup>2342</sup>, la Cour de justice s'est par la suite explicitement référée à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2343</sup>, ouvrant un long processus d'intégration du catalogue des droits issus de la Convention dans la jurisprudence communautaire<sup>2344</sup>. La démarche de la Cour fut rapidement reconnue par une déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et la Commission<sup>2345</sup> : rappelant la jurisprudence de la Cour, ces institutions européennes affirment leur volonté de respecter les droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des Constitutions des États membres, ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans l'exercice de leur pouvoir et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes. Le traité de Maastricht, puis le traité d'Amsterdam confirmèrent

---

<sup>2341</sup> J. GERKRATH, «Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?», *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 32.

<sup>2342</sup> CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, *op. cit.*, § 3.

<sup>2343</sup> CJCE, 28 oct. 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, Recueil de jurisprudence 1975, p. 1219.

<sup>2344</sup> H. LABAYLE, «Droits fondamentaux et droit européen», *op. cit.*, p. 75 et s. V. également J. GERKRATH, «Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?», *op. cit.*, p. 35. : « La CEDH est ainsi devenue la source matérielle principale des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ».

<sup>2345</sup> Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et la Commission, *JOCE* n° C 103, du 27 avril 1977, p. 1.

l'importance de la Convention EDH comme source d'inspiration non contraignante<sup>2346</sup> des droits fondamentaux, protégés en tant que principes généraux du droit<sup>2347</sup>.

Le traité de Lisbonne marque une étape supplémentaire dans l'attachement de l'Union à la Convention EDH par la consécration politique de la volonté d'adhésion de l'UE à la Convention. La question n'est pas nouvelle<sup>2348</sup>. Les débats relatifs à l'amélioration de la protection des droits fondamentaux dans les années 1990 s'articulaient autour de deux idées principales : l'adhésion à la Convention européenne, ou l'élaboration d'un catalogue de droits fondamentaux propres à l'Union<sup>2349</sup>, la seconde option ayant à l'époque été privilégiée. C'est finalement à l'occasion du traité de Lisbonne que la volonté politique fut concrétisée par l'adoption d'une base légale<sup>2350</sup> prévoyant expressément l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH<sup>2351</sup>. La conclusion d'un accord d'adhésion devra alors se heurter à de nombreuses difficultés techniques et juridiques, qui, si elles ne sont pas insurmontables, ne sont pas mineures<sup>2352</sup>.

#### *b. Les rapports entre les deux juridictions des droits fondamentaux*<sup>2353</sup>

Deux difficultés principales consécutives à l'adhésion de l'Union à la Convention EDH peuvent être examinées, la première tenant à la sauvegarde de l'indépendance de la Cour de justice vis-à-vis de la juridiction concurrente et de sa jurisprudence (i), la seconde

---

<sup>2346</sup> P. AUVRET, «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», in J. RIDEAU (dir), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 384.

<sup>2347</sup> Art. 6 du TUE.

<sup>2348</sup> L'objectif fut proposé pour la première fois au Conseil par la Commission en 1979, P. AUVRET, «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», in *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 379.

<sup>2349</sup> E. BRIBOSIA, «Quelle charte des droits fondamentaux pour l'Union européenne ?», in *Vers un espace judiciaire pénal européen*, 2000, *op. cit.*, p. 21.

<sup>2350</sup> La Cour de justice s'était en effet opposée à l'adhésion à la Convention EDH en raison de l'absence de dispositions du traité permettant aux institutions communautaires d'édicter des règles en matière de droits de l'homme, CJCE, 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avis 2/94, Recueil de jurisprudence 1996, p. I-1759, pt. 27. À ce sujet, v. C. BLUMANN, «Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme», *op. cit.*, p. 11 et s.

<sup>2351</sup> Art. 6 § 2 du TUE. Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 14 le 1<sup>er</sup> juin 2010, l'art. 59 de la Convention européenne prévoit expressément l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

<sup>2352</sup> O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation», *Rev. Trim. D.H.*, n° 83, 2010, p. 536.

<sup>2353</sup> Sur l'ambivalence des rapports entre la CEDH et la CJUE au début des années 2000, v. D. SIMON, «Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "Je t'aime, moi non plus" ?», *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 31. Aussi, sur l'enrichissement mutuel des jurisprudences de la Cour EDH et de la CJUE, v. N. BRATZA, «The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment», in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 167 et s.

relative à la compétence de la Cour EDH quant à la sanction de la violation des droits fondamentaux par l'Union européenne (ii).

*i. La liberté préservée de la CJUE quant à la jurisprudence de la Cour EDH*

**413. Soumission ou inspiration de la CJUE.** Face à l'attachement consacré de la Cour de justice à la protection des droits fondamentaux tels qu'ils résultent de la Convention européenne des droits de l'homme, certaines difficultés pratiques peuvent être soulevées. En effet, la Cour de Luxembourg est-elle liée par l'interprétation de la Convention faite par la Cour de Strasbourg ? Doit-elle suivre une jurisprudence déjà bien établie ou peut-elle sortir de la voie tracée par les juges européens ? L'abondance de décisions rendues par la juridiction des droits de l'homme n'annihile-t-elle pas toute initiative novatrice de la juridiction de l'Union ? Quelles seraient les conséquences en cas de contrariété de jurisprudences ?

Si la Cour de Luxembourg est très attentive à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2354</sup>, elle n'est en aucun cas liée par l'interprétation des droits fondamentaux qu'elle donne<sup>2355</sup>. D'une part, la Cour assure la protection des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH en tant que principes généraux du droit communautaire<sup>2356</sup>, et a donc une interprétation autonome de la Convention<sup>2357</sup>. D'autre part, si le sens et la portée des droits protégés par la Charte sont les mêmes que ceux conférés par la Convention, une protection plus étendue peut tout à fait être accordée<sup>2358</sup>. Cette « concurrence entre juges »<sup>2359</sup> européens peut éventuellement conduire à des divergences d'interprétations. Ce fut notamment le cas au regard de l'interprétation du principe *ne bis in idem*, dont les divergences furent abondamment commentées par la

---

<sup>2354</sup> Pour la première décision de la CJCE renvoyant directement à la jurisprudence de la CEDH, v. CJCE, 30 avr. 1996, *P. c. S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, Recueil 1996, p. I-2143. Plus généralement, sur l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation communautaire, v. R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, 2007, *op. cit.*, p. 119 et s.

<sup>2355</sup> J.-C. BONICHOT, «La Cour de justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe», in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 98.

<sup>2356</sup> Art. 6 § 3 du TUE.

<sup>2357</sup> J.-C. BONICHOT, «La Cour de justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe», in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, 1999, *op. cit.*, p. 98.

<sup>2358</sup> Art. 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux. V. à ce sujet N. BRATZA, «The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment», in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, 2013, *op. cit.*, p. 173.

<sup>2359</sup> V. COVOLO, «Et la judiciarisation de l'espace pénal européen fut... Mais où se cache le juge pénal européen ?», *Cahiers de droit européen*, n° 1, 2011, p. 139. Cependant, dans la mesure où les deux juridictions ne sont pas en compétition dans la protection des droits fondamentaux, il serait éventuellement plus approprié de parler de coexistence plutôt que de concurrence.



doctrine<sup>2360</sup>. Cependant, l'impact des éventuelles divergences pour le justiciable est limité. En effet, la Convention EDH ne constitue qu'un standard minimum de protection<sup>2361</sup> : la Charte ne peut être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits reconnus par la Convention européenne<sup>2362</sup>. Par ailleurs, l'idée d'introduire une procédure spéciale grâce à laquelle la Cour de justice pourrait faire une demande d'interprétation à la Cour EDH<sup>2363</sup> montre la volonté d'éviter les divergences de jurisprudence et d'œuvrer pour une harmonisation globale et d'envergure des droits fondamentaux.

*ii. La CEDH, juge de la violation des droits fondamentaux par l'Union européenne*

**414. La Cour européenne, juge indirect de l'Union européenne.** Par le biais de la responsabilité étatique des parties à la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a introduit la possibilité d'exercer un contrôle indirect du respect des droits fondamentaux par les instruments communautaires. Comme réaffirmé récemment en matière d'entraide judiciaire dans l'arrêt *Stojkovic*<sup>2364</sup>, la Cour décide en 1999 qu'un État membre ne peut se retrancher derrière son obligation à mettre en œuvre un instrument supranational pour se soustraire aux engagements pris en adhérant à la Convention EDH<sup>2365</sup>. Il faut cependant attendre quelques années pour que la Cour précise la portée du contrôle qu'elle opère et mette fin à l'incertitude relative au statut du droit communautaire et notamment du droit dérivé devant la Cour européenne<sup>2366</sup> par la décision *Bosphorus*<sup>2367</sup>. Dans

---

<sup>2360</sup> V. A. WEYEMBERGH, «Le principe ne bis in idem : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ?», *Cahiers de droit européen*, n° 3-4, 2004, p. 337. V. aussi J. PRADEL, « Principe Ne bis in idem, poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, n° 29 du 30 juil. 2004, p. 2014, sous CEDH, 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, req. n° 14939/03. Aussi, S. STEIN, « Le principe ne bis in idem dans l'Union européenne », *AJ Pénal*, 2011, p. 443 ; M. FLETCHER, « Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings Against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge », *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 5, 2003, p. 269 et s. ; K. LIGETI, « Rules on the Application of *ne bis in idem* in the EU – Is Further Legislative Action Required ? », *Eu crim*, n° 1-2, 2009, p. 37 et s.

<sup>2361</sup> J. RIDEAU, « Introduction générale : des remous dans le sillage », in J. RIDEAU (dir), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 9.

<sup>2362</sup> Art. 53 de la Charte des droits fondamentaux.

<sup>2363</sup> V. le rapport adopté par le Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH), Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté à Strasbourg, les 25-28 juin 2002.

<sup>2364</sup> CEDH, 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, req. n° 25303/08.

<sup>2365</sup> CEDH, 18 fév. 1999, *Matthens c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, Recueil des arrêts et des décisions 1999-I, § 32 : « La convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être 'reconnus' ». V. également, malgré l'irrecevabilité de la requête, Comm. EDH, 9 déc. 1987, *Tête c. France*, req. n° 11123/84, D.R. n° 54, p. 52.

<sup>2366</sup> F. BENOIT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. Trim. D.H.*, n° 64, 2005, p. 827.

cette affaire, suite à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne qui, sur renvoi préjudiciel, avait estimé la mesure communautaire litigieuse comme légale<sup>2368</sup>, l'Irlande avait appliqué ledit règlement communautaire exigeant la saisie d'un aéronef de la compagnie Bosphorus. Interrogée au sujet de la violation de la Convention par l'État membre appliquant une mesure communautaire, la Cour européenne adopte une attitude prudente. En effet, elle fait peser sur les mesures nationales d'application, pour lesquelles l'État membre ne disposait d'aucune marge d'appréciation, une présomption de respect des droits fondamentaux dans la mesure où l'organisation à l'origine de l'instrument appliqué offre une protection équivalente<sup>2369</sup> à celle assurée par la Convention<sup>2370</sup>. L'appréciation de la protection équivalente est appréciée *in abstracto*, ce qui fut critiqué tant par la doctrine<sup>2371</sup>, que par les juges européens<sup>2372</sup>. Néanmoins, cette présomption n'est pas irréfragable et peut être renversée si la protection des droits de la Convention est manifestement insuffisamment garantie<sup>2373</sup>. Par conséquent, la responsabilité d'un État membre peut éventuellement être retenue alors même que l'autorité nationale n'avait pas d'autre choix que d'appliquer la mesure supranationale sous peine de violer ses engagements communautaires, en dépit du contrôle préalable de la CJUE<sup>2374</sup>.

En matière pénale, la précision des directives adoptées ou actuellement négociées est telle que la marge d'appréciation des États est très réduite. Nul besoin de rappeler à quel point les violations des droits fondamentaux sont facilement réalisables dans le contexte particulier de la coopération judiciaire pour la répression d'infraction transnationales. Par conséquent, les particuliers pourraient alors voir en la jurisprudence *Bosphorus* la possibilité de mettre indirectement en cause la responsabilité de l'Union pour violation des droits fondamentaux et ainsi court-circuiter les carences des recours des particuliers devant la CJUE. Mais quelle serait la conséquence sur la protection des droits fondamentaux au niveau

---

<sup>2367</sup> CEDH, 20 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98, Recueil des arrêts et décisions 2005-VI.

<sup>2368</sup> Elle opère une balance d'intérêts afin de parvenir à cette conclusion et estime la mesure adéquate et proportionnée, CJCE, 30 juil. 1996, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications et autres*, aff. C-84/95, Recueil 1996 p. I-3953, pt. 26.

<sup>2369</sup> Par protection équivalente, la Cour entend protection comparable et non identique, v. C. MAUBERNARD, «Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale», *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 67.

<sup>2370</sup> CEDH, 20 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, *op. cit.*, § 155.

<sup>2371</sup> F. BENOIT-ROHMER, «À propos de l'arrêt Bosphorus Airlines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention», *op. cit.*, p. 847.

<sup>2372</sup> V. l'opinion concordante communes aux juges ROZAKIS, TULKENS, TRAJA, BOTOCHAROVA, ZAGREBELSKY, et GARLICKI, sous la décision *Bosphorus*, pt. 3.

<sup>2373</sup> *Ibid.*, § 156.

<sup>2374</sup> Pour un exemple concernant l'application de la théorie de la protection équivalente dans le cadre de la mise en œuvre d'une directive par la France, v. O. BACHELET, «Conventionnalité de la déclaration de soupçon imposée aux avocats», *Dalloz actualités*, 12 sept. 2012, sous CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11.

européen ?<sup>2375</sup> Est-ce une source d'harmonisation potentielle poussant les institutions à revenir sur les instruments considérés comme portant atteinte aux droits fondamentaux ou une source de conflit interjuridictionnel créant un climat « d'insécurité juridique qu'une architecture judiciaire incohérente peut engendrer »<sup>2376</sup> ?

**415. La Cour européenne : juge direct de l'Union européenne.** L'adhésion de l'Union à la Convention EDH ne peut laisser la question de la responsabilité de l'UE pour violation des droits fondamentaux en suspens. Jusqu'à présent, seule la responsabilité des États membres pouvait être mise en cause devant la juridiction de Strasbourg, « les actes de la Communauté européenne ne pouvant être attaqués en tant que tels devant la Cour »<sup>2377</sup>. Pourtant, la question de la participation de l'UE ou des communautés à la procédure contentieuse relative au droit communautaire a été soulevée très tôt<sup>2378</sup> : dès lors qu'il est reproché à un État partie d'avoir manqué à ses obligations découlant de la Convention EDH du fait de l'application d'une mesure de droit de l'Union européenne, la participation de l'Union en tant que partie codéfenderesse serait nécessaire, voire obligatoire<sup>2379</sup>. La question se pose dans les mêmes termes au regard de la responsabilité unique de l'Union en tant que partie à la Convention. Si l'on comprend aisément l'intérêt de la participation de l'Union à la procédure, les modalités de son intervention sont délicates. En effet, obliger l'UE à participer en tant que codéfenderesse pourrait être vu d'une part comme une « manière de préjuger des questions relatives aux responsabilités respectives des Parties Contractantes »<sup>2380</sup>, et d'autre part, comme une façon d'asseoir la supériorité de la Cour de Strasbourg en tant que juge des droits fondamentaux dans l'Union européenne et « juge du juge » des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Plus généralement, en vertu du principe d'autonomie du droit de l'Union<sup>2381</sup>, les questions d'interprétation et d'application du droit de l'Union ne peuvent être réglées selon

---

<sup>2375</sup> La Cour européenne n'a pour l'instant pas mis en cause la responsabilité d'un État partie pour violation des droits fondamentaux dans l'application d'un acte de l'Union sans marge d'appréciation.

<sup>2376</sup> V. COVOLO, « Et la judiciarisation de l'espace pénal européen fut... Mais où se cache le juge pénal européen ? », *op. cit.*, p. 141.

<sup>2377</sup> CEDH, 18 fév. 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 32.

<sup>2378</sup> Sur les difficultés techniques et juridiques relatives à l'adhésion et particulièrement sur la participation de l'Union en tant que partie codéfenderesse, v. le rapport adopté par le Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH), Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté à Strasbourg, les 25-28 juin 2002.

<sup>2379</sup> Dans la perspective de l'exécution d'une décision, la coopération de l'Union pourrait être « utile », v. *ibid.*, pt. 57 et s.

<sup>2380</sup> *Ibid.*, pt. 59.

<sup>2381</sup> Consacrée dans l'affaire *Costa c. Enel*, l'autonomie du droit de l'Union européenne est un principe prétorien signifiant que le droit de l'Union a pour unique source de validité les traités, déterminant les compétences des institutions de l'Union européenne et donc, celle de la CJUE, v. J.-M. THOUVENIN,

des procédures externes à l'Union<sup>2382</sup>. Le protocole n°8 au traité de Lisbonne relatif à l'adoption de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>2383</sup> traduit cette préoccupation : l'accord d'adhésion ne saurait affecter ni les compétences de l'Union, ni les attributions de ses institutions et doit préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union. Pourtant, la compétence nouvelle de la Cour européenne au regard des instruments de l'Union ne représenterait-elle pas une menace au respect du principe d'autonomie du droit de l'UE ?<sup>2384</sup> Enfin, comment articuler les faiblesses des recours juridictionnels offerts aux particuliers dans l'Union européenne et l'exigence de l'épuisement des voies de recours disponibles<sup>2385</sup> ? Par l'appréciation souveraine des juges nationaux quant à l'opportunité de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel, la Cour européenne pourrait être amenée à se prononcer sur la protection des droits fondamentaux sans que la CJUE n'en ait eu la chance<sup>2386</sup>.

Le projet d'accord en vue de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH<sup>2387</sup> apporte des réponses à ces interrogations. D'une part, il consacre la responsabilité conventionnelle de l'Union « en ce qui concerne des actes, mesures ou omissions de ses institutions, organes, organismes ou agences, ou de personnes agissant en leur nom »<sup>2388</sup>. Dans le cas où un État membre est mis en cause pour avoir mis en œuvre le droit de l'Union européenne, alors l'Union pourra participer à la procédure en tant que codéfenderesse<sup>2389</sup>. Aussi, nous pouvons aujourd'hui imaginer la mise en cause directe de l'Union pour un acte émis par Eurojust ou

---

«Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat», *Petites affiches*, n° 22, 1er fév. 2010, p. 11.

<sup>2382</sup> Seulement selon des modalités de règlement que l'Union a instituées en son sein, v. O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation», *op. cit.*, p. 548.

<sup>2383</sup> *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008, p. 273.

<sup>2384</sup> Si pour certains auteurs, la réponse est clairement négative en ce que la Cour européenne des droits de l'homme ne sera en aucun cas amenée à interpréter le droit de l'UE (O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation», *op. cit.*, p. 551.), d'autres préfèrent une réponse plus nuancée et envisagent l'éventualité d'une perte d'autonomie à ce niveau (P. AUVRET, «L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme», in *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 395.)

<sup>2385</sup> Sur cette question, v. P. DOURNEAU-JOSETTE, «La nécessité d'une redéfinition de la condition d'épuisement des voies de recours ?», in C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux et l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 133 et s.

<sup>2386</sup> O. DE SCHUTTER, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation», *op. cit.*, p. 563 et s.

<sup>2387</sup> Conseil de l'Europe, Rapport de la cinquième réunion de négociation entre le CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport final au CDDH, Strasbourg, le 10 juin 2013. V. en annexe III le Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>2388</sup> Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 1 § 3.

<sup>2389</sup> Art. 3, *ibid.*

Europol, tout autant que sa participation par le mécanisme du codéfendeur, concernant la mise en œuvre de la directive relative à la décision d'enquête européenne. D'autre part, le renvoi préjudiciel n'est pas considéré comme un recours à épuiser<sup>2390</sup>. Une procédure interne serait alors prévue, permettant l'implication préalable de la CJUE avant que la Cour européenne ne statue sur le fond de la requête<sup>2391</sup>, mais les modalités d'une telle intervention restent à définir. Enfin, il convient de préciser que les conséquences de l'adhésion sur l'harmonisation concrète des garanties procédurales dans le cadre de la coopération judiciaire et plus particulièrement à l'égard de la recevabilité mutuelle de la preuve resteraient vraisemblablement limitées<sup>2392</sup>.

Si les faiblesses substantielles de l'harmonisation indirecte des garanties procédurales par la Cour de justice de l'Union européenne se sont peu à peu réduites, principalement grâce à l'adoption du traité de Lisbonne, il convient d'aborder les limites procédurales à l'harmonisation, par l'étude des mécanismes permettant l'intervention de la juridiction de l'Union.

B. Les limites procédurales de l'harmonisation prétorienne des garanties procédurales en matière répressive

**416. La protection des droits fondamentaux par l'interprétation des traités : le renvoi préjudiciel et le recours en manquement.** Comme succinctement abordé lors de l'étude du contrôle juridictionnel de la preuve européenne<sup>2393</sup>, l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne est limitée par les mécanismes procéduraux à la disposition des juridictions nationales et des particuliers. La première procédure envisagée est le renvoi préjudiciel, procédure non contentieuse visant directement à l'harmonisation et à l'unification de l'interprétation des traités de l'Union<sup>2394</sup> et des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union<sup>2395</sup>. Par ce mécanisme, les juges nationaux peuvent donner à la CJUE

---

<sup>2390</sup> Conseil de l'Europe, Rapport de la cinquième réunion de négociation entre le CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport final au CDDH, Strasbourg, le 10 juin 2013, Annexe V, Projet de rapport explicatif à l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pt. 65 et s.

<sup>2391</sup> *Ibid.*

<sup>2392</sup> Cf. *infra*.

<sup>2393</sup> Cf. Deuxième partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

<sup>2394</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2ème éd., Paris, Gualino, 2012, p. 106.

<sup>2395</sup> Art. 267 du TFUE. La validité des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union peut également faire l'objet d'un renvoi préjudiciel.

l'occasion d'offrir une interprétation uniforme des droits fondamentaux garantis<sup>2396</sup> tant par les traités que par les actes de droit dérivés tels que les directives adoptées récemment relatives aux droits procéduraux. En effet, si l'interprétation donnée par la Cour lie les juridictions nationales ayant requis son intervention, les arrêts rendus ont autorité de chose jugée pour l'ensemble des juridictions nationales des États membres : soit les juridictions extérieures au contentieux d'origine se rallient à la position de la Cour, soit, en cas de doute, celles-ci peuvent saisir à nouveau la Cour, mais elle ne peuvent aucunement donner une interprétation différente<sup>2397</sup>. Le potentiel d'harmonisation des garanties procédurales au sein des législations nationales est donc important : l'interprétation extensive d'une disposition de la Charte des droits fondamentaux pourrait pousser les législateurs nationaux à se mettre en conformité avec la position de la Cour, au même titre que juges nationaux. Plus encore, les directives relatives aux garanties procédurales nouvellement adoptées pourraient également faire l'objet d'un renvoi préjudiciel. Il faut cependant tempérer ce constat en rappelant que le renvoi préjudiciel est d'une part, un mécanisme incident à une procédure nationale, et d'autre part, ne peut être effectué qu'à l'initiative d'un juge national. Une obligation de saisir la CJUE pèse sur les juridictions nationales dont les décisions sont insusceptibles de recours, à laquelle elles peuvent cependant se soustraire lorsqu'elles estiment que le droit de l'Union européenne est inutile à la résolution du litige, ou lorsque la question a déjà été tranchée par la Cour<sup>2398</sup>. Le rôle des parties est donc limité : elles ne peuvent ni saisir la CJUE, ni contraindre la juridiction nationale à le faire, ni le lui interdire<sup>2399</sup>. Elles ne peuvent que donner l'impulsion initiale du renvoi<sup>2400</sup>.

Le recours en manquement représente l'autre voie d'interprétation des traités<sup>2401</sup>, mais prend le chemin plus complexe de la négociation, impliquant l'intervention de la Commission. Le recours en manquement vise à la constatation par la Cour de justice du non-respect par un État membre d'une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, ou des actes de droit dérivé. La Cour de justice ne peut être saisie qu'après que la Commission, intervenant spontanément ou à l'initiative d'un autre État membre<sup>2402</sup>, ait émis un avis sur le dit manquement, dans le cas où celui-ci est resté sans réponse de l'État membre manquant à

---

<sup>2396</sup> G. TAUPIAC-NOUVEL, «La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux en matière répressive», *op. cit.*, § 10.

<sup>2397</sup> M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2012, *op. cit.*, p. 333.

<sup>2398</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 114.

<sup>2399</sup> J. PERTEK, *Coopération entre juges et Cour de justice de l'UE - Le renvoi préjudiciel*, 2013, *op. cit.*, p. 106.

<sup>2400</sup> « C'est souvent une partie (ou son conseil, généralement son avocat) qui fait émerger les éléments de droit de l'Union présents dans le litige. Les parties contribuent aussi au diagnostic par cette juridiction du besoin d'interprétation du droit de l'Union ou du besoin d'appréciation de validité du droit dérivé pour donner sa solution au litige. », *ibid.*

<sup>2401</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 106.

<sup>2402</sup> Respectivement art. 258 et 259 du TFUE.

ses obligations. Si la Cour de justice rend une décision constatant le manquement, l'État est tenu de prendre les mesures aux fins d'exécution de l'arrêt, sous peine d'être ultérieurement condamné à payer une somme forfaitaire ou une astreinte<sup>2403</sup>. Ce recours devient particulièrement utile en matière pénale depuis l'adoption du traité de Lisbonne<sup>2404</sup> dans la mesure où les instruments adoptés ces dernières années ont peine à s'intégrer dans les législations nationales, comme le montre l'exemple de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves du 18 déc. 2008. Au regard des droits fondamentaux et des garanties procédurales, la procédure de manquement pourra sanctionner la négligence d'un État membre dans la transposition d'une directive fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle, notamment en soulignant les incompatibilités des mesures nationales d'exécution avec la Charte des droits fondamentaux<sup>2405</sup> et ainsi permettre une protection uniforme des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire. De plus, la CJUE pourra également être sollicitée en vue de la bonne application des directives relatives aux garanties procédurales, et participer ainsi au mouvement d'harmonisation directe opéré par l'adoption de ces instruments<sup>2406</sup>. Comme pour le renvoi préjudiciel, il est nécessaire de nuancer l'impact du recours en manquement sur l'harmonisation des droits fondamentaux en rappelant que ni les particuliers, ni les juridictions nationales ne peuvent directement saisir la Cour de justice pour demander la constatation d'un manquement de l'État<sup>2407</sup>. Les particuliers jouent néanmoins un rôle initiateur important en ce qu'ils peuvent déposer une plainte auprès de la Commission<sup>2408</sup>, dénonçant une violation du droit de l'Union par un État membre. Contrairement au recours en annulation, le plaignant ne doit pas être principalement et directement visé par la mesure, et ne doit pas démontrer l'existence d'un intérêt à agir<sup>2409</sup>. Cependant, la Commission apprécie librement les suites à donner à la plainte<sup>2410</sup> et peut tout à fait décider de ne pas saisir la CJUE.

---

<sup>2403</sup> Art. 260 du TFUE.

<sup>2404</sup> Concernant les mesures relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale prises avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Commission ne pourra introduire des recours en manquement qu'à partir du 1<sup>er</sup> déc. 2014, J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 77.

<sup>2405</sup> G. TAUPIAC-NOUVEL, «La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux en matière répressive», *op. cit.*, § 12.

<sup>2406</sup> Cf. *supra*.

<sup>2407</sup> En effet, «la Commission apprécie l'opportunité tant du déclenchement de la procédure que de la saisine de la Cour», R. MEHDI, *Institutions européennes*, 2007, *op. cit.*

<sup>2408</sup> Via un formulaire sur le site de la Commission.

<sup>2409</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 77.

<sup>2410</sup> *Ibid.* Pourtant, il faut noter qu'en 2006, la moitié des infractions détectées résultent des plaintes des particuliers, confirmant ainsi leur importance dans la procédure de manquement.

**417. La protection des droits fondamentaux par le contrôle de la légalité.** La contestation de la légalité d'un acte des institutions de l'Union peut également être envisagée comme un moyen d'harmonisation des droits fondamentaux : en se prononçant sur la conformité d'un acte aux traités, à la Charte, ou aux principes généraux du droit, la Cour peut avoir l'occasion de clarifier la portée de certains droits fondamentaux. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Kadi*<sup>2411</sup>.

La « voie de droit principale »<sup>2412</sup> permettant à la Cour de contrôler la légalité des actes des institutions est le recours en annulation, largement modifié par le traité de Lisbonne<sup>2413</sup>. Prévu par l'article 273 du TFUE, le recours vise à faire annuler un acte pris par une institution ou des organes ou organismes de l'Union, destiné à produire des effets à l'égard des tiers<sup>2414</sup>, y compris ceux pris en matière de coopération policière et judiciaire pénale : l'acte doit produire des effets obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant la situation juridique de celui-ci<sup>2415</sup>. Ce recours est principalement ouvert au Parlement européen, au Conseil, à la Commission et aux États membres, lesquels n'ont pas à démontrer un intérêt à agir<sup>2416</sup>. Alors que les particuliers<sup>2417</sup> ne pouvaient former un recours en annulation que lorsqu'une décision les concernait directement et individuellement s'ils en étaient le destinataire<sup>2418</sup>, ils peuvent désormais également contester les actes réglementaires qui les concernent directement et ne comportent pas de mesure d'exécution<sup>2419</sup>. Tout l'enjeu résidera alors dans la définition qui sera retenue de « l'acte réglementaire »<sup>2420</sup> : alors qu'une interprétation stricte de la notion interdirait tout recours contre les actes législatifs<sup>2421</sup>, l'acte réglementaire pourrait viser « tout acte de l'Union ayant

---

<sup>2411</sup> Cf. *infra*.

<sup>2412</sup> M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2012, *op. cit.*, p. 291.

<sup>2413</sup> A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 238 et s.

<sup>2414</sup> Le recours est ouvert pour les actes pris dans tous les domaines d'action de l'Union européenne, hormis celui de la politique étrangère et sécurité commune (art. 275 TFUE).

<sup>2415</sup> La jurisprudence de la Cour est constante sur ce point. V. CJCE, 11 nov. 1981, *IBM Corporation c. Commission des Communautés européennes*, aff. 60/81, Recueil 1981, p. 2639, § 9. Ne sont donc pas attaquables les dispositions des traités, les accords internationaux de l'Union européenne, les avis et recommandations, les actes préparatoires, ou les instructions internes, J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 139.

<sup>2416</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>2417</sup> Personne physique ou personne morale.

<sup>2418</sup> Art. 230 du TUE.

<sup>2419</sup> Art. 263 al. 4 du TFUE. Cet article consacre la jurisprudence de la CJUE, ayant assoupli la nécessité pour l'acte litigieux de concerner individuellement le requérant, CJCE, 25 juil. 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P, Recueil 2002, p. I-6677.

<sup>2420</sup> Sur ce point, v. K. LENAERTS, «Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union», *Cahiers droit européen*, n° 5-6, 2009, p. 725 et s.

<sup>2421</sup> Sont visés les règlements, directives et décisions adoptés sur la base de l'article 279 TFUE, v. *ibid.*, p. 725.



une portée générale et produisant des effets juridiques directs »<sup>2422</sup>, ouvrant ainsi le recours en annulation des actes législatifs aux particuliers. Par conséquent, le justiciable pourrait alléguer une violation de ses droits fondamentaux par un règlement relevant de la coopération judiciaire et policière en matière pénale<sup>2423</sup>.

Le recours en carence est l'autre voie de contrôle de légalité de l'Union en ce qu'il va viser à sanctionner l'illégalité non pas de l'action des institutions, organes ou organismes, mais de leur inaction, uniquement dans le cas où ils auraient préalablement été invités à agir<sup>2424</sup>. À l'image du recours en annulation, les institutions et États membres n'ont pas à démontrer un intérêt à agir ou le fait qu'ils aient été affectés par l'abstention pour saisir la CJUE<sup>2425</sup>. Le recours en carence est également ouvert aux particuliers dans la mesure où l'une des institutions, organes ou organisme de l'Union aurait manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis <sup>2426</sup>, dont ils seraient potentiellement les destinataires ou qui les aurait concernés directement et individuellement<sup>2427</sup>. Au regard de la matière pénale, un recours en carence pourrait être formé contre les abstentions d'agir d'Europol ou Eurojust<sup>2428</sup>, éventuellement dans le but de faire respecter les droits fondamentaux découlant des traités. Cependant, l'harmonisation des droits procéduraux résultant de ce recours semble trop faible pour l'envisager comme un moyen d'harmonisation indirecte.

Enfin, le dernier recours visant à contester la légalité d'un acte est l'exception d'illégalité. Prévu à l'article 277 du TFUE, il se distingue des autres recours en contestation de la légalité en ce qu'il n'est pas une voie autonome de droit mais est incident à un litige principal mettant en cause l'application d'un acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union. Pour que le recours soit recevable, il faut donc que « la mesure individuelle contestée ait un lien juridique direct avec l'acte de portée générale à l'encontre duquel l'exception est soulevée »<sup>2429</sup>. Il est ouvert à « toute partie » : les institutions, les États membres, les personnes physiques ou morales et permet donc aux particuliers de demander l'inapplicabilité d'un acte de portée générale dont ils ne pouvaient

---

<sup>2422</sup> *Ibid.*, p. 727.

<sup>2423</sup> V. COVOLO, «Et la judiciarisation de l'espace pénal européen fut... Mais où se cache le juge pénal européen ?», *op. cit.*, p. 117.

<sup>2424</sup> Art. 265 du TFUE.

<sup>2425</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 167.

<sup>2426</sup> Art. 265 al 3 du TFUE.

<sup>2427</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 167.

<sup>2428</sup> A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 243.

<sup>2429</sup> M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2012, *op. cit.*, p. 312.

contester directement la légalité dans le cadre de l'article 263 du TFUE<sup>2430</sup>. Ce recours incident permet à la Cour de déclarer une mesure inapplicable, en soulignant l'illégalité de l'acte dont elle est issue, éventuellement adopté en matière de coopération policière et judiciaire pénale, car celui-ci est contraire aux droits fondamentaux protégés par les traités. Le litige lui donne l'occasion de préciser la portée de certains droits fondamentaux comme les garanties procédurales en matière pénale.

#### **418. La conformité des recours avec le respect du droit à un recours effectif.**

L'adoption du traité de Lisbonne a assoupli les conditions relatives à l'accès direct à la CJUE pour les particuliers, améliorant ainsi leur protection juridictionnelle<sup>2431</sup>. Pourtant, le système reste lacunaire. Les faiblesses caractérisant les actions procédurales permettant l'intervention de la Cour poussent à s'interroger sur l'effectivité de la protection des droits fondamentaux consacrés par la Charte. En effet, l'exclusion quasi-totale des particuliers de la procédure du renvoi préjudiciel<sup>2432</sup>, et leur implication strictement encadrée dans la procédure contentieuse, réduit les possibilités d'accès à la protection de la Cour en cas de la violation de leurs droits fondamentaux. Or, la Charte proclame en son article 47 le droit à un recours effectif devant un tribunal pour toute personne dont les droits et libertés ont été violés. L'impossibilité pour le particulier de contraindre le juge national à interroger la CJUE sur l'interprétation du droit de l'Union européenne peut-elle constituer une violation du droit à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective ? Dans la mesure où le juge pénal national de dernier ressort peut se soustraire à l'obligation d'opérer un renvoi préjudiciel<sup>2433</sup> en application de la théorie de l'acte clair<sup>2434</sup>, s'il estime que la jurisprudence existante est suffisamment claire sur ce point, peut-on considérer que ce contrôle d'opportunité souverain au regard de la saisine de la Cour porte atteinte au droit à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective ?<sup>2435</sup> Par ailleurs, la longueur de la procédure constitue un obstacle à la protection efficace des droits fondamentaux<sup>2436</sup>, la procédure préjudicielle d'urgence ne

---

<sup>2430</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 181.

<sup>2431</sup> K. LENAERTS, «Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union», *op. cit.*, p. 742.

<sup>2432</sup> Bien que cette procédure ne puisse être envisagée comme un recours contentieux, la Cour se limitant à répondre à une question concernant l'interprétation du droit de l'UE.

<sup>2433</sup> Obligation découlant de l'art. 267 al 3 du TFUE.

<sup>2434</sup> « L'application du droit communautaire peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée », CJCE, 6 oct. 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, aff. 283/81, Recueil 1982, p. 3415, pt. 16.

<sup>2435</sup> Pour une analyse poussée de ce point, v. V. COVOLO, «Et la judiciarisation de l'espace pénal européen fut... Mais où se cache le juge pénal européen ?», *op. cit.*, p. 118 et s.

<sup>2436</sup> Concernant les questions préjudicielles, la longueur des procédures est d'une vingtaine de mois en moyenne, G. VERNIMMEN, «Quel contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen ? Les

s'appliquant que dans des cas restreints<sup>2437</sup>. Concernant les recours portant sur la légalité des actes, les hypothèses de saisine de la CJUE par les particuliers sont très limitées : ne pourrait-on pas considérer que ces restrictions sont contraires au droit à un recours effectif ?<sup>2438</sup>

Bien que les faiblesses des mécanismes de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne n'offrent pas une base propice à une harmonisation significative des garanties procédurales en matière pénale, la Cour s'est déjà positivement engagée dans cette voie.

### C. L'engagement de la CJUE au regard de la protection des garanties procédurales en matière pénale

Dans le développement de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne, les garanties procédurales ont fait l'objet de nombreuses décisions, d'abord en matière civile et commerciale (1), puis dans une moindre mesure, en matière pénale (2).

#### 1. Les premiers développements relatifs aux garanties procédurales dans l'UE

##### **419. La protection des garanties procédurales en matière civile et commerciale.**

Les premières références de la Cour de justice à la protection des droits procéduraux se trouvent bien naturellement en matière concurrentielle, l'appropriation progressive de la matière pénale par l'Union européenne étant récente. En effet, déjà en 1979 dans l'affaire *Hoffmann-La Roche c. Commission des Communautés européennes*<sup>2439</sup>, la Cour énonçait que « le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, (...) constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure administrative »<sup>2440</sup>. Par la suite, la Cour de justice a affiné sa jurisprudence<sup>2441</sup>, par la consécration par exemple du droit à bénéficier d'une procédure

---

changements annoncés par le traité modificatif», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 303.

<sup>2437</sup> Cf. même partie, Titre 1, Section 2.

<sup>2438</sup> Cette question a également été soulevée par G. TAUPIAC-NOUVEL, v. G. TAUPIAC-NOUVEL, «La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux en matière répressive», *op. cit.*, § 13.

<sup>2439</sup> CJCE, 13 fév. 1979, *Hoffman-La Roche c. Commission des Communautés européennes*, aff. 85/76, Recueil 1979, p. 461.

<sup>2440</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>2441</sup> Pour un exposé des garanties procédurales accordées en droit de la concurrence, v. G. FRIDEN, «Les garanties procédurales en droit communautaire de la concurrence», in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 473.

contradictoire et à être entendu avant toute prise de décision<sup>2442</sup>, à ne pas s'auto incriminer en interdisant à la Commission de forcer une entreprise à avouer une infraction aux règles de la concurrence<sup>2443</sup> ou encore, à bénéficier du secret de la défense, des correspondances entre la personne visée par la procédure et son conseiller juridique<sup>2444</sup>. La Cour eut également l'occasion de se pencher sur l'appréciation du respect du délai raisonnable de la procédure<sup>2445</sup>, et plus généralement, sur le respect de la présomption d'innocence « dans le cadre de procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amende ou d'astreintes »<sup>2446</sup>.

## 2. La protection des garanties procédurales en matière pénale

L'intérêt n'est pas ici d'étudier en profondeur toutes les décisions de la CJUE relatives à la protection des droits fondamentaux en matière pénale, mais de tirer les conclusions de l'extension des actions procédurales à l'égard tant de la protection des droits fondamentaux que de la matière pénale, en se fondant sur la jurisprudence existante dans ce domaine, afin d'évaluer les nouvelles possibilités d'harmonisation des droits procéduraux par la CJUE.

**420. La protection des garanties procédurales par la CJUE en matière pénale via le recours en annulation.** Dans l'arrêt *Kadi et Al Barakaat*<sup>2447</sup> du 3 septembre 2008, la Cour a annulé un règlement du Conseil en ce qu'il portait atteinte aux droits de la défense. Outre les enseignements relatifs aux rapports entre l'ordre juridique communautaire et le droit international<sup>2448</sup>, la Cour précise la portée des droits de la défense lors de l'exécution d'une mesure de gels des avoirs liés au financement du terrorisme. Suivant les conclusions de

---

<sup>2442</sup> CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Limited c. Commission des Communautés européennes*, aff. 136/79, Recueil 1980, p. 2033, § 21.

<sup>2443</sup> CJCE, 18 oct. 1989, *Orkem c. Commission des Communautés européennes*, aff. 374/87, Recueil 1989, p. 3283, § 35.

<sup>2444</sup> CJCE, 18 mai 1982, *AM & S c. Commission des Communautés européennes*, aff. 155/79, Recueil 1982, p. 1575.

<sup>2445</sup> CJCE, 17 déc. 1998, *Baustablgewebe GmbH c. Commission des Communautés européennes*, aff. C 185/95 P, Recueil 1998, p. I-8417.

<sup>2446</sup> CJCE, 8 juil. 1999, *Montecani SpA c. Commission des Communautés européennes*, aff. C 235/92 P, Recueil 1999, p. I-4539, § 175 et s.

<sup>2447</sup> CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, Recueil 2008, p. I-06351.

<sup>2448</sup> En l'espèce, le règlement litigieux mettait en œuvre des sanctions (gels d'avoirs et des biens), issues d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies et dirigées contre des personnes soupçonnées d'appartenir à l'organisation AL-QAIDA, v. P. D'ARGENT, « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *Journal de droit européen*, n° 153, 2008, p. 267. V. également sur ce point les conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro, présentées le 16 jan. 2008, aff. C-402/05 P, § 17 et s.

l'avocat général incitant la Cour à faire preuve de sagesse dans les domaines liés à la menace terroriste lors de son appréciation de l'équilibre entre les valeurs en jeu<sup>2449</sup>, la Cour de justice annule le règlement litigieux : ne permettant de fournir aucune garantie quant à la communication des éléments retenus à charge ou à l'audition des requérants<sup>2450</sup>, et n'organisant aucune procédure permettant au requérant d'exposer sa cause aux autorités compétentes<sup>2451</sup>, celui-ci porte atteinte aux droits de la défense, et plus particulièrement au droit d'être entendu et au droit à un contrôle juridictionnel effectif<sup>2452</sup>. Cette position fut maintenue par la suite<sup>2453</sup>.

Si la décision est riche d'enseignements, il semble difficile qu'un cas similaire se présente lors de la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire, comme la directive relative à la décision d'enquête européenne, le recours en annulation ne permettant que de contester la légalité d'un acte d'une institution, organe ou organisme de l'Union affectant les droits de son destinataire, et non la légalité d'un acte pris par une autorité nationale en application du droit de l'Union européenne<sup>2454</sup>. Par ailleurs, la validité des opérations menées par la police ou d'autres autorités répressives dans un État membre sont expressément exclues de la compétence de la CJUE<sup>2455</sup>. L'impact du recours en annulation en matière pénale dans le cadre de la coopération judiciaire et policière semble donc très limité. Pourtant, le traité de Lisbonne a ouvert la voie à la contestation de la légalité des actes pris en matière pénale pour violation des droits fondamentaux lorsque ceux-ci sont pris par des organes ou organismes de l'Union : compte-tenu des perspectives d'approfondissement des fonctions d'Europol et d'Eurojust, un recours en annulation contre les actes de ces organes serait envisageable<sup>2456</sup>. Mais l'harmonisation des garanties procédurales, telles qu'elle est souhaitée pour faciliter la recevabilité de la preuve européenne, peut-elle réellement résulter

---

<sup>2449</sup> Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro, *op. cit.*, § 45 et 46.

<sup>2450</sup> CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, *op. cit.*, § 352.

<sup>2451</sup> *Ibid.*, § 368 et s.

<sup>2452</sup> *Ibid.*, § 333 et 334.

<sup>2453</sup> À la suite de cette décision, la Commission a communiqué à M. Kadi l'exposé des motifs de l'inscription de ce dernier qui lui avait été fourni par le comité des sanctions. Après avoir recueilli les observations de M. Kadi à l'égard de ces motifs, elle a décidé, par un nouveau règlement de maintenir cette inscription. Ce règlement fut annulé par le Tribunal, et l'annulation contestée devant la CJUE. La CJUE, dans une décision de juillet 2013, décide du l'annulation du règlement litigieux. Elle estime d'une part que la plupart des motifs retenus à l'encontre de M. Kadi sont suffisamment précis et concrets pour permettre un exercice utile des droits de la défense ainsi qu'un contrôle juridictionnel de la légalité de l'acte attaqué mais que, d'autre part, aucun élément d'information ou de preuve n'avait été avancé pour étayer les allégations, fermement réfutées par M. Kadi, relative à une implication de sa part dans des activités liées au terrorisme international. La Cour a donc rejeté les pourvois formés contre la décision du Tribunal. CJUE, 18 juil. 2013, *Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi*, aff. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié.

<sup>2454</sup> J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 139.

<sup>2455</sup> Art. 276 du TFUE.

<sup>2456</sup> A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 240-241.

de la jurisprudence de la CJUE dans le cadre du recours en annulation ? La voie du renvoi préjudiciel semble plus prometteuse.

**421. La protection des garanties procédurales en matière pénale via le renvoi préjudiciel.** Parmi toutes les actions procédurales permettant d'engager la compétence de la Cour, la question préjudicielle est la voie la plus empruntée<sup>2457</sup>. Il est donc logique que cette tendance se retrouve en matière pénale, d'autant plus que les conditions d'accès au contentieux de la légalité avant l'adoption du traité de Lisbonne étaient beaucoup plus restrictives. La Cour eut pour la première fois l'occasion de répondre à une question préjudicielle relative à la mise en œuvre d'un instrument de coopération policière et judiciaire en matière pénale lors de l'affaire *Pupino*<sup>2458</sup>. La question posée à la Cour était celle de la portée de la décision-cadre du 15 mars 2001 relative aux droits des victimes et sur sa mise en œuvre dans la phase pré-sententielle en Italie, plus particulièrement au regard du recueil anticipé de témoignages d'enfants de cinq ans, alors même que la procédure pénale italienne ne l'envisageait pas<sup>2459</sup>. Tout en élargissant le champ de l'obligation d'interprétation conforme du droit national au droit communautaire aux instruments adoptés dans le cadre du 3<sup>ème</sup> pilier<sup>2460</sup>, la Cour précise que l'interprétation de la décision-cadre et l'application des mesures qui en découlent ne doivent pas priver la personne poursuivie du droit à bénéficier d'une procédure équitable<sup>2461</sup>. La Cour ne se prononce pas directement sur la conformité des mesures de la décision-cadre au droit à une procédure équitable mais *a contrario*, n'estime pas

---

<sup>2457</sup> En 2011, la Cour a été saisie de 688 affaires, dont 423 renvois préjudiciels, J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 54.

<sup>2458</sup> CJCE, 16 juin 2005, *Procédure pénale c. Maria Pupino*, aff. C-105/03, Recueil 2005, p. I-5285. V. A. WEYEMBERGH, «L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme : l'arrêt *Pupino* du 16 juin 2005 de la Cour de justice des Communautés européennes», in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 45. et A. WEYEMBERGH, P. DE HERT et P. PAEPE, «L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons», *Rev. Trim. D.H.*, n° 69, 2006, p. 269.

<sup>2459</sup> Les cas où le témoin ne comparait pas à l'audience sont limitativement limités par le code de procédure pénale italien, v. T. MAGNO, «The Pupino Case: Background in Italian Law and consequences for the national judge», *ERA-Forum*, vol. 8, 2007, p. 217.

<sup>2460</sup> A. WEYEMBERGH, «L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme : l'arrêt *Pupino* du 16 juin 2005 de la Cour de justice des Communautés européennes», in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 52 et s.

<sup>2461</sup> L'interprétation conforme du droit national trouve ses limites dans les principes généraux du droit que sont la sécurité juridique et la non-rétroactivité par exemple (A. WEYEMBERGH, P. DE HERT et P. PAEPE, «L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons», *op. cit.*, p. 279.), mais également le droit à un procès équitable. CJCE, 16 juin 2005, *Procédure pénale c. Maria Pupino*, *op. cit.*, § 60 : « Il incombe à la juridiction de renvoi de s'assurer que, à supposer que le recours à la procédure incidente d'administration anticipée de la preuve et l'audition selon des modalités particulières prévues par le droit italien soient en l'occurrence possibles, compte tenu de l'obligation d'interprétation conforme du droit national, l'application de ces mesures ne soit pas de nature à rendre la procédure pénale dirigée contre Mme Pupino, considérée dans son ensemble, inéquitable au sens de l'article 6 de la convention, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme ».

que ces mesures portent atteinte aux droits protégés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, à charge pour la juridiction nationale d'assurer l'équité de la procédure dans son ensemble. Par extension, l'administration de la preuve telle qu'elle résulte des instruments de coopération judiciaire et policière en matière pénale doit respecter le droit à une procédure équitable mais la Cour n'est pas compétente pour une appréciation *in concreto* et laisse cette responsabilité au juge pénal national. Cette position est en quelque sorte dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, refusant de se prononcer sur la recevabilité d'une preuve pénale, la question relevant au premier chef du droit interne<sup>2462</sup>.

Le dialogue entre les juridictions nationales et la CJUE au regard de l'interprétation des instruments de reconnaissance mutuelle n'est pour l'instant pas très fourni, peu de décisions ayant été rendues à l'égard de l'interprétation de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen<sup>2463</sup>, mais l'adoption prochaine de la directive relative à la décision-d'enquête européenne, remplaçant une large partie des instruments de coopération judiciaire existants, devrait permettre au juge de l'Union de s'exprimer plus précisément sur la protection des droits fondamentaux dans l'exécution des mesures d'enquête transnationales. La jurisprudence récente de la Cour mérite cependant d'être mentionnée, particulièrement les décisions *Radu*<sup>2464</sup> et *Melloni*<sup>2465</sup>, dans lesquelles la Cour de Luxembourg a dû se prononcer sur la conformité de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Si dans l'affaire *Melloni*, la Cour privilégie un raisonnement fondé sur le principe de primauté du droit de l'Union afin de préserver l'efficacité des instruments de coopération judiciaire<sup>2466</sup>, deux éléments peuvent être retenus. D'une part, la Cour de justice, faisant directement référence aux arrêts de la Cour EDH, montre la volonté de s'aligner sur la jurisprudence strasbourgeoise et éviter tout risque de contradiction dans

---

<sup>2462</sup> Cf. *infra*.

<sup>2463</sup> V. à ce sujet A. WEYEMBERGH et V. RICCI, «Les interactions dans le secteur de la coopération judiciaire : le mandat d'arrêt européen», in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA, *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 203 et s. V. également S. BOT, «Le dialogue entre les juridictions nationales et la CJ - L'exemple du mandat d'arrêt européen», in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 65 et s. Plus récemment, au sujet du renvoi préjudiciel opéré par le Conseil constitutionnel français, v. D. SIMON, «"Il y a toujours une première fois". - À propos de la décision 2013-314 QPC de Conseil constitutionnel du 4 avril 2013», étude 5, *Europe*, n° 5, Mai 2013. V. également à ce sujet H. LABAYLE, «Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice», *RFDA*, 2013, p. 461, note sous Cons. Const., 4 av. 2013, QPC n° 2013-314 P.

<sup>2464</sup> CJUE, 9 jan 2013, *Ciprian Vasile Radu*, aff. C. 396/11, Recueil 2013, *Europe* n° 3, mars 2013, comm. N° 126, obs. F. GAZIN.

<sup>2465</sup> CJUE, 26 fév. 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, aff. C-399/11, Recueil 2013, *Europe* n° 4, avr. 2013, comm. n° 166, obs. F. GAZIN.

<sup>2466</sup> Par une interprétation restrictive de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux.

l'interprétation des droits fondamentaux<sup>2467</sup>. D'autre part, la consultation croissante de la Cour de justice par des juridictions nationales dans l'exécution du mandat d'arrêt européen laisse présager une consultation accrue de la Cour de justice au regard de l'application de la directive relative à la décision d'enquête européenne et de la protection des droits fondamentaux, pouvant indirectement influencer la question de la recevabilité de la preuve européenne au niveau national<sup>2468</sup>.

**422. Conclusion du paragraphe 2.** La marge de manœuvre de la CJUE dans l'harmonisation des garanties procédurales en matière pénale était relativement réduite, et n'a pour l'instant pas donné lieu à une jurisprudence fournie. Pourtant, la situation est vouée à évoluer, notamment grâce aux améliorations apportées par le traité de Lisbonne, principalement en consacrant la compétence de la Cour à l'égard du contrôle juridictionnel des actes de l'Union relevant de la coopération policière et judiciaire pénale. De plus, il est à prévoir que le contentieux relatif aux garanties procédurales enflera suite à l'adoption des trois directives relatives au droit à l'information, au droit à l'interprétation et à la traduction et au droit d'accès à un avocat : la Cour pourrait être priée d'éclaircir la portée de ces textes dans le cadre de procédures répressives nationales comme transnationales et éventuellement s'affranchir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière pour la dépasser et exiger une protection accrue et uniforme des garanties procédurales durant la phase pré-sententielle. Cependant, si cette évolution positive du pouvoir harmonisateur indirect de la CJUE est prévisible, sa portée reste encore incertaine et ne semble pas remettre en cause le rôle central du juge national<sup>2469</sup> dans la vérification du respect des droits fondamentaux au regard de la recevabilité de la preuve pénale dans les procédures transnationales<sup>2470</sup>.

---

<sup>2467</sup> M. BRKAN, «L'arrêt Melloni : nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne», *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2013, p. 142.

<sup>2468</sup> Comme le souligne d'ailleurs H. LABAYLE, « La mécanique préjudicielle est une pièce indispensable du processus de la reconnaissance mutuelle, du point de vue tant de l'interprétation du droit que de l'appréciation de sa légalité », H. LABAYLE, «Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 135.

<sup>2469</sup> Sur la place prépondérante des juges nationaux dans le contrôle juridictionnel des actes de droit dérivé de l'Union en matière pénale, v. *Ibid.*, p. 137.

<sup>2470</sup> S. DE BIOLLEY énumère en ce sens certains secteurs de la coopération en matière pénale qui ne devraient pas susciter de contentieux important devant la CJUE comme l'observation transfrontalière, l'échange d'informations policières, ou encore l'action d'Europol et d'Eurojust, les litiges opposant le plus souvent une autorité nationale à une autre autorité nationale, S. DE BIOLLEY, «Quelles contributions de la CJ à l'espace pénal européen demain ?», in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 327.



**423. Conclusion de la section 1.** S'il fallait établir un bilan de l'action de l'Union européenne au regard de la protection des garanties individuelles, celui-ci ne pourrait qu'être mitigé. En effet, les efforts fournis en vue de l'adoption d'instruments œuvrant pour le rapprochement des législations procédurales nationales sont à féliciter et témoignent d'une prise de conscience de l'importance pour chaque citoyen européen de bénéficier de garanties similaires dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. À l'égard de la preuve pénale, l'harmonisation des droits procéduraux produit également des effets bénéfiques tant au regard de l'obtention de la preuve, que du contrôle de sa recevabilité. En effet, la confiance mutuelle entre autorités judiciaires résultant du respect de hautes exigences quant à la protection des droits fondamentaux dans le processus répressif participe à la fluidification de la coopération judiciaire visant à l'obtention de la preuve européenne. Par ailleurs, le rapprochement de la légalité matérielle dans la recherche et l'administration de la preuve facilite la vérification de la recevabilité de la preuve recueillie à l'étranger, compte-tenu de la faible importance du respect de la légalité formelle. La défense a ainsi l'opportunité de déceler plus aisément les irrégularités et les éventuelles violations des droits dont elle bénéficie pour présenter une requête visant à l'annulation ou l'exclusion de l'acte litigieux. De la même façon, l'appréciation de l'irrégularité ou l'illégalité par le juge de la procédure est simplifiée.

Pourtant, l'action d'harmonisation enclenchée au niveau de l'Union européenne est pour l'instant insuffisante pour permettre à la défense de contester efficacement la recevabilité d'une preuve européenne. D'une part, le succès de l'entreprise dépend de la bonne volonté des États membres quant à la transposition des dispositions normatives, ceux-ci pouvant profiter des régimes dérogatoires envisagés pour laisser une large marge de manœuvre au juge national<sup>2471</sup>. D'autre part, aucune disposition n'accompagne la violation des droits ainsi protégés d'une quelconque sanction, comme l'irrecevabilité des éléments de preuve recueillis. Or, une position plus audacieuse aurait permis une harmonisation réellement bénéfique à la défense.

Section 2 : L'harmonisation « indirecte » grâce à l'action de la Cour européenne des droits de l'homme

**424. Le rapprochement par le renforcement de la protection des droits individuels.** La force de la Convention européenne des droits de l'homme réside en ce

---

<sup>2471</sup> V. par exemple l'art. 3 § 6 et § 7 de la directive du 22 oct. 2013 sur le droit d'accès à un avocat.

qu'elle ne se limite pas à énoncer des droits fondamentaux que les États parties s'engagent à respecter, mais en ce qu'elle a mis en place un mécanisme de contrôle du respect de ces engagements, accessible à toute personne estimant que l'État a failli à ses obligations<sup>2472</sup>. Ainsi, depuis son premier arrêt en 1961<sup>2473</sup>, la Cour européenne a développé une jurisprudence abondante et complexe, en interprétant la Convention comme un instrument vivant, à la lumière des conditions de vie actuelles<sup>2474</sup>.

L'action de la Cour ne vise pas à l'harmonisation des législations nationales mais à la seule protection des droits individuels garantis par la Convention. L'interprétation évolutive des termes généraux et vagues consacrés par le texte, par les juges européens, aspire essentiellement à une meilleure protection des droits fondamentaux. Ce renforcement a indirectement conduit à un rapprochement des législations et jurisprudences nationales<sup>2475</sup>, notamment à l'égard des garanties accordées aux suspects lors de toute procédure répressive.

**425. L'étendue de la jurisprudence européenne en matière pénale.** Offrir une présentation détaillée des décisions des juges européens en matière pénale est une tâche colossale tant la jurisprudence est riche<sup>2476</sup>, et ne sera pas l'approche privilégiée ici. En effet, l'impact de la jurisprudence de la Cour ne se mesure pas uniquement par l'importance quantitative des décisions mais se base sur le fait que la Cour s'est progressivement « approprié » toutes les phases et les secteurs de la matière pénale, bien que les conséquences de cette action extensive sur le rapprochement des législations pénales méritent d'être tempérées (§ 1). Par ailleurs, la procédure pénale apparaissant « comme un des points névralgiques de la justice pénale »<sup>2477</sup>, la question de la preuve pénale a largement été affectée par la jurisprudence de la Cour, en dépit du fait que celle-ci ait toujours considéré que la recevabilité de la preuve relevait au premier chef du droit interne (§ 2).

---

<sup>2472</sup> F. MATSCHER, «Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle - Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne», in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 16.

<sup>2473</sup> CEDH, 1 juil. 1961 (fond), *Lawless c. Irlande*, req. n° 332/57, Série A n° 3.

<sup>2474</sup> Pour une première affirmation de cette formule régulièrement reprise par la Cour, CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, Série A n° 26, § 31.

<sup>2475</sup> M.-H. DESCAMPS, «La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 88.

<sup>2476</sup> « Traiter des liens entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal ne va pas sans renoncer d'emblée à l'exhaustivité », J. CALLEWAERT, «La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale», in *La justice pénale et l'Europe*, 1996, *op. cit.*, p. 135.

<sup>2477</sup> *Ibid.*, p. 136.

## § 1. La fonction de rapprochement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale

Délivrés de toute ambition d'exhaustivité, les présents développements illustreront toute l'étendue de la jurisprudence européenne en matière pénale, que les juges européens se soient intéressés au droit pénal matériel ou au volet procédural, et plus particulièrement à la phase pré-sententielle<sup>2478</sup> (A). Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut à elle seule créer le ciment entre États Membres<sup>2479</sup>, sa nature juridictionnelle et la distance qu'elle maintient à l'égard des droits nationaux limitant l'influence harmonisatrice de ses décisions (B).

### A. L'impact de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation en matière pénale

**426. L'impact sur le droit pénal matériel.** Grâce à une interprétation évolutive et audacieuse de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>2480</sup>, notamment des articles 5 (droit à la liberté et à la sûreté), 6 (droit à un procès équitable) et 7 (droit au respect de la vie privée), la Cour de Strasbourg a œuvré pour une protection accrue des droits de l'homme en matière pénale, touchant tous les systèmes des États parties. Monsieur Badinter, à l'occasion des débats relatifs au projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, estimait d'ailleurs que la Cour européenne des droits de l'homme était le « meilleur instrument à la fois pour la modernisation et pour le rééquilibrage du procès pénal et de la procédure pénale en France »<sup>2481</sup>.

À l'égard du droit pénal matériel, la compétence souveraine des États parties dans l'incrimination de certains comportements a été occasionnellement mise à mal par la jurisprudence de la Cour européenne, lorsque la répression en question portait atteinte au

---

<sup>2478</sup> V. par exemple R. KOERING-JOULIN, «La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne», in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 47.

<sup>2479</sup> O. DE SCHUTTER, «La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle», in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, 2005, *op. cit.*, p. 100.

<sup>2480</sup> Le professeur B. DE LAMY parle de « jurisprudence imaginative », v. B. DE LAMY, «La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux», étude 12, *Droit pénal*, n° 9, sept. 2011, § 1.

<sup>2481</sup> Intervention de R. BADINTER, lors de la 2ème lecture du projet de loi sur «l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité», Sénat, séance du 20 jan. 2004, texte disponible sur le site internet du Sénat, [http://www.senat.fr/seances/s200401/s20040120/s20040120002.html#REF\\_4](http://www.senat.fr/seances/s200401/s20040120/s20040120002.html#REF_4)

respect du droit à la vie privée<sup>2482</sup>, à la liberté de religion<sup>2483</sup> (article 9 de la Convention), ou à la liberté d'expression<sup>2484</sup> (article 10 de la Convention). Les sanctions pénales prononcées par les juridictions nationales ont également pu être censurées par les juges européens, en raison de leur caractère particulièrement inhumain et dégradant inadmissible<sup>2485</sup>. Ce fut le cas par exemple des châtiments corporels imposés à des mineurs<sup>2486</sup>, ou plus récemment, des peines de perpétuité réelles sans possibilité de liberté conditionnelle<sup>2487</sup>.

**427. L'influence sur droit pénal procédural.** Si la Convention a exercé une influence non négligeable sur le droit pénal matériel, c'est en matière procédurale que l'impact a été le plus significatif<sup>2488</sup>, tant concernant la phase sententielle que la phase pré-sententielle.

Concernant la phase de jugement et celle de son exécution, la Cour a apporté des précisions sur l'interprétation de l'article 6, par exemple sur l'indépendance<sup>2489</sup> et l'impartialité des cours et tribunaux<sup>2490</sup>. La longueur des procédures répressives a abondamment été contestée devant la Cour européenne, une durée excessive privant la procédure de son caractère équitable et portant atteinte à l'efficacité de l'institution judiciaire<sup>2491</sup>. Cependant, l'évaluation concrète du concept flou qu'est le délai raisonnable, tenant compte de l'extrême complexité de l'instruction, a conduit à des décisions divergentes<sup>2492</sup>, ne pouvant constituer un repère temporel fixe pour les États parties. En ce qui concerne les prérogatives accordées à la défense, la Cour a développé une jurisprudence très fournie quant à l'exercice de ces droits tant au regard de la phase de jugement que dans

---

<sup>2482</sup> La Cour a estimé que la pénalisation des relations sexuelles entre homosexuels de plus de 21 ans en Irlande du Nord était contraire à l'article 8, protégeant le droit au respect de la vie privée, v. CEDH, 22 oct. 1981, *Dunne c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, *Série A* n° 45.

<sup>2483</sup> Sur la condamnation d'un témoin de Jéhovah pour prosélytisme, CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n° 14307/88, *Série A* n° 260-A.

<sup>2484</sup> Sur la condamnation d'un journaliste pour avoir diffamé le chancelier fédéral autrichien, CEDH, 8 juil. 1996, *Lingens c. Autriche*, req. n° 9815/82, *Série A* n° 103.

<sup>2485</sup> L'aspect humiliant de la peine doit être particulièrement grave et dépasser celui que présente toute peine ordinaire, v. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 317.

<sup>2486</sup> CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, *Série A* n° 26, § 35.

<sup>2487</sup> CEDH, 9 juil. 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 66069/09, § 122.

<sup>2488</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 79.

<sup>2489</sup> Par exemple, le procureur, subordonné au ministre de la Justice, ne mérite pas l'appellation de tribunal et de surcroît, ne présente pas l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause, CEDH, 2 mai 1998, *Vasilescu c. Roumanie*, req. n° 27053/95, *Recueil des arrêts et des décisions* 1998-III.

<sup>2490</sup> Sur le manque d'impartialité d'un juge intervenu au cours de la procédure en tant qu'expert pour l'adversaire des requérants, CEDH, 8 fév. 2007, *Scarv et Kavik c. Slovaquie*, req. n° 75617/01.

<sup>2491</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 430.

<sup>2492</sup> J. CALLEWAERT, «La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale», in *La justice pénale et l'Europe*, 1996, *op. cit.*, p. 153.

la phase pré-sententielle, et nous n'en donnerons ici seulement quelques exemples. Lors de l'audience juridictionnelle, l'accusé peut interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation des témoins à décharge dans les mêmes conditions<sup>2493</sup>. Ce droit emporte pour le juge pénal l'interdiction de se fonder uniquement sur des témoignages antérieurs à l'audience<sup>2494</sup>. De même, une condamnation ne peut être décidée sur la base unique d'un témoignage à charge, alors que l'accusé n'a eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger le témoin ni lors de l'instruction, ni lors de l'audience, sans porter atteinte à l'équité de la procédure<sup>2495</sup>. L'accusé a également le droit de « se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix »<sup>2496</sup>. Ce droit n'est cependant pas absolu : si le défaut d'expérience peut porter préjudice à la défense, les intérêts de la justice peuvent exiger l'assistance d'un avocat d'office<sup>2497</sup>. L'exercice du droit à l'assistance d'un avocat durant la phase précédant le jugement, plus particulièrement durant les premiers moments de l'investigation et lorsque le suspect est placé en garde à vue, a récemment suscité le vif intérêt de la Cour mais également des législateurs nationaux. Les évolutions jurisprudentielles européennes, œuvrant pour une assistance accrue d'un professionnel du droit dès les premiers instants de l'enquête, ont rejailli sur les législations nationales souvent insuffisamment protectrices<sup>2498</sup>. Toujours dans la phase pré-sententielle, la détention préventive (ou détention provisoire) a fait l'objet de nombreuses décisions<sup>2499</sup>. La gravité de cette mesure pré-sententielle, faisant « peser sur l'individu une véritable présomption de culpabilité »<sup>2500</sup>, explique aisément que la Cour ait eu l'occasion de se pencher sur l'interprétation de l'article 5 de la Convention, notamment au regard des motifs de la décision de placement en détention provisoire<sup>2501</sup>, de la prolongation de la mesure<sup>2502</sup>, mais également

---

<sup>2493</sup> Art. 6 § 3 d) de la Convention EDH. Sur l'intégration de la principe dans la procédure pénale anglaise, v. J. R. SPENCER, «Why the harmonisation of penal law necessary?», in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 43.

<sup>2494</sup> CEDH, 24 nov. 1986, *Unterpertinger c. Autriche*, req. n° 8398/78, Série A n° 110.

<sup>2495</sup> CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c. France*, req. n° 71846/01, § 23.

<sup>2496</sup> Art. 6 § 3 c de la Convention EDH.

<sup>2497</sup> CEDH, 25 avr. 1983, *Pakelli c. Allemagne*, req. n° 8398/78, Série A n° 64, § 38 et s.

<sup>2498</sup> V. *infra*.

<sup>2499</sup> Sur ce point, voir l'étude y consacrée O. DE SCHUTTER, «Les cadres de la fonction de juger les droits fondamentaux : le cas de la détention préventive», in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 177.

<sup>2500</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 353.

<sup>2501</sup> Selon l'art. 5 § 1 c), trois motifs non cumulatifs peuvent justifier le placement de détention provisoire : le soupçon de commission d'une infraction (CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, req. n° 12244/86, Série A n° 182), la prévention de la commission d'une nouvelle infraction, le risque de fuite.

<sup>2502</sup> Sur la prolongation automatique d'une détention provisoire, v. CEDH, 9 mars 2006, *Svipsta c. Lettonie*, req. n° 66820/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-III ; ou encore sur le contournement de la loi fixant la durée maximale de la détention par un nouveau placement quelques minutes après la libération, v. CEDH, 10 mai 2007, *John c. Grèce*, req. n° 199/05.

des droits de la personne privée de liberté<sup>2503</sup>. La conformité de certaines mesures d'investigation à l'équité de la procédure et au respect du droit à la vie privée a également été régulièrement examinée par la Cour européenne comme ce fut le cas des perquisitions<sup>2504</sup>, ou des écoutes téléphoniques<sup>2505</sup>.

Sans remettre totalement en cause l'impact des décisions évoquées sur la matière pénale à l'échelle européenne, il convient d'exposer les limites s'imposant à l'action harmonisatrice de la Cour.

## B. Les limites de l'harmonisation indirecte

**428. Le respect des droits nationaux par la subsidiarité.** Si l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation sur les législations nationales pénales est indéniable, le rôle de la jurisprudence de la Cour européenne dans le rapprochement des droits nationaux est cependant limité<sup>2506</sup>. Les premiers obstacles tiennent aux restrictions portées par la Convention aux compétences de la Cour, aux conditions relatives à la recevabilité des requêtes<sup>2507</sup>, et à la portée de ses décisions. Le caractère subsidiaire du mécanisme de recours devant les juges européens constitue un premier obstacle de taille : la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, dans un délai de six mois après la date de la décision interne définitive<sup>2508</sup>, laissant aux autorités nationales la charge de garantir le respect des droits de la Convention en premier lieu<sup>2509</sup>. La conséquence de la subsidiarité est le caractère uniquement réactif et conditionnel de l'action de la Cour, qui ne peut constater une violation à la Convention que si elle a été régulièrement présentée devant elle<sup>2510</sup>.

---

<sup>2503</sup> Comme par exemple le droit à être jugé dans un délai raisonnable ou libéré pendant la procédure, CEDH, 8 juin 1995, *Yagci et Sargin c. Turquie*, req. n° 16419/90, Série A n° 319-A.

<sup>2504</sup> Concernant la perquisition du cabinet d'un avocat, CEDH, 25 fév. 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, req. n° 51772/99, *Recueil des arrêts et décisions 2003-IV* ; ou la perquisition des domiciles et lieux de travail de journalistes et la saisie de documents, CEDH, 15 juil. 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, req. n° 33400/96.

<sup>2505</sup> CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. N° 11801/85, Série A n° 176-A et CEDH, 24 avr. 1990, *Huwig c. France*, req. n° 11105/84, Série A n° 176-B.

<sup>2506</sup> « Tout en tendant à une harmonisation de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la Convention, la Cour n'a pas pour tâche de dicter l'uniformité », F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle - Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1998, *op. cit.*, p. 31.

<sup>2507</sup> Pour un exposé de l'examen de la recevabilité des requêtes, v. J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 241 et s.

<sup>2508</sup> Art. 35 de la Convention EDH.

<sup>2509</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 290.

<sup>2510</sup> En 2011, 78,56% des requêtes présentées ont été déclarées irrecevables ou radiées du rôle, v. J.-L. SAURON, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2012, *op. cit.*, p. 206.

#### 429. Le respect des droits nationaux par la marge nationale d'appréciation.

Parallèlement à la subsidiarité, le respect des droits nationaux se manifeste au travers de la « marge nationale d'appréciation »<sup>2511</sup>, reconnaissant « la diversité des systèmes de droit, voire un pluralisme des ordres juridiques eux-mêmes »<sup>2512</sup>. Cette doctrine, développée lorsque certains États ont voulu déroger aux dispositions de la Convention en application de l'article 15 prévoyant le cas d'un danger public menaçant la vie de la nation<sup>2513</sup>, exprime l'obligation pour la Cour européenne de « respecter, dans une certaine mesure, la variété culturelle et idéologique des différents systèmes juridiques qui caractérisent l'Europe »<sup>2514</sup>. Concrètement, ce concept peut être défini comme le refus de la Cour de se substituer aux autorités nationales dans l'élaboration du droit interne, mais également aux autorités juridictionnelles dans l'interprétation et l'application des lois nationales<sup>2515</sup>, en conférant aux États un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des limitations aux droits protégés par la Convention<sup>2516</sup>. À l'exception des droits intangibles ne souffrant d'aucune dérogation<sup>2517</sup>, comme l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, le domaine d'application de la marge nationale d'appréciation est étendu, notamment en matière pénale. Par exemple, le recours à la marge nationale d'appréciation dans la limitation de l'article 10, protégeant la liberté d'expression, est aisément admis par la Cour quand les intérêts en jeu ont trait à la sécurité nationale ou la prévention du crime<sup>2518</sup>. Comme le souligne Madame le Professeur Weyembergh<sup>2519</sup>, il ne s'agit pas de condamner le recours à la marge nationale d'appréciation ici, mais seulement montrer qu'il constitue un frein à l'harmonisation des droits nationaux par l'action de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

<sup>2511</sup> Pour une présentation complète de la marge nationale d'appréciation, v. F. TULKENS et L. DONNAY, «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme - Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?», *RSC*, n° 1, 2006, p. 3 et s.

<sup>2512</sup> M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, déc. - oct. 2000, p. 754.

<sup>2513</sup> P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 65.

<sup>2514</sup> F. MATSCHER, «Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle - Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1998, *op. cit.*, p. 31.

<sup>2515</sup> P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1998, *op. cit.*, p. 69.

<sup>2516</sup> F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 9ème éd., Paris, PUF, 2012, p. 44.

<sup>2517</sup> P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1998, *op. cit.*, p. 72.

<sup>2518</sup> *Ibid.*, p. 77. Par exemple, sur la répression du blasphème, v. CEDH, 20 sept. 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n° 13470/87, *Série A* n° 295-A, § 50.

<sup>2519</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 86.

**430. La portée des décisions de la Cour.** Les décisions de la Cour n'ont pas vocation à rapprocher les droits nationaux mais à vérifier la bonne application de la Convention par l'État partie dans l'affaire dont elle est saisie. La juridiction tient compte des circonstances particulières de l'espèce, des faits spécifiques qui lui sont présentés et de ce fait, deux situations similaires peuvent conduire à deux décisions différentes. Par conséquent, elle ne condamne pas directement la loi de l'État poursuivi mais l'atteinte portée aux droits du requérant, fut-elle occasionnée en application de la loi nationale. De plus, les décisions de la Cour n'ont qu'un effet *inter partes* : seulement l'État condamné est tenu de se conformer à l'arrêt prononcé<sup>2520</sup>, bien que l'interprétation faite par la Cour puisse inciter d'autres États à modifier leur législation<sup>2521</sup>, dans le but d'éviter une condamnation éventuelle, comme ce fut le cas après la décision *Salduz*<sup>2522</sup>.

À la portée limitée aux seules parties des arrêts de la Cour s'ajoute l'absence de mécanisme contraignant relatif à leur exécution par l'État condamné. Bien que les décisions des juges européens aient un effet obligatoire à l'égard des parties<sup>2523</sup>, il appartient aux États d'en tirer les conséquences et d'y remédier selon les moyens qu'ils estiment les plus appropriés<sup>2524</sup>. La Cour ne peut préconiser ou décider de l'abrogation d'une loi, ou casser la décision juridictionnelle litigieuse<sup>2525</sup>, et la mise en conformité avec la décision rendue repose essentiellement sur la bonne foi des États signataires<sup>2526</sup>.

**431. Limites inhérentes à la fonction juridictionnelle de la Cour.** Réfléchir aux limites de l'action harmonisatrice de la Cour européenne des droits de l'homme amène inévitablement à se pencher sur sa nature juridictionnelle et sur les conséquences que cela entraîne. Tout d'abord, comme évoqué précédemment, la Cour a pour unique fonction de constater une violation des droits du requérant par un ou plusieurs États parties dans une

---

<sup>2520</sup> Art. 46 § 1 de la Convention EDH.

<sup>2521</sup> Pour un exemple, v. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 82.

<sup>2522</sup> V. *infra*.

<sup>2523</sup> Art. 46 § 1 de la Convention EDH.

<sup>2524</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 2012, *op. cit.*, p. 41.

<sup>2525</sup> *Ibid.*, p. 39. Les juges nationaux peuvent cependant se montrer très réticents à prendre en considération les décisions de la Cour de Strasbourg, comme en témoigne l'exemple de l'affaire Görgülü, v. J. GERKRATH, «L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande», *Rev. Trim. D.H.*, n° 67, 2006, p. 705 et s.

<sup>2526</sup> Plusieurs moyens peuvent être employés pour inciter l'État récalcitrant à se conformer avec la décision des juges européens, telles que les pressions diplomatiques, les résolutions adoptées par le comité, ou plus grave, le menace d'expulsion du Conseil de l'Europe, ce qui n'a pour l'instant jamais été mis en œuvre. V. R. C. A. WHITE et C. OWEY, *The European Convention on Human Rights*, 5ème éd., Oxford, OUP, 2010, p. 61 et s.



affaire particulière<sup>2527</sup>. Ses décisions sont intimement liées avec les faits présentés devant elle, mais également avec l'étendue des arguments soulevés par les parties. Son appréciation tient compte des particularités propres au système procédural de chaque État partie, lesquelles peuvent présenter de fortes dissemblances dans un espace aussi étendu que celui relevant de sa compétence. De plus, la Cour n'est pas hermétique aux exigences d'efficacité pesant sur les autorités répressives, ni au caractère sensible de la répression de certaines formes de criminalités particulièrement graves<sup>2528</sup>. De ces caractéristiques dessinant la création jurisprudentielle de la Cour découle une instabilité et une incertitude quant à la signification et la portée des principes qu'elle peut énoncer, dont la conciliation avec l'idée d'harmonisation est rendue malaisée.

Par ailleurs, si l'on ne peut négliger le pouvoir d'impulsion des juges européens quant à la modification législative, le pouvoir juridictionnel n'a pas la légitimité requise pour participer directement au rapprochement des législations en poussant le législateur à adopter des réformes afin de se conformer à sa jurisprudence. Le bras de fer entre la Cour de Strasbourg et le Royaume-Uni, dont le point culminant fut la déclaration du Premier ministre David Cameron en janvier 2012<sup>2529</sup>, illustre parfaitement les tensions résultant de la jurisprudence « intrusive » de la Cour. Le contentieux opposait le Royaume-Uni aux juges de Strasbourg concernant le droit de vote des détenus, et l'expulsion de terroristes vers des pays tiers, le gouvernement britannique refusant de se conformer aux décisions strasbourgeoises<sup>2530</sup>, comme ce fut déjà le cas auparavant<sup>2531</sup>.

**432. Conclusion du paragraphe 1.** L'identification des limitations relatives à l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne ne suffit pas à entamer l'espoir d'harmonisation profonde que porte la défense d'une meilleure protection des droits individuels. Certes, le

---

<sup>2527</sup> Le juge MATSCHER constatait d'ailleurs que la Cour n'était pas « un comité humanitaire, qui peut juger exclusivement d'après le bon sens ou d'après les idées personnelles de ses membres », F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle - Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1998, *op. cit.*, p. 18.

<sup>2528</sup> Remarquons cependant que « la Cour s'est refusée en abaissant les standards au nom de la lutte contre certaines menaces, tels que le terrorisme, la grande criminalité, le trafic de drogue ou la fuite des capitaux », J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale », in *La justice pénale et l'Europe*, 1996, *op. cit.*, p. 175.

<sup>2529</sup> Lors de ce discours, le Premier ministre D. CAMERON a appelé la Cour à s'occuper des violations sérieuses aux droits fondamentaux, et non à devenir une juridiction de « petits litiges » (*The Court should be free to deal with the most serious violations of human rights; it should not be swamped with an endless backlog of cases. The Court should ensure that the right to individual petition counts; it should not act as a small claims court.*). Le discours est disponible à l'adresse <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>.

<sup>2530</sup> N. HERVIEU, « Conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme : les britanniques ont tiré les premiers », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 mars 2012.

<sup>2531</sup> J. CALLEWAERT, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale », in *La justice pénale et l'Europe*, 1996, *op. cit.*, p. 144.

rapprochement des législations ne peut uniquement reposer sur l'action prétorienne, dont la tâche est de vérifier le respect des droits conventionnels par les parties signataires dans l'affaire présentée devant elle, fut-elle supranationale. Néanmoins, l'existence d'un mouvement d'harmonisation indirect est manifeste. En effet, les condamnations de la Cour n'épargnent aucun État partie, le système de *common law* comme celui d'Europe continentale ne permettant d'assurer une protection constante des droits fondamentaux protégés<sup>2532</sup>. Cette situation appelle à la réforme de la procédure pénale nationale vers un système plus protecteur des droits des individus. De plus, si les décisions de la Cour sont indéniablement liées aux circonstances de l'espèce, leur abondance a néanmoins permis d'extraire certains principes nés de l'interprétation de la Convention, comme par exemple l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'enquête pénale, condition de l'équité de la procédure et par extension, de la recevabilité de la preuve pénale.

## § 2. Le rapprochement des régimes probatoires sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit aucune disposition relative à l'admissibilité des preuves pénales. Seul l'article 6 § 3 d) traite de la preuve à travers le droit à la discussion contradictoire des témoignages à charge et à décharge. Dans le respect des limites dessinées par l'article 6<sup>2533</sup>, la Cour a toujours refusé de se pencher sur la question de la recevabilité des preuves, considérant qu'elle relevait au premier chef du droit interne<sup>2534</sup>. Pourtant, en dépit de la limitation que la Cour s'est elle-même imposée, les juges européens ont régulièrement eu l'occasion de prononcer des décisions essentielles pour la matière probatoire, plus particulièrement à l'égard des garanties procédurales accordées aux personnes poursuivies, décisions dont les États ont pu tirer des règles plus générales et participant au rapprochement des règles relatives à la recherche, au recueil, et à la recevabilité de la preuve (A). La jurisprudence *Salduz*, ayant donné l'impulsion pour un large mouvement de modification législative à l'échelle européenne, illustre parfaitement le potentiel harmonisateur de la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine (B).

---

<sup>2532</sup> M. DELMAS-MARTY, «A l'origine de ces travaux», in M. DELMAS-MARTY, *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 14.

<sup>2533</sup> S. E. JEBENS, «Illegally obtained evidence in criminal cases. An analysis on the basis of three grand chamber judgments», in D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 219. Selon cet auteur, la Cour s'en tient à une interprétation littérale de l'article 6.

<sup>2534</sup> CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, Série A n° 140.

A. La position ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de la recevabilité de la preuve pénale

Bien que la Cour européenne ait toujours refusé de trancher la question de savoir si des preuves pénales avaient ou non été admises à bon droit par les juridictions nationales<sup>2535</sup> (1), l'étude de quelques décisions abordant la preuve pénale laisse transparaître la volonté de la Cour d'établir des standards minimums conditionnant la recevabilité de la preuve pénale dans le respect de la Convention (2).

1. L'abandon de la question de la recevabilité de la preuve aux juridictions nationales

**433. Le refus de traiter de la recevabilité de la preuve pénale.** Face à la question de la recevabilité de preuve pénale, la Cour européenne suit une ligne jurisprudentielle constante, abandonnant la matière aux juridictions internes. C'est dans la décision *Schenk c. Suisse*<sup>2536</sup> que la Cour a énoncé pour la première fois<sup>2537</sup> le principe selon lequel l'admissibilité des preuves relève au premier chef du droit interne<sup>2538</sup>. En effet, il ne lui incombe pas de se prononcer « sur le point de savoir si des éléments ont été à bon droit admis comme preuves »<sup>2539</sup>, mais de rechercher si le caractère équitable de la procédure dans son ensemble a été préservé, y compris le mode d'obtention<sup>2540</sup> et le mode de présentation des moyens de preuves.

Pourtant, l'appréciation du procès équitable lui donne l'occasion d'examiner des questions annexes à la recevabilité de la preuve, comme sa force probante, sa fiabilité, ou le fait qu'elle soit ou non corroborée par d'autres éléments de preuves. Pour juger de l'équité de la procédure, elle prête attention au respect des droits de la défense, et accentue particulièrement sur la nécessité pour la défense d'avoir pu contester l'authenticité des

---

<sup>2535</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, p. 83.

<sup>2536</sup> CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c. Suisse*, *op. cit.*

<sup>2537</sup> Pour des décisions ultérieures reprenant le principe : CEDH, 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, req. n° 21363/93, *Recueil des arrêts et décisions 1997-III*, § 50 ; CEDH, 9 juin 1998, *Teixera de Castro c. Portugal*, req. n° 25829/94, *Recueil des arrêts et des décisions 1998-IV*, § 34 ; CEDH, 13 nov. 2003, *Rachdad c. France*, *op. cit.*, § 23 ; CEDH, 1<sup>er</sup> mars 2007, *Heglas c. République Tchèque*, req. n° 5935/02, § 84.

<sup>2538</sup> CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c. Suisse*, *op. cit.*, § 46 : « Si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit interne ».

<sup>2539</sup> M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 81.

<sup>2540</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, *Recueil des arrêts et décisions 2010*, § 163.

preuves et l'occasion de s'opposer à leur utilisation<sup>2541</sup>. La Cour a également précisé que la qualité des preuves devait être prise en compte, et par conséquent, si les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue jetaient le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude<sup>2542</sup>. La solidité de la preuve peut ainsi conditionner le besoin d'être corroborée par d'autres éléments<sup>2543</sup>, tout comme le caractère décisif de l'influence de l'élément de preuve sur l'issue de l'action pénale<sup>2544</sup>.

**434. La recevabilité de la preuve illégale.** Le refus de la Cour de se pencher sur l'admissibilité de la preuve pénale porte conséquence sur la question de la recevabilité de la preuve illégale ou irrégulière. En effet, la Cour ne voit pas d'obstacle à l'utilisation d'une preuve illégale par les juridictions nationales tant que l'équité de la procédure a pu être préservée<sup>2545</sup>. Cette position, si elle est cohérente avec la volonté de la Cour de laisser aux juridictions nationales le soin de juger de la bonne application de droit interne et de ses conséquences, est cependant décevante de la part de la plus haute instance chargée de la protection des droits fondamentaux des européens. Elle a été vivement critiquée par certains juges de la Cour, estimant que « le respect de la légalité dans l'administration des preuves n'est pas une exigence abstraite ou formaliste », mais au contraire, d'une importance capitale pour le caractère équitable du procès <sup>2546</sup>. Par ailleurs, l'utilisation d'une preuve irrégulièrement ou illégalement recueillie par une juridiction nationale dessert la bonne administration de la justice<sup>2547</sup>. Si nous partageons les réflexions exprimées par les juges quant à la position critiquable de la Cour sur la recevabilité de la preuve illégale et plus généralement sur le refus de la Cour de juger de la recevabilité d'une preuve, il convient cependant de tempérer ces observations négatives en rappelant que la Cour, par le biais du contrôle de l'équité de la procédure, s'est déjà prononcée sur les critères conditionnant la recevabilité de la preuve.

---

<sup>2541</sup> *Ibid.*, § 164.

<sup>2542</sup> *Ibid.*

<sup>2543</sup> *Ibid.* Dans l'affaire Schenk, l'enregistrement litigieux n'avait pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation.

<sup>2544</sup> Bien que la Cour attache du poids au fait que l'élément litigieux ne soit pas le seul élément de preuve à charge du requérant, s'il constitue un élément solide, le besoin de l'appuyer avec un élément supplémentaire est moindre, CEDH, 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97, *Recueil des arrêts et des décisions* 2000-V, § 37.

<sup>2545</sup> CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c. Suisse*, *op. cit.*, § 46 : « La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale »

<sup>2546</sup> V. opinion dissidente commune à MM les juges Pettiti, Spielmann, de Meyer, et Carillo Salcedo, sous l'arrêt *Schenk c. Suisse*. V. également l'opinion partiellement dissidente de M. le juge Loucaides, sous l'arrêt *Khan c. Royaume-Uni* : « Je ne saurais admettre qu'un procès puisse être « équitable » au sens de l'article 6 si la culpabilité d'un individu relativement à une infraction est établie au moyen d'éléments de preuve obtenus en violation des droits de l'homme garantis par la Convention. »

<sup>2547</sup> V. opinion dissidente commune à MM les juges Pettiti, Spielmann, de Meyer, et Carillo Salcedo, sous l'arrêt *Schenk c. Suisse*.

## 2. L'encadrement indirect de la recevabilité de la preuve pénale

L'étude de l'admissibilité puis de la recevabilité de la preuve dans les systèmes anglais, belge et français, a régulièrement été illustrée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2548</sup> qui, bien qu'elle ait affirmé son désintéressement à l'égard de la question de la recevabilité de la preuve, a néanmoins établi quelques règles relatives à la matière en effectuant le contrôle du respect des articles 3 (a), 8 (b) et 6 (c) de la Convention, exerçant ainsi une influence indirecte sur la recevabilité de la preuve.

### *a. La recevabilité de la preuve obtenue en violation de l'article 3*

**435. L'irrecevabilité des preuves obtenues en violation de l'article 3.** Bien que les juges de Strasbourg ne condamnent pas l'utilisation par les juridictions nationales des preuves recueillies en violation de la légalité matérielle ou procédurale, « l'indérogeabilité » de certains droits<sup>2549</sup> a conduit la Cour à prendre position sur l'irrecevabilité de preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention EDH. L'article protégeant l'individu contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants présente, contrairement à la majorité des autres droits garantis par la Convention<sup>2550</sup>, un caractère absolu. La recherche de la preuve, si difficile soit-elle<sup>2551</sup>, ne saurait y porter atteinte.

Le caractère absolu de ce principe a des répercussions sur la recevabilité des preuves, et plus particulièrement des aveux et témoignages. Sans revenir en détail sur la jurisprudence de la Cour<sup>2552</sup>, la juridiction européenne condamne fermement l'utilisation de preuves recueillies au « moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitement pouvant être qualifiés de torture », quelle que soit leur force probante et quelle que soit la gravité de l'infraction poursuivie<sup>2553</sup>. En effet, la recevabilité d'un tel élément de preuve « ne ferait que légitimer indirectement le type de conduite moralement répréhensible que les

---

<sup>2548</sup> Aussi, certaines jurisprudences déjà abordées ne seront pas revues en détail mais seulement évoquées.

<sup>2549</sup> Ces droits absolus, en raison de leur importance dans une société démocratique, se situent au sommet de l'échelle de valeur et sont indérogeables, v. M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 181.

<sup>2550</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>2551</sup> La gravité de l'infraction ou la difficulté de recueillir la preuve pour certains types d'infractions comme le terrorisme ou le crime organisé, ne peuvent justifier le recours à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants aux fins d'obtention de la preuve, CEDH, 28, juil. 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-V, § 95.

<sup>2552</sup> Cf. Première Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2553</sup> CEDH, 11 juil. 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX, § 105.

auteurs de l'article 3 de la Convention ont cherché à interdire »<sup>2554</sup>. En revanche, les juges européens se sont montrés plus prudents sur les conséquences du recours à des traitements inhumains ou dégradants à l'égard de l'équité de la procédure. En effet, dans la décision *Jalloh c. Allemagne*, la Cour précise que si l'utilisation de preuves ainsi illégalement recueillies soulève de graves questions quant à l'équité de la procédure<sup>2555</sup>, l'inéquité de la procédure reste appréciée *in concreto*, dans les circonstances d'une affaire donnée<sup>2556</sup>. Avec l'affaire *Gäfgen c. Allemagne* en 2010, les juges européens tenaient l'occasion de revenir sur cette jurisprudence regrettable<sup>2557</sup>. Or, ici encore, la condamnation du requérant ne se fondait pas sur les preuves litigieuses, préservant ainsi l'équité de la procédure<sup>2558</sup>. Par conséquent, si la Cour censure l'utilisation de preuves obtenues en violation de l'article 3, elle n'exclut pas que les autorités nationales en tirent un certain bénéfice, dans le respect des exigences d'équité de la procédure<sup>2559</sup>, ce qui reste une position décevante<sup>2560</sup>.

*b. La recevabilité de la preuve obtenue en violation de l'article 8*

**436. L'encadrement de la recevabilité par l'encadrement des mesures d'enquête.** Le respect de la vie privée des individus et plus particulièrement du suspect est difficilement compatible avec l'investigation pénale. En effet, l'objet de la phase préparatoire du procès consiste à établir l'existence ou la véracité d'un fait infractionnel, ainsi que son imputation à une personne déterminée<sup>2561</sup>, le suspect. Pour ce faire, il est nécessaire pour les enquêteurs de s'immiscer dans l'intimité de la personne suspectée : procéder à des vérifications relatives à son emploi du temps, effectuer une perquisition de son domicile et

---

<sup>2554</sup> *Ibid.*

<sup>2555</sup> *Ibid.*

<sup>2556</sup> « En l'espèce, il n'est pas besoin de trancher la question générale de savoir si l'utilisation d'éléments recueillis au moyen d'un acte qualifié de traitement inhumain et dégradant compromet automatiquement le caractère équitable d'un procès », *ibid.*, § 107. Dans cette affaire, le fait que les preuves litigieuses aient joué un rôle déterminant dans la condamnation du requérant, sans qu'il puisse en demander l'exclusion, a conduit au prononcé de la violation de l'article 6.

<sup>2557</sup> M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 93.

<sup>2558</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, *op. cit.*, § 172 et s.

<sup>2559</sup> M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 93.

<sup>2560</sup> Nous rejoignons ici l'opinion concordante du juge Bratza sous la décision *Jalloh c. Allemagne*, estimant qu'un « traitement méconnaissant les valeurs fondamentales que consacre l'article 3 (me) semble aller à l'encontre de tout le concept de procès équitable, même si les preuves ainsi recueillies ne sont pas – comme ce fut le cas en l'espèce – décisives pour la condamnation. Comme pour les aveux obtenus sous la contrainte, c'est parce qu'elle heurte les valeurs civilisées d'équité et qu'elle compromet l'intégrité de la procédure judiciaire, tout autant que pour la raison que les preuves ainsi obtenues peuvent être dénuées de caractère fiable, que l'utilisation de ces preuves suscite une objection fondamentale ».

<sup>2561</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 587.

une saisie d'objets lui appartenant, exploiter les données personnelles utiles de son ordinateur, intercepter ses communications téléphoniques ou électroniques, voire surveiller ses déplacements. Aussi, le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, tel qu'énoncé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne saurait être absolu. Des restrictions peuvent être admises, dans la mesure où celles-ci sont prévues par la loi, et à la condition que l'acte d'investigation soit, dans une société démocratique, nécessaire à la protection de certains intérêts, tels que la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales<sup>2562</sup>.

L'interprétation de l'article 8 de la Convention a donné à la Cour l'occasion de se pencher sur l'encadrement légal de certaines mesures d'enquêtes, sans toutefois énoncer le principe général de l'irrecevabilité de la preuve obtenue en violation du droit au respect de la vie privée. C'est le cas par exemple de l'interception des communications téléphoniques, lesquelles ont plusieurs fois retenu l'attention de la Cour<sup>2563</sup>. Plus récemment, la question de la conformité de la surveillance par G.P.S. à l'article 8 a été posée à la Cour<sup>2564</sup>. Ce fut également le cas des infiltrations, technique d'enquête particulièrement attentatoire à la vie privée<sup>2565</sup>. Toutefois, les juges européens estiment que la violation de l'article 8 dans l'exécution d'une mesure d'enquête pénale et l'utilisation des éléments recueillis<sup>2566</sup> ne constituent pas nécessairement une atteinte au caractère équitable de la procédure<sup>2567</sup>, position n'emportant pourtant pas un consensus au sein de la juridiction<sup>2568</sup>.

---

<sup>2562</sup> Art. 8 § 2 de la Convention EDH : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » Pour une étude détaillée de ces critères, v. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 446 et s.

<sup>2563</sup> CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. N° 11801/85, *Série A* n° 176-A ; CEDH, 24 avr. 1990, *Huwig c. France*, req. n°11105/84, *Série A* n° 176-B ; CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, *Série A*, n° 82. V. également, sur les mesures de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications, CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/7, *Série A* n° 28.

<sup>2564</sup> CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c. Allemagne*, req. n° 35623/05, *Recueil des arrêts et décisions* 2010.

<sup>2565</sup> Dans cette affaire, l'infiltration répondait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention, CEDH, 16 juin 1992, *Lüdi c. Suisse*, req. n° 12433/86, *Série A* n° 238.

<sup>2566</sup> Quand bien même ces éléments constitueraient l'unique preuve à la charge du requérant.

<sup>2567</sup> M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 91.

<sup>2568</sup> Dans l'affaire *Kahn c. Royaume-Uni*, un juge a estimé que l'on ne pouvait considérer comme équitable un procès dont le déroulement est contraire à la loi, et lorsque la culpabilité d'un individu relativement à une infraction est établie au moyen d'éléments de preuves obtenus en violation des droits de l'homme garantis par la Convention, v. l'opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge Loucaides, sous CEDH, 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

La richesse et le potentiel de l'article 6 de la Convention ont permis à la Cour de développer une jurisprudence détaillée concernant la matière probatoire, mais néanmoins empreinte de contradiction. En effet, tout en rappelant régulièrement que la recevabilité de la preuve relevait au premier chef du droit interne, le contrôle de l'équité globale de la procédure, et plus particulièrement du respect des droits accordés à la défense, a amené la Cour à se prononcer ponctuellement sur certaines conditions indispensables à l'utilisation de la preuve par le juge pénal dans le respect de l'article 6, et donc, indirectement, sur les conditions de sa recevabilité. À défaut de présentation exhaustive de la jurisprudence, ce point sera illustré par des décisions orientées vers une protection accrue des droits de la défense.

**437. Le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et à décharge.** Expressément consacré par l'article 6 § 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de l'accusé à convoquer et interroger ou faire interroger tant les témoins en sa faveur que les témoins à charge, a pour ambition de le placer sur un pied d'égalité avec l'accusation<sup>2569</sup>. Ainsi, l'accusé doit avoir la possibilité de contester les témoignages à charge pour que ceux-ci puissent être régulièrement utilisés comme preuve, que ce soit au stade de l'enquête, de l'instruction ou à l'audience<sup>2570</sup>. Le juge pénal ne peut fonder une condamnation sur des témoignages antérieurs à l'audience, en les considérant comme preuves de l'exactitude des faits et non comme simples renseignements<sup>2571</sup>.

Cependant, ce droit n'est pas absolu. Dans le cas où des raisons valables et suffisantes justifient l'absence de confrontation<sup>2572</sup>, un témoignage qui n'a pu être contesté par l'accusé peut être pris en compte par le juge pénal, dans la mesure où la condamnation ne se fonde pas uniquement ou de façon déterminante sur celui-ci<sup>2573</sup>. Dans le même sens, la Cour considère que la recevabilité d'un témoignage anonyme n'emporte pas

---

<sup>2569</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 419.

<sup>2570</sup> CEDH, 24 nov. 1986, *Unterpertinger c. Autriche*, req. n° 8398/78, Série A n° 110, § 31.

<sup>2571</sup> *Ibid.*, § 33. V. également CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85, Série A n° 191-A, § 37 : dans cette affaire, les témoignages recueillis en l'absence du requérant et rapportés par un fonctionnaire de police furent pris en compte par le juge du fond de manière déterminante, privant le requérant du droit à un procès équitable.

<sup>2572</sup> M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 95. Les raisons valables peuvent être la disparition ou le décès du témoin, mais également le risque que la confrontation peut faire courir à la sécurité du témoin.

<sup>2573</sup> Ces deux conditions sont cumulatives, v. *Ibid.*, p. 96.



automatiquement l'inéquité de la procédure mais les conditions de son utilisation devant une juridiction seront plus strictes<sup>2574</sup>.

**438. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.** La Convention européenne des droits de l'homme ne consacre pas expressément le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination mais les considère comme l'un des aspects les plus fondamentaux du droit à un procès équitable<sup>2575</sup>. Le respect du choix de la personne suspectée ou poursuivie de garder le silence suppose alors que l'accusation fonde son argumentation sans recourir à des éléments de preuve<sup>2576</sup> obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'« accusé »<sup>2577</sup>. Tout en précisant que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination « ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, (comme) par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »<sup>2578</sup>, forcer une personne à fournir elle-même la preuve d'une infraction qu'elle aurait commise a été censuré par la Cour<sup>2579</sup>, car portant atteinte à l'équité de la procédure. De même que l'utilisation d'aveux enregistrés par un informateur de police cohabitant avec le détenu dont les déclarations sont recherchées par les autorités<sup>2580</sup>.

Parmi les droits dont jouit la défense dans toute procédure pénale, le droit à l'assistance d'un avocat a suscité de vifs débats ces dernières années, tant au niveau européen qu'au niveau national, affectant directement ou indirectement la question de la recevabilité de

---

<sup>2574</sup> Pour une présentation du témoignage anonyme, v. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

<sup>2575</sup> M.-A. BEERNAERT, «La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 84.

<sup>2576</sup> Les preuves obtenues peuvent être des aveux, tout autant que des éléments de preuve matériels.

<sup>2577</sup> L. KENNES, « Le procès équitable sous l'angle du droit au silence et de l'admissibilité de la preuve irrégulière au cours du procès pénal », *Rev. Trim. D. H.*, n° 82, avr. 2010, p. 385, sous. CEDH, *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009.

<sup>2578</sup> CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, req. n° 19187/91, § 69. En revanche, cette exception ne peut être retenue dans le cas de l'administration d'un émétique en vue d'obtenir des preuves matérielles ingurgitées (*Jalloh c. Allemagne*).

<sup>2579</sup> CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c. France*, req. n° 10828/84, *Série A* n° 256-A, § 44 ; CEDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*, req. n° 31827/96, *Recueil des arrêts et des décisions* 2001-III.

<sup>2580</sup> Dans l'affaire *Allan c. Royaume-Uni*, le requérant s'était d'abord prévalu de son droit à garder le silence au début de l'enquête. Il fut placé dans la cellule d'un informateur de police, dans le but de recueillir ses « confidences ». Les aveux ainsi obtenus furent utilisés à l'audience et constituèrent l'élément déterminant de sa condamnation. Dans sa décision, la Cour conclut à la violation de l'article 6 au motif que l'informateur agissait en qualité d'agent de l'État et que le contexte carcéral comme les sollicitudes du codétenu exerçaient une pression psychologique sur le requérant. CEDH, 5 nov. 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-IX.

la preuve. L'évolution de la jurisprudence européenne et les modifications législatives en résultant méritent d'être plus amplement développées, offrant une parfaite illustration du pouvoir d'harmonisation de la Cour européenne des droits de l'homme.

## B. L'influence de la jurisprudence « Salduz » sur la matière probatoire

**439. L'importance de l'assistance de l'avocat.** Dans les États de droit continental comme ceux de *common law*, les conséquences de l'aveu recueilli lors de la phase pré-sententielle sont telles que les conditions de son obtention ne doivent pouvoir être remises en cause. Par exemple, l'interdiction de la torture ne souffre d'aucune exception et l'application de ce principe lors des interrogatoires de police ne présente pas de difficulté particulière dans les États démocratiques concernés<sup>2581</sup>. Cependant, certaines questions restent épineuses, comme le droit à l'assistance d'un avocat. L'avocat sert de rempart et participe indirectement au bon déroulement de l'enquête<sup>2582</sup> en vérifiant le respect des droits fondamentaux du suspect comme le droit au silence, notamment lors des interrogatoires durant une privation de liberté. Soutien fondamental à la personne placée dans la situation particulièrement vulnérable qu'est celle du suspect d'une infraction pénale<sup>2583</sup>, l'avocat participe indirectement à la solidité des preuves recueillies en veillant autant que possible au respect des droits de la personne qu'il assiste tout au long du processus répressif, pour éviter l'exclusion tardive d'un élément de preuve.

Les conditions d'accès à un avocat durant les premiers stades de la procédure étaient loin d'être harmonisées dans l'Union européenne, tout comme la question de la recevabilité des preuves obtenues en l'absence d'un entretien du suspect avec son conseiller, mais le développement d'une jurisprudence protectrice par la Cour européenne des droits de l'homme (1) a conduit les autorités nationales à modifier les règles internes non conformes aux nouvelles exigences posées par la Cour (2)

---

<sup>2581</sup> Rappelons cependant que les autorités policières ne respectent pas forcément cette interdiction, comme en témoignent par exemple les affaires *Gjajgen c. Allemagne*, ou *Selmouni c. France*.

<sup>2582</sup> Cependant, l'intervention de l'avocat aux premiers stades de l'enquête est souvent perçue comme un moyen de perturber son bon déroulement, ce qui n'est évidemment pas l'avis des intéressés, v. par exemple S. BERBUTO et E. BERTHE, «Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz», in A. JACOBS et A. MASSET, *Actualités de droit pénal*, Liège, Anthemis, 2011, p. 123. V. également D. VANDERMEERSCH, «La loi *Salduz* - Salduz, vers une nouvelle ère ?», *J.T.*, 2011, p. 861. Pour le point de vue d'avocats français, v. J. BOUDOT et B. GRAZZINI, «La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique», *AJ Pénal*, 2012, p. 512.

<sup>2583</sup> A. KETTELS, «L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 989.

## 1. L'assistance de l'avocat, condition de la recevabilité de la preuve ?

Depuis quelques années, force est de reconnaître que l'avocat et son rôle durant les premiers stades des investigations ont suscité les passions de la doctrine, les réticences ou l'enthousiasme de la jurisprudence, et finalement le réveil du législateur. En effet, au niveau supranational, tant la Cour européenne des droits de l'homme, par sa jurisprudence toujours plus exigeante, que l'Union européenne<sup>2584</sup>, sollicitent les législateurs nationaux pour étendre les prérogatives de l'avocat, plus particulièrement au début de la procédure répressive (a). Fidèle à sa jurisprudence, la Cour ne prononce pas pour autant des conditions générales relatives à la recevabilité de la preuve obtenue dans ce contexte, mais il est néanmoins possible d'y voir la consécration du principe de l'équité de la procédure en cas de manquement au principe (b).

### *a. L'assistance de l'avocat dès les premiers interrogatoires de police dans la jurisprudence de la Cour*

**440. Les prémices d'un bouleversement jurisprudentiel** <sup>2585</sup>. La première manifestation de la volonté d'extension des droits découlant de l'article 6 à la phase pré-sententielle est apparue dans la jurisprudence de la Cour européenne en 1993, à l'occasion de l'affaire *Imbrioscia c. Suisse*<sup>2586</sup>. Par cette décision, les juges européens ont étendu le champ d'application de l'article 6, et notamment le paragraphe 3 relatif aux droits de la défense, aux phases se déroulant avant la procédure de jugement, ajoutant que les exigences du procès équitable « peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès »<sup>2587</sup>. La Cour confirme et renforce cette position quelques années plus tard, en énonçant que « la notion d'équité consacrée par l'article 6 exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police »<sup>2588</sup>, dans la mesure où la législation nationale attache à « l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la

---

<sup>2584</sup> V. *supra*.

<sup>2585</sup> « Bien qu'il ait pu être qualifié de 'révolutionnaire', l'arrêt Salduz ne fait en effet que parachever une évolution initiée par la Cour européenne quelque quinze ans plus tôt », M.-A. BEERNAERT, « *Salduz* et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 971.

<sup>2586</sup> CEDH, 24 nov. 1993, *Imbrioscia c. Suisse*, req. n° 13972/88, Série A n° 275.

<sup>2587</sup> *Ibid.*, § 36.

<sup>2588</sup> CEDH, 8 fév. 1996, *Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 18731/91, Recueil des arrêts et des décisions 1996-I.

défense lors de toute procédure pénale ultérieure »<sup>2589</sup>. Cependant, il faut attendre la décision *Salduz* en 2008 pour voir la Cour prendre clairement position en faveur de l'assistance d'un avocat lors des premières auditions.

**441. L'évolution de la jurisprudence depuis la décision *Salduz*.** Quinze années après avoir introduit les principes issus du droit au procès équitable dans la phase pré-sententielle avec la décision *Imbrioscia*, la Cour européenne a rendu en l'espace de cinq ans de nombreux arrêts essentiels<sup>2590</sup>, dessinant les contours de l'interrogatoire du suspect. Leur influence a été déterminante sur la question de la recevabilité de l'aveu recueilli durant la phase policière et plus généralement, sur le rôle de l'avocat durant la garde à vue. Ne pouvant aborder toutes les décisions rendues en la matière, notre choix s'est porté sur la présentation de quelques affaires majeures.

La première décision ayant donné l'impulsion au renforcement des droits de la défense fut la célèbre décision *Salduz c. Turquie*<sup>2591</sup>. Dans cette affaire, M. Salduz se plaignait, entre autres, de ne pas avoir pu bénéficier de l'assistance d'un avocat lors de sa garde à vue en 2001, conformément à la législation alors en vigueur qui en restreignait l'accès pour certaines infractions<sup>2592</sup>. Devant le juge d'instruction, le suspect avait rétracté les déclarations faites devant les autorités policières arguant que celles-ci avaient été extorquées par la violence. Dans cette décision, la Cour précise les conditions d'exercice de l'article 6 § 3 c) de la Convention, qui « exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police ». Par ailleurs, elle affirme que « l'obtention de ces conseils juridiques constitue une garantie fondamentale contre les mauvais traitements » et « fait en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même »<sup>2593</sup>. Si l'apport de cette décision est indéniable, deux remarques viennent cependant en brider la portée. Premièrement, la Cour alterne les termes accès et assistance de l'avocat, sans clairement établir de différence entre les deux, s'il en est une<sup>2594</sup>. Une interprétation réduite de l'accès à l'avocat pourrait consister en un entretien téléphonique, où l'avocat n'aurait pas connaissance des faits et se bornerait à donner

---

<sup>2589</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>2590</sup> V. par exemple CEDH, 24 sept. 2009, *Pishchalnikov c. Russie*, req. n° 7025/04, § 71 et s. ; CEDH, 9 fév. 2010, *Boz c. Turquie*, req. n° 2039/04, § 33 et s. ; CEDH, 21 avr. 2011, *Nechiporuk et Yonkalo c. Ukraine*, req. n° 42310/04, § 262. Pour des exemples de décisions n'ayant pas condamné l'absence d'avocat durant la garde à vue et le recueil des déclarations du suspect, v. CEDH, 18 fév. 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, req. n° 39660/02, § 46 et s. ; CEDH, 19 juil. 2011, *Rupa c. Roumanie*, req. n° 37971/02, § 74 et s.

<sup>2591</sup> CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02, Recueil des arrêts et décisions 2008.

<sup>2592</sup> Cette restriction a été par la suite abrogée en 2003.

<sup>2593</sup> CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, *op. cit.*, § 54

<sup>2594</sup> Pour un aperçu des thèses s'affrontant en la matière, v. M.-A. BEERNAERT, « *Salduz* et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *op. cit.*, p. 974.

quelques conseils généraux. L'accès à l'avocat n'impliquerait alors pas non plus sa présence lors des interrogatoires, ni une éventuelle intervention. En revanche, l'assistance « concrète et effective » de l'avocat impliquerait l'accès au dossier ou tout du moins, la connaissance complète des faits reprochés pour prodiguer des conseils avisés et orientés. Au-delà de ce flou entretenu volontairement ou non par la Cour, les juges de Strasbourg se contentent de fixer le point de départ de l'exercice de ce droit au premier interrogatoire de police, et non au début de la mesure privative de liberté. Pourtant, le rôle de conseil de l'avocat ne se limite pas aux conseils relatifs à l'interrogatoire mais vise une mission plus étendue telle que le soutien moral, la vérification des conditions de détention, ou plus généralement l'organisation de la défense<sup>2595</sup>.

L'arrêt *Danayan c. Turquie*<sup>2596</sup> est venu balayer ce flou entre assistance et accès en consacrant l'assistance d'un avocat dès le début de la privation de liberté, et ceci indépendamment des interrogatoires qu'il subit. En l'espèce, M. Dayanan n'avait eu la possibilité de consulter un avocat qu'à la fin de sa garde à vue. Il avait cependant gardé le silence pendant les interrogatoires de police. La Cour conclut néanmoins à une violation de l'article 6 § 3 c) en dissociant les mesures d'enquêtes telles que l'interrogatoire et la privation de liberté. Tout d'abord, « un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit ». De plus, l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil : « la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention »<sup>2597</sup>. Ici, la Cour va plus loin que dans l'arrêt *Salduz* : l'assistance de l'avocat ne concerne pas seulement les interrogatoires mais toute la phase de privation de liberté. Par ailleurs, sa présence ne se limite pas à s'assurer que le droit au silence a bien été respecté mais revêt plusieurs facettes relatives à sa mission de conseil<sup>2598</sup>.

Si les deux arrêts précédents ne s'étaient pas montrés assez convaincants pour certains États membres, l'arrêt *Brusco*<sup>2599</sup> est venu sanctionner la France pour violation du droit au procès équitable toujours dans le cadre d'une garde à vue. M. Brusco avait été

---

<sup>2595</sup> Opinion concordante des juges Zagrebelsky, Casadevall, Turmen et Bratza sous l'arrêt *Salduz c. Turquie*.

<sup>2596</sup> CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie*, requête n°7377/03.

<sup>2597</sup> *Ibid.*, § 32.

<sup>2598</sup> La décision reprend les termes du juge Zagrebelsky, dans son opinion concordante sous l'arrêt *Salduz c. Turquie*.

<sup>2599</sup> CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07.

interrogé par des agents de police, mais sous le statut de témoin<sup>2600</sup>. Il avait ensuite été placé en garde à vue et n'avait eu la possibilité de rencontrer son avocat qu'après l'interrogatoire des policiers. Il avait également dû prêter serment avant de répondre aux questions des enquêteurs, car les autorités considéraient qu'il n'était que témoin et non soupçonné d'avoir commis une infraction. Il a demandé l'annulation des dits procès-verbaux et des actes qui en découlaient au motif que le témoin est celui sur lequel ne pèse aucun soupçon, et qu'il ne peut être gardé à vue ; si le placement en garde à vue est décidé, il bénéficie alors des droits accordés à la défense énoncés par l'article 6 § 3 de la Convention EDH<sup>2601</sup>. La Cour ne se prononce pas sur la validité des procès-verbaux, mais condamne la privation du droit de faire juger la nullité de sa garde à vue et ce sont les juridictions nationales qui tireront les conclusions de cette décision. Néanmoins, la Cour réitère son affirmation du droit à l'assistance de l'avocat, et ceci dès le début de la mesure privative de liberté, notamment pour l'informer de son droit à ne pas s'auto-incriminer. Par ailleurs, elle précise que l'avocat n'a pas eu la possibilité d'assister son client lors de la première déposition, ni au cours des suivantes<sup>2602</sup>, comme l'article 6 l'exige. Par cette affirmation, la Cour ouvre la question de la présence et l'assistance de l'avocat, durant les interrogatoires de police, à laquelle les États parties ont partiellement et inégalement tenté de répondre.

*b. L'irrecevabilité de la preuve recueillie en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat*

**442. Le dégagement du principe d'irrecevabilité de la preuve obtenue en violation du droit à l'assistance d'un avocat.** À l'image des précédentes décisions relatives au droit à la discussion contradictoire des preuves et au droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination, il est difficile de dégager un principe clair relatif à la recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat dès la privation de liberté. Pourtant, quelques décisions sont plus explicites sur le sujet et les juges européens semblent se prononcer sur l'impossibilité d'utiliser une preuve obtenue durant l'exécution d'une mesure privative de liberté, sans que le suspect ait pu exercer son droit à bénéficier de l'assistance d'un conseiller, sans porter atteinte au caractère équitable de la procédure.

La décision *Salduz* tout d'abord se prononce en ce sens. La Cour estime que la décision de la Cour turque, basée sur des preuves recueillies lors des interrogatoires de police,

---

<sup>2600</sup> Pour un autre exemple insistant sur la nécessité de bénéficier des droits accordés à la défense dès la moindre suspicion, peu importe si la personne interrogée l'était sous le statut de témoin, v. CEDH, 19 fév. 2009, *Shabelnik c. Ukraine*, req. n° 16404/03, § 57.

<sup>2601</sup> *Ibid.*, § 36.

<sup>2602</sup> *Ibid.*, § 54.

en violation du droit à l'accès à un avocat, porte irrémédiablement atteinte au droit au procès équitable<sup>2603</sup>. Comme le soulève le juge Bratza dans son opinion concordante, la question centrale concerne l'utilisation de la preuve, plus précisément les aveux de la personne interrogée. L'atteinte aux droits de la défense est ici si grave que ni l'assistance ultérieure d'un avocat, ni le respect du contradictoire, ne sauraient constituer une rédemption validant l'utilisation de ces déclarations. Cependant, il est difficile de conclure de ces développements à l'irrecevabilité des aveux obtenus en violation du droit à l'assistance d'un avocat : si la décision du juge pénal ne peut se fonder sur les déclarations ainsi obtenues, la Cour n'exclut pas expressément leur utilisation en tant qu'élément corroborant d'autres preuves qui seront elles déterminantes pour la condamnation.

Ce point fut éclairci deux ans plus tard, par la décision *Lazarenko c. Ukraine*<sup>2604</sup>. Dans cette affaire, la Cour déclare que toute utilisation de déclarations du suspect obtenues sans qu'il puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat<sup>2605</sup>, fussent-elle accompagnées d'autres éléments de preuves corroborant, porte irrémédiablement atteinte au procès équitable<sup>2606</sup>. Par conséquent, à la lumière de l'arrêt *Salduz*, nous pouvons prudemment déduire de ces éléments que la Cour se positionne en faveur de l'irrecevabilité totale des preuves obtenues durant un interrogatoire de police sans que l'accusé n'ait pu bénéficier de l'assistance d'un avocat.

## 2. La réception de la jurisprudence européenne par les autorités nationales

Les conséquences de la jurisprudence *Salduz* ont été considérables dans les États parties dont les règles procédurales ne prévoyaient pas l'assistance de l'avocat dès le début de la garde à vue et avant tout interrogatoire de police<sup>2607</sup>. Le législateur français s'est trouvé contraint de revenir rapidement sur la question, sous la pression tant des juridictions nationales que de la Cour européenne des droits de l'homme (a). Le législateur belge s'est montré plus enclin à modifier le régime de la garde à vue, mais la transposition de la

---

<sup>2603</sup> CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie*, *op. cit.*, § 55 : « Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation ».

<sup>2604</sup> CEDH, 28 nov. 2010, *Lazarenko c. Ukraine*, req. n° 22313/04.

<sup>2605</sup> Aveux que l'accusé avait d'ailleurs rétractés par la suite.

<sup>2606</sup> CEDH, 28 nov. 2010, *Lazarenko c. Ukraine*, *op. cit.*, § 57 : « It is to be underlined that the extent to which the applicant's initial confession affected his conviction is of no importance. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had some bearing on the conviction. While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts. » V. également en ce sens CEDH, 17 jan. 2012, *Fidanci c. Turquie*, req. n° 17730/07.

<sup>2607</sup> V. par exemple, sur les modifications connues par le régime néerlandais suite à la décision *Salduz*, E. MEYER, « One *Salduz* a year is enough. 20 associative thoughts on judge Rozakis, judicial activism and the *Salduz* judgment », in D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 426.

jurisprudence *Salduz* a été laborieuse<sup>2608</sup> (b). Enfin, la transposition au Royaume-Uni sera illustrée par l'exemple écossais (c).

*a. La difficile adaptation du régime français*

**443. L'évolution du régime de la garde à vue.** En France, la question a suscité de violents débats entre l'exécutif, le pouvoir judiciaire et le législateur. Face aux décisions *Salduz* et *Dayanan*, la chancellerie a d'abord affirmé que les décisions susvisées ne s'appliquaient pas à la France et qu'elle n'avait pas été condamnée pour violation de l'article 6<sup>2609</sup>. Puis l'arrêt *Brusco c. France* est venu confirmer que « la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire »<sup>2610</sup>. Cette décision reçut un accueil controversé en France. Le 30 juillet 2010, le Conseil Constitutionnel a d'abord déclaré l'ancienne loi inconstitutionnelle<sup>2611</sup> tout en différant son abrogation, en laissant au législateur jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011 pour mettre les normes nationales en accord avec la jurisprudence européenne<sup>2612</sup>. Cette position contestable a été suivie par la chambre criminelle de la Cour de cassation avec trois décisions du 19 octobre 2010<sup>2613</sup>, ménageant le législateur, au mépris des droits de la défense<sup>2614</sup>. Ces remous jurisprudentiels ont chahuté le calendrier législatif pour hâter le gouvernement à proposer le

---

<sup>2608</sup> A. JACOBS et O. MICHIELS, « La 'loi *Salduz*' confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle », *J.L.M.B.*, n° 9, 2013, p. 558.

<sup>2609</sup> Une circulaire du Ministère de la Justice de novembre 2009 vient d'ailleurs renforcer la volonté de ne pas se plier à la jurisprudence européenne « Il importe donc de souligner que l'absence d'un avocat au cours des interrogatoires ne peut constituer un cause de nullité de la garde à vue et des actes subséquents dont cette mesure est le support. Elle n'a de conséquence que sur la valeur probante des déclarations du mis en cause. Les juridictions du fond pourraient, en effet, considérer sur le fondement des arrêts précités, que des déclarations recueillies au cours d'une garde à vue ne pourraient fonder à elles seules une décision de condamnation pénale. Afin d'éviter cet écueil, il importe donc que le ministère public assoie l'accusation, comme c'est déjà le cas dans la très grande majorité des affaires, sur un faisceau d'éléments de preuve convergents, et non pas uniquement sur les déclarations des mis en cause pendant la garde à vue. », circulaire DACG-SDJPG-BPJ – 17/11/2009.

<sup>2610</sup> CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, *op. cit.*, § 45.

<sup>2611</sup> Cons. Const., Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, *JO* du 31 juil. 2010, p. 14198 ; *Droit pénal* n° 10, oct. 2010, comm. 13, A. MARON et M. HAAS.

<sup>2612</sup> « Par application du principe de sécurité juridique permettant la modulation des effets d'une décision de justice dans le temps, le législateur bénéficiera d'un délai pour réformer la garde à vue. », C. AMBROISE-CASTEROT, « Quelle place pour l'avocat en garde à vue ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 2.

<sup>2613</sup> V. V. GEORGET, « À propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme », *Droit pénal* n° 11, nov. 2010, dossier 12.

<sup>2614</sup> Néanmoins, cette position audacieuse reste compréhensible au vu des nombreuses procédures en cause. Le risque pesant sur la sécurité juridique, face à l'éventuelle annulation d'actes de procédures capitales était grand. La bonne administration de la justice prévient une « application erratique, due à l'impréparation, de règles nouvelles de procédure ». V. le communiqué relatif aux arrêts rendus le 19 octobre 2010 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/GAV19-10-10.pdf>.



projet de loi tant attendu. La loi du 14 avril 2011<sup>2615</sup> vient partiellement<sup>2616</sup> conclure le débat en imposant la présence de l'avocat lors des interrogatoires, disposition que la Cour de cassation décide d'appliquer immédiatement dans plusieurs décisions du 15 avril 2011<sup>2617</sup>, faisant fit du délai fixé par le législateur. Pour justifier le « court-circuitage » du législateur, la Cour précise que les États adhérents à la Convention sont tenus de la respecter, sans attendre une éventuelle condamnation, ni une modification de la législation. Par conséquent, le gardé à vue doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et lors des interrogatoires, conformément à la jurisprudence européenne.

**444. La recevabilité des preuves obtenues sans l'assistance d'un avocat.** La jurisprudence de la Cour de cassation est désormais constante en la matière. Reprenant les développements des juges européens, elle estime que toute déclaration incriminante faite par le suspect durant la garde à vue, en l'absence de son avocat, ne peut en aucun cas fonder une condamnation<sup>2618</sup>. En revanche, la question de l'utilisation des aveux viciés uniquement pour corroborer d'autres preuves régulières, sur lesquelles la condamnation est fondée, n'est pas clairement tranchée<sup>2619</sup>. En ce qui concerne les éléments de preuves obtenus grâce aux déclarations litigieuses, la Cour a pu accorder l'extension des effets de l'annulation des auditions en cause aux actes dont elles étaient le « support nécessaire »<sup>2620</sup>. Selon la procédure de droit commun<sup>2621</sup>, la chambre de l'instruction peut ainsi annuler non seulement l'aveu vicié, mais également toute la procédure subséquente.

Cependant, si la présence de l'avocat lors de la garde à vue n'est plus remise en cause, l'étendue de ses pouvoirs devra être clairement définie, comme en témoigne la décision récente annulant un procès-verbal d'audition au motif que l'avocat n'avait pas eu accès au dossier de garde à vue<sup>2622</sup>. La question du rôle de l'avocat durant la garde à vue et son

---

<sup>2615</sup> Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JO* n°89 du 15 avril 2011 p. 6610.

<sup>2616</sup> La réforme a été dénoncée pour ses faiblesses, v. à ce sujet C. AMBROISE-CASTEROT, «Quelle place pour l'avocat en garde à vue ?», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, 2012, *op. cit.*, p. 1 et s. Par exemple, l'article 63-4-1 du CPP limite l'accès au dossier de l'avocat aux seuls procès-verbaux de notification du placement en garde à vue et des droits correspondants, d'audition et aux certificats médicaux.

<sup>2617</sup> Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n°10-17049, *Bull. crim.* 2011.

<sup>2618</sup> Cass. crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-84251, *Procédures* n°7, juil. 2011, comm. 241, Chavent-Leclère.

<sup>2619</sup> Selon les décisions, la Cour considère que la déclaration de culpabilité peut être partiellement fondée sur les déclarations litigieuses, ou qu'elle doit uniquement reposer sur des éléments recueillis en dehors de la garde à vue irrégulière, v. X. SALVAT, «Actualité de la garde à vue : des précisions et des nouveautés», *RSC*, 2012, p. 887.

<sup>2620</sup> Cass. crim., 31 mai 2011, pourvois n° 11-81412, 10-88293 et 10-80034, *Bull. crim.*, 2011, n° 116 ; *Procédures* n° 7, juil. 2011, comm. 240, A.-S. CHAVENT-LACLÈRE. En revanche, les actes d'enquêtes effectués suite à une garde à vue irrégulière mais dont l'aveu vicié ne constituait pas le support nécessaire ne sont pas irréguliers.

<sup>2621</sup> Art. 174 et 206 du CPP.

<sup>2622</sup> TGI Paris, 30 déc. 2013, n° 13333000493, *Dalloz actualités*, 18 fév. 2014.

importance quant à la recevabilité de la preuve est donc encore loin d'être stabilisée. C'est également le cas en Belgique.

*b. La construction d'un régime de la garde à vue en Belgique*

**445. L'absence totale de l'avocat durant la garde à vue dans le régime « pré-Salduz ».** Si en France il a fallu défaire, en Belgique, tout était à construire. En effet, la garde à vue telle qu'elle existait avant *Salduz* ne prévoyait aucune intervention de l'avocat à quelque moment que ce soit. Le souci d'efficacité de la recherche de la vérité primait sur l'exercice des droits de la défense, et le secret des investigations écartait toute implication d'un défenseur à ce stade de la procédure. Le régime antérieur était régi par la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive<sup>2623</sup>. La loi prévoyait succinctement les conditions d'arrestation d'une personne par des agents de police<sup>2624</sup>. La privation de liberté était strictement limitée à vingt-quatre heures non reconductibles. Aucune disposition n'assurait alors à la personne privée de liberté l'assistance ou la consultation d'un avocat<sup>2625</sup> et cette absence était totalement couverte par la Cour constitutionnelle<sup>2626</sup>. L'audition de la personne concernée par la mesure n'était pas réglementée<sup>2627</sup> : pas de serment, pas d'obligation d'informer du droit de se taire, liberté pour le suspect de signer la déclaration ou pas. À l'issue des vingt-quatre heures, le magistrat instructeur prenait le relai et si le suspect était privé de liberté, l'assistance d'un avocat était alors obligatoire.

**446. La mise en conformité avec la jurisprudence *Salduz*.** Malgré les premières réticences exprimées par le gouvernement belge<sup>2628</sup>, la loi « Salduz » du 13 août 2011<sup>2629</sup> est rapidement venue créer un régime plus protecteur pour la personne gardée à vue, ce qui

---

<sup>2623</sup> Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *Moniteur belge* du 14 août 1990, p. 15779.

<sup>2624</sup> L'art. 1 concerne l'arrestation en cas de flagrant délit ou flagrant crime et l'art. 2 concerne l'arrestation d'une « personne à l'égard de laquelle il existe des indices sérieux de culpabilité relatifs à un crime ou à un délit ».

<sup>2625</sup> Avant le placement en détention préventive, la présence de l'avocat n'était pas envisageable, ni même la consultation, M.-A. BEERNAERT, C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL et Y. JEANNERET, «Les suites de l'arrêt Salduz en droit belge, français et suisse», *Rev. Trim. D.H.*, vol. 90, 2012, p. 249.

<sup>2626</sup> Dans sa décision n°59/2001 du 8 mai 2001 la Cour Constitutionnelle belge estime que l'article 6 de la Convention EDH ne confère pas à l'inculpé le droit à l'assistance d'un avocat « dès avant le premier interrogatoire par le juge d'instruction ».

<sup>2627</sup> Qu'elle soit libre ou privée de liberté.

<sup>2628</sup> À l'image de la chancellerie française, le gouvernement belge a tenté au départ de minimiser la portée de la jurisprudence européenne en estimant qu'elle ne concernait que la Turquie, M.-A. BEERNAERT, C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL et Y. JEANNERET, «Les suites de l'arrêt Salduz en droit belge, français et suisse», *op. cit.*, p. 250.

<sup>2629</sup> Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, *Moniteur belge* du 5 sept. 2011, p. 56347.

donna l'occasion d'allonger le délai de vingt-quatre à quarante-huit heures<sup>2630</sup>. Une concertation confidentielle avec un avocat de son choix ou désigné est prévue avant le premier interrogatoire durant la garde à vue<sup>2631</sup>, ceci dans les deux heures suivant l'arrestation<sup>2632</sup>. Cependant, il ne peut intervenir en cours d'audition en faveur de son client, en le conseillant ou en influençant ses réponses<sup>2633</sup>. Une unique interruption de l'audition est autorisée durant quinze minutes, pour une nouvelle concertation confidentielle, soit à la demande de l'intéressé, soit dans le cas où de nouvelles infractions apparaissent au cours de l'interrogatoire<sup>2634</sup>.

La réticence du législateur belge à l'adoption d'une telle mesure transparaît de la loi, qui se limite aux modifications minimales nécessaires auxquelles il ne peut se soustraire. Par ailleurs, les travaux parlementaires traduisent le peu d'enthousiasme des sénateurs à l'adoption de ce texte, justifié notamment par les craintes budgétaires suscitées par l'établissement d'une assistance précoce de l'avocat<sup>2635</sup>. Cette mauvaise volonté législative fut partiellement censurée par la Cour constitutionnelle dans une décision du 14 fév. 2013<sup>2636</sup> qui annula certaines dispositions comme l'absence de notification pour le suspect non privé de liberté de son droit de partir à tout moment, et en interpréta d'autres, comme l'impossibilité pour l'avocat de consulter le dossier répressif<sup>2637</sup>.

**447. La recevabilité des preuves obtenues en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat durant la garde à vue.** À l'image des autorités législatives et juridictionnelles françaises, le législateur s'est contenté d'une réforme minimale et ne semble pas avoir « pris toute la mesure des exigences strasbourgeoises »<sup>2638</sup>. L'article 47*bis* § 6 du Code d'instruction criminelle envisage la sanction de l'audition irrégulière et donc de la recevabilité des déclarations recueillies mais limite sa portée. En effet, « aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de

---

<sup>2630</sup> Art. 15*bis* de la loi du 20 juil. 1990 modifiée par la loi du 13 août 2011.

<sup>2631</sup> Art. 47*bis* § 2 3° du CIC.

<sup>2632</sup> Art. 2*bis* de la loi du 20 juil. 1990 relative à la détention préventive modifiée.

<sup>2633</sup> M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 327. L'art. 2*bis* de la loi du 20 juil. 1990 relative à la détention préventive modifiée encadre strictement les compétences de l'avocat durant l'interrogatoire : il est essentiellement le gardien des droits de la défense et ne peut que s'assurer passivement de leur respect.

<sup>2634</sup> Art. 2*bis* § 2 de la loi du 20 juil. 1990 relative à la détention préventive modifiée.

<sup>2635</sup> P. MONVILLE et O. MICHIELS, « Salduz : entre présent et futur, » in A. JACOBS et A. MASSET, *Actualités de droit pénal*, Vol. 128, CUP, Liège, Anthémis, p. 60.

<sup>2636</sup> Cour cons., 14 fév. 2013, arrêt n° 7/2013, *J.L.M.B.*, n°9, 2013, p. 557, obs. A. JACOBS et O. MICHIELS.

<sup>2637</sup> A. JACOBS et O. MICHIELS, « La 'loi Salduz' confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle », *J.L.M.B.*, n°9, 2013, p. 558., sous Cour Cons., 14 fév. 2013.

<sup>2638</sup> M.-A. BEERNAERT, C. CHARRIÈRE-BOURNAZEL et Y. JEANNERET, « Les suites de l'arrêt Salduz en droit belge, français et suisse », *op. cit.*, p. 268.

déclarations qu'elle a faites en violation des §§ 2, 3 et 5 à l'exclusion du § 4, en ce qui concerne la concertation confidentielle préalable ou l'assistance d'un avocat au cours de l'audition ». *A contrario*, ces déclarations sont tout à fait recevables si elles ne constituent pas l'unique fondement sur lequel se basent les juges, mais font partie d'un faisceau de preuves concordantes. Ce point, contraire aux recommandations du Conseil d'État<sup>2639</sup>, fut vivement critiqué par la doctrine belge<sup>2640</sup>. La Cour constitutionnelle belge, dans sa décision du 14 février 2013, a partiellement annulé la loi « Salduz », notamment au regard de l'inconventionnalité de l'article 47 *bis*. Par la censure du mot « seul » de l'article en question, la Cour se prononce en faveur de l'irrecevabilité totale de la preuve recueillie en violation des droits de la défense, fut-elle corroborée par d'autres éléments. Par extension, les preuves subséquentes doivent également être exclues<sup>2641</sup>, sauf à démontrer une rupture du lien de causalité entre les éléments, tel qu'il en résulte de la jurisprudence *Gäjfen*<sup>2642</sup>.

Ces développements tant en France qu'en Belgique montrent la force d'harmonisation de la jurisprudence européenne, poussant les législateurs nationaux à se plier aux nouvelles exigences strasbourgeoises. Ce phénomène est également visible dans les systèmes de *common law*, comme ce fut le cas en Écosse.

*c. La censure de la procédure pénale écossaise par la Cour suprême du Royaume-Uni*

**448. La modification de la législation écossaise suite à la jurisprudence *Salduz*.**

Avant le « séisme *Salduz* », la législation écossaise ne prévoyait pas l'assistance d'un avocat lors des premiers interrogatoires de police à l'occasion d'une mesure privative de liberté<sup>2643</sup>. Le suspect avait uniquement la possibilité de prévenir la personne de son choix, dont un avocat, du fait qu'il était placé en garde à vue pour un interrogatoire<sup>2644</sup>. L'absence de

<sup>2639</sup> A. JACOBS et O. MICHELS, «La 'loi Salduz' confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 560.

<sup>2640</sup> D. VANDERMEERSCH, «La loi *Salduz* - Salduz, vers une nouvelle ère ?», *op. cit.*, p. 861. V. également S. BERBUTO et E. BERTHE, «Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz», in *Actualités de droit pénal*, 2011, *op. cit.*, p. 150. : « Alors que le Conseil d'État avait déjà averti qu'une telle sanction était insuffisante au regard des exigences de la Cour européenne, le législateur s'est délibérément écarté de cet avis éclairé et pire, a réduit à néant ou presque l'effectivité des garanties : en effet, il n'y a pas de droit sans sanction. »

<sup>2641</sup> A. JACOBS et O. MICHELS, «La 'loi Salduz' confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 561. V. également C. NOIRHOMME, «La loi *Salduz* à l'épreuve de la Cour constitutionnelle», *J.T.*, n° 6524, 2013, p. 413.

<sup>2642</sup> Cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

<sup>2643</sup> La garde à vue pouvait durer six heures au maximum et les déclarations faites devant les policiers, enregistrées, pouvaient servir de preuve, D. YOUNG, «Scotland and the Supreme Court», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n° 2(1), 2013, p. 68.

<sup>2644</sup> Sect. 15 § 1 b) du *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*.

conformité du régime écossais aux exigences posées par les juges européens fut soulevée dans l'affaire *Cadder*, dans laquelle le suspect avait fait des déclarations aux autorités policières sans avoir pu bénéficier de l'assistance d'un conseiller. La recevabilité de ces déclarations en tant que preuves fut ainsi contestée sur la base de la jurisprudence *Salduz*.

Par la décision *Cadder*<sup>2645</sup>, la Cour suprême du Royaume-Uni estima que la législation écossaise n'était pas conforme à l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et balaya ainsi trente ans de pratique policière<sup>2646</sup>. La réponse législative du Parlement écossais fut immédiate<sup>2647</sup>, adoptant le *Criminal Procedure (Legal Assistance, Detention, and Appeals) (Scotland) Act 2010* et occasionnant ainsi l'abandon de nombreuses poursuites<sup>2648</sup>.

#### **449. Le faible impact de la jurisprudence *Salduz* sur la recevabilité de la preuve.**

Au regard de la recevabilité de la preuve, il convient tout d'abord de rappeler que très peu de preuves obtenues lors des interrogatoires de police pouvaient effectivement fonder une condamnation pénale : la nécessité de preuves corroborantes et la force probante limitée des réponses données par le suspect aux questions de la police, tout comme la possibilité de remettre en cause la recevabilité de la preuve pour atteinte à l'équité de la procédure, représentaient des remparts efficaces contre l'utilisation de preuve viciées<sup>2649</sup>.

Cela étant, la Cour suprême, à l'occasion de la décision *Cadder*, a précisé que les déclarations recueillies par la police durant un interrogatoire sans que le suspect ait pu consulter préalablement un avocat, étaient irrecevables<sup>2650</sup>. En revanche, la portée de la décision est incertaine sur la question de la recevabilité des preuves obtenues grâce aux déclarations litigieuses<sup>2651</sup>, point que la Cour n'a pas voulu clarifier dans des décisions ultérieures estimant que la jurisprudence européenne n'avait pas clairement suggéré l'irrecevabilité générale des fruits de l'interrogatoire litigieux<sup>2652</sup>.

---

<sup>2645</sup> *Cadder (Peter) v. HM Advocate* (2010) UKSC 43 (SC).

<sup>2646</sup> T. EATWELL et C. SARGEANT, «Criminal law, evidence and procedure», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n° 2(1), 2013, p. 87.

<sup>2647</sup> *Ibid.*

<sup>2648</sup> P. R. FERGUSON, «Repercussions of the Cadder case: the ECHR's fair trial provisions and Scottish criminal procedure», *Criminal Law Review*, n° 10, 2011, p. 743.

<sup>2649</sup> D. YOUNG, «Scotland and the Supreme Court», *op. cit.*, p. 69. Cet auteur soulève d'ailleurs que dans l'affaire *Salduz*, les preuves auraient probablement été rejetées en application de ces règles.

<sup>2650</sup> P. R. FERGUSON, «Repercussions of the Cadder case: the ECHR's fair trial provisions and Scottish criminal procedure», *op. cit.*, p. 744.

<sup>2651</sup> *Ibid.*

<sup>2652</sup> R. M. WHITE, «Sins of the father? The 'sons of Cadder'», *Criminal Law Review*, n° 5, 2012, p. 364. V. également T. EATWELL et C. SARGEANT, «Criminal law, evidence and procedure», *op. cit.*, p. 88.

**450. Conclusion du paragraphe 2.** Évaluer le pouvoir d'harmonisation de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de preuve est une opération délicate. En effet, l'entreprise est tempérée par la formule générale inlassablement brandie par la Cour selon laquelle la recevabilité de la preuve relève au premier chef du droit interne, les juges européens ne s'attachant qu'à l'examen du respect des droits protégés par la Convention et dans le cadre de l'article 6, à la vérification du respect du caractère équitable de la procédure appréciée dans son ensemble. Pourtant, il est indéniable qu'en œuvrant pour le renforcement des droits fondamentaux, la Cour a eu maintes fois l'occasion de se pencher sur les conditions de recherche, de recueil et d'administration de la preuve pénale, et donc indirectement sur sa recevabilité. La jurisprudence *Salduz* en est le parfait exemple. Aucune déclaration obtenue lors d'un interrogatoire de police effectué durant une mesure privative de liberté ne peut être utilisée par un juge pénal sans irrémédiablement porter atteinte à l'équité procédurale : par cette affirmation, la Cour se prononce indirectement en faveur de l'irrecevabilité générale de la preuve pénale ainsi obtenue, en application de l'article 6 de la Convention. Par conséquent, il est désormais difficile de soutenir que la recevabilité des aveux obtenus en violation du droit à l'assistance d'un avocat relève au premier chef du droit interne.

**451. Conclusion de la section 2.** La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut difficilement servir de fondement unique à l'harmonisation des garanties procédurales dans les États parties à la Convention. Outre le fait que la Cour n'a ni vocation ni intention de produire un rapprochement des législations en matière procédurale<sup>2653</sup>, le caractère exceptionnellement concret de ses décisions, tout comme la nécessité pour la Cour de ne s'intéresser qu'à l'éventuelle violation des droits protégés par la Convention, éloignent toute entreprise d'harmonisation.

Pourtant, les évolutions législatives convergentes que les différents États parties ont connues ces dernières années témoignent du pouvoir d'harmonisation indirect des juges européens, tant au niveau des règles générales de procédure<sup>2654</sup>, qu'au niveau plus spécifique de la preuve pénale. Plus encore, ce mode d'harmonisation indirecte présente l'avantage d'être souple car non véritablement contraignant, mais également solide, car fondé sur la volonté des États d'améliorer leur système procédural.

---

<sup>2653</sup> F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, «Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order», *op. cit.*, p. 62.

<sup>2654</sup> Par exemple, par l'introduction de certaines caractéristiques de la procédure pénale anglo-saxonne dans la procédure pénale continentale, v P. LEMMENS, «Quelques réflexions au sujet des garanties procédurales en matière pénale», in *La justice pénale et l'Europe*, 1996, *op. cit.*, p. 203 et s.

**Conclusion du chapitre 1.** L'harmonisation de la légalité matérielle relative à l'administration de la preuve dans l'Union européenne n'est plus seulement nécessaire à la construction de la légalité de la preuve européenne, mais elle apparaît également accessible. Elle est nécessaire à plusieurs titres. D'une part, elle participe à la création d'un climat de confiance entre États membres protecteurs des droits fondamentaux, confiance indispensable à une coopération efficace entre autorités judiciaires dans le cadre de la répression d'infractions transnationales. Plus largement, l'harmonisation « par le haut » des garanties procédurales contrebalance les efforts fournis ces dernières années au regard du volet répressif de l'espace pénal européen, afin d'achever la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne. D'autre part, et plus spécifiquement à la matière probatoire, le rapprochement de la légalité matérielle par l'établissement de règles minimales exigeantes est nécessaire à la recevabilité mutuelle des preuves entre les États membres, laquelle repose le plus souvent sur le respect de principes fondamentaux tels que le principe de loyauté ou le droit à une procédure équitable.

L'harmonisation de la légalité matérielle semble également accessible. Si la faisabilité d'une telle entreprise pouvait être discutée, notamment face à l'échec de l'adoption de la décision-cadre relative aux garanties procédurales dans le cadre du feu troisième pilier, le mouvement de rapprochement est désormais bien enclenché. Le rapprochement est tout d'abord direct, concrétisé par l'adoption de directives dédiées à la protection accrue des garanties procédurales dans les États membres, ceux-ci ayant l'obligation de se conformer aux exigences posées au niveau européen. Le rapprochement est également indirect : les juridictions européennes de Luxembourg et de Strasbourg, poussées par les insistances des États membres les plus exigeants pour la première, et les dérives « inconvencionnelles » des régimes nationaux pour la seconde, ont œuvré pour une protection accrue des droits fondamentaux dans toute procédure répressive et ainsi conduit à éliminer les divergences procédurales matérielles entre les États membres. Un constat aussi positif ne peut cependant qualifier l'étude de l'harmonisation de la légalité formelle.





## Chapitre 2. L'harmonisation procédurale formelle : l'harmonisation de la légalité formelle par l'édition de règles d'enquête communes

**452. La distinction entre harmonisation de la légalité matérielle et harmonisation de la légalité formelle.** Il peut sembler artificiel d'établir une distinction entre l'harmonisation de la légalité matérielle et l'harmonisation de la légalité formelle au regard de l'administration de la preuve. En effet, le rôle fondamental que joue la protection des droits individuels dans l'élaboration des règles procédurales relatives à la recherche, au recueil et à la production de la preuve devant le juge pénal, participe indirectement au rapprochement des règles procédurales d'enquête. Cependant, comme nous l'avons abordé dans l'étude comparative de la légalité de la preuve pénale<sup>2655</sup>, la procédure pénale ne se résume pas au respect des droits de l'homme mais recouvre l'ensemble des formalités à accomplir des premiers stades de l'enquête pénale jusqu'au procès pénal<sup>2656</sup>. Ces formalités, issues des traditions procédurales propres à chaque État membre, sont façonnées non seulement dans le respect des droits fondamentaux mais également de façon à doter les autorités enquêtrices des prérogatives nécessaires aux fins d'une défense efficace de l'intérêt général. Ainsi, si la consécration supranationale de la présomption d'innocence ou des droits de la défense a contribué au rapprochement des législations nationales, les spécificités envisagées au regard par exemple des perquisitions, ou du recueil des témoignages justifient l'étude d'une harmonisation procédurale formelle.

**453. L'harmonisation des procédures d'investigations dans l'espace pénal européen.** L'espace pénal européen est un lieu de confrontation des différences procédurales entre les États membres qui le composent. Ainsi, l'ampleur des divergences et des incompatibilités des régimes coexistant est un enjeu primordial<sup>2657</sup> : de trop grandes disparités pourraient représenter un frein de taille au succès de la coopération judiciaire et de

---

<sup>2655</sup> Cf. Première Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2656</sup> S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 1.

<sup>2657</sup> Se. DE BIOLLEY, «L'harmonisation des procédures», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 111.

la répression des infractions transnationales<sup>2658</sup>. L'avènement du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en la matière aurait pu faire passer la question de l'harmonisation des procédures pénales au second plan<sup>2659</sup>. Envisagé comme une alternative à l'uniformisation des procédures<sup>2660</sup>, le principe se voulait respectueux de la diversité des systèmes juridiques nationaux<sup>2661</sup>. Cependant, la pratique de l'entraide judiciaire et l'échec des premiers instruments de reconnaissance mutuelle ont montré les insuffisances d'un tel système. Aussi, la directive relative à la décision d'enquête européenne prévoit la possibilité pour l'État d'émission de demander le respect de certaines formalités ou procédures lors de l'exécution de la mesure d'investigation transnationale par les autorités de réception<sup>2662</sup>. Cette faculté témoigne de l'importance du respect de la légalité formelle dans l'administration de la preuve pénale, afin de garantir sa recevabilité. Par conséquent, l'harmonisation de la légalité formelle peut être envisagée afin de faciliter l'utilisation de la preuve « européenne ».

Avant d'aborder l'harmonisation pénale procédurale telle qu'elle pourrait être réalisée aujourd'hui (Section 2), il convient de dresser un état des lieux des travaux déjà entamés en la matière par l'étude des difficultés rencontrées (Section 1).

## Section 1. Les obstacles ayant freiné l'harmonisation procédurale formelle

**454. Les réticences des États à l'harmonisation en matière pénale<sup>2663</sup>.** Plus que dans tout autre domaine, l'harmonisation en matière pénale ne peut que se heurter aux réticences des États membres. Traditionnellement indissociable de la naissance de l'État<sup>2664</sup>,

---

<sup>2658</sup> Le rapprochement des législations a été présenté comme un instrument de la coopération judiciaire en matière pénale, D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 316.

<sup>2659</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences», in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (ed.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 140.

<sup>2660</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 116.

<sup>2661</sup> M. MASSÉ, «La reconnaissance mutuelle», in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, 2012, *op. cit.*, p. 210.

<sup>2662</sup> Art. 4 § 2 de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013, v. Conseil de l'Union européenne, Approval of a package of the main elements in the file in view of its final agreement, Interinstitutional File 2010/0817 (COD), COPEN 165 EUROJUST 95 EJM 67 CODEC 2348, Bruxelles, le 25 octobre 2013.

<sup>2663</sup> Sur ce point, v. A. BERNARDI, «Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales», in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 958.

<sup>2664</sup> Y. CARTUYVELS, «Le droit pénal et l'État : des frontières "naturelles" en question», in M. HENZELIN et R. ROTH, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, LGDJ, 2002, p. 3.

le droit pénal est au cœur de la souveraineté nationale<sup>2665</sup>. Le droit de punir est la compétence régaliennne par excellence, un des attributs essentiels de l'État<sup>2666</sup>, par lequel il protège l'ordre public et les intérêts de ses citoyens sur son territoire. En effet, le principe de territorialité, « universellement reconnu comme le fondement le plus important permettant de revendiquer la compétence pénale, découle des pouvoirs souverains exercés par un État sur son territoire »<sup>2667</sup>. Cependant, le caractère étatique du droit pénal est confronté à un phénomène de développement des échanges et donc de l'internationalisation de la criminalité : le principe de territorialité ne saurait être absolu sous peine d'être source d'impunité choquante<sup>2668</sup>. Tout l'enjeu réside aujourd'hui dans les efforts et les concessions à fournir « pour déployer un nouveau droit pénal transfrontière transcendant les frontières d'États devenus trop petits pour réguler le jeu des relations sociales »<sup>2669</sup>.

Pourtant, l'attachement de l'État à la matière pénale, symbole de sa puissance étatique, n'est pas assez fort pour expliquer le trop faible rapprochement de la légalité formelle en matière procédurale. En effet, les États peuvent exprimer les mêmes inquiétudes au regard du droit pénal matériel, lequel a largement été investi par un mouvement harmonisateur. Si la matière procédurale n'a pas connu le même engouement, deux ensembles d'obstacles peuvent être identifiés : le premier renvoie aux difficultés de nature politique<sup>2670</sup> (§ 1), le second aux contraintes techniques imposées par la matière pénale procédurale (§ 2).

## § 1. L'absence d'harmonisation de la légalité formelle : le résultat d'un choix politique

L'absence de travaux significatifs en matière pénale procédurale sur ces quinze dernières années est manifeste : peu d'instruments ont été avancés, très peu ont été

---

<sup>2665</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 39.

<sup>2666</sup> R. ROTH, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, 2001, *op. cit.*, p. 131.

<sup>2667</sup> Conseil de l'Europe, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, 1990, *op. cit.*, p. 8.

<sup>2668</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, *op. cit.*, p. 69.

<sup>2669</sup> Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal et l'État : des frontières "naturelles" en question », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, 2002, *op. cit.*, p. 5.

<sup>2670</sup> Se. DE BIOLLEY, « L'harmonisation des procédures », in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 113.

adoptés<sup>2671</sup>. L'origine de cette absence de mesures visant au rapprochement des règles d'investigations tient en premier lieu à la faiblesse des traités, marquant le désintérêt de l'Union européenne en la matière, privilégiant l'harmonisation pénale matérielle (A). En effet, concernant l'amélioration de l'enquête transnationale, les efforts furent concentrés sur la fluidification et la facilitation de la coopération judiciaire, l'édiction de règles minimales n'étant qu'un moyen parmi d'autres d'y parvenir (B).

#### A. Le désintérêt de l'Union européenne au regard du rapprochement des règles procédurales

Plusieurs facteurs traduisent le manque d'implication de l'Union européenne au regard du rapprochement des règles procédurales en matière pénale et plus particulièrement des mesures d'enquêtes. En effet, jusqu'à l'adoption du traité de Lisbonne, aucune référence expresse n'était faite concernant le rapprochement des droits pénaux procéduraux<sup>2672</sup> (1), alors que le droit pénal matériel bénéficiait d'un régime plus favorable. Cette « générosité » des traités montre la volonté politique d'orienter les travaux de rapprochement sur l'incrimination et les sanctions, matérialisée par l'adoption de nombreux instruments en la matière (2).

##### 1. L'absence de base légale dédiée à l'harmonisation de la procédure.

**455. L'absence de base légale spécifique à la matière procédurale avant le traité de Lisbonne.** Alors que le traité de Maastricht ne fait aucune référence à l'harmonisation du droit pénal, les travaux de rapprochement au regard du droit pénal matériel se sont pourtant développés dans les années 1990, principalement dans le domaine des instruments non contraignants<sup>2673</sup>. En effet, sans spécifiquement énoncer un rapprochement, le traité prévoit que le Conseil, à l'initiative de tout État membre, arrête des positions communes, adopte des actions communes, ou établisse des conventions, au regard de la coopération judiciaire en matière pénale<sup>2674</sup>. Toute harmonisation répond alors à une logique intergouvernementale,

---

<sup>2671</sup> A. WEYEMBERGH, «La justice : bilan et perspectives en matière pénale», in C. KADDOUS et B. DUBEY (éd.), *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 133.

<sup>2672</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 280.

<sup>2673</sup> J. A. E. VERVAELE, «Le droit pénal européen : vers un droit pénal fédéral ?», in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 1137.

<sup>2674</sup> Art. K.1 et K.3 du traité de Maastricht. Sur ces instruments, v. A. LO MONACO, «Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures», *op. cit.*, p. 11 et s.

« à défaut d'une communautarisation de la matière »<sup>2675</sup>. À titre d'exemple, quelques instruments non contraignants relatifs aux investigations furent adoptés : c'est le cas de la résolution du Conseil du 17 janvier 1995 relative à l'interception légale des télécommunications<sup>2676</sup>, et de la résolution du Conseil du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale<sup>2677</sup>.

Le traité d'Amsterdam vient renforcer l'influence de l'Union en matière pénale, en lui assignant comme objectif « d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice »<sup>2678</sup> grâce à l'adoption de positions communes, de décisions-cadre, de décisions, et de conventions<sup>2679</sup>. Cet objectif peut être atteint non seulement par l'amélioration de la coopération judiciaire et policière, mais également par le « rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des États membres »<sup>2680</sup>. L'article 31 e) du traité précise l'objet du rapprochement, en visant l'adoption progressive de « mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables »<sup>2681</sup>. Concernant le droit pénal procédural, le traité n'y fait pas expressément référence<sup>2682</sup> : la matière procédurale est implicitement concernée, une action commune dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale pouvant viser à assurer la compatibilité des règles applicables dans les États membres<sup>2683</sup>. Les travaux de rapprochement en matière procédurale ont donc été très peu nombreux<sup>2684</sup>, et ne concernaient pas l'harmonisation des règles d'enquête. Il est vrai que les instruments adoptés dans le but d'améliorer et de renforcer la coopération judiciaire ont indirectement conduit au

---

<sup>2675</sup> S. BOSLY et M. VAN RAVENSTEIN, «L'harmonisation des incriminations», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 19.

<sup>2676</sup> Résolution du Conseil du 17 janvier 1995 relative à l'interception légale des télécommunications, *JOCE* n° C 329 du 4 nov. 1996, p. 1. Ce texte représente une déclaration de bonnes intentions, une conduite minimale à respecter concernant les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de service.

<sup>2677</sup> Résolution du Conseil du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale, *JOCE* n° C 327 du 07 déc. 1995 p. 5. La résolution invite les États membres à garantir une protection appropriée des témoins, en tenant compte, entre autres, des formes et de la gravité des pressions ou menaces auxquels ils sont soumis, ou de la possibilité d'étendre la protection à la famille du témoin.

<sup>2678</sup> Art. 29 du traité d'Amsterdam.

<sup>2679</sup> Art. 34 § 2 du traité d'Amsterdam.

<sup>2680</sup> *Ibid.* Cette disposition est interprétée par Monsieur le Professeur Vervaele comme la possibilité d'harmoniser directement le droit pénal et la procédure pénale. Or le renvoi à l'article 31 e) limite l'harmonisation au droit pénal matériel. V. J. A. E. VERVAELE, «Le droit pénal européen : vers un droit pénal fédéral ?», in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 1139.

<sup>2681</sup> Art. 31 § 1 e) du traité d'Amsterdam.

<sup>2682</sup> V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 90.

<sup>2683</sup> Art. 31 § 1 c) du traité d'Amsterdam.

<sup>2684</sup> L'attention accordée aux procédures pénales fut extrêmement limitée, les travaux concernant surtout le droit pénal matériel, A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales», *op. cit.*, p. 187.

rapprochement des règles procédurales<sup>2685</sup>. Cependant, concernant l'harmonisation directe, peu d'instruments furent adoptés<sup>2686</sup>.

Le statut des victimes fut un des rares sujets ayant fait l'objet de travaux d'harmonisation. La décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales<sup>2687</sup>, adoptée en 2001, énonce une série de garanties visant à permettre l'intervention et la protection de la victime dans le cadre de procédures répressives. Les victimes doivent par exemple avoir la possibilité d'être entendues au cours de la procédure et de fournir des preuves<sup>2688</sup>, mais également d'être auditionnées par visioconférence si elles résident à l'étranger<sup>2689</sup>. Néanmoins, la décision-cadre reste prudente quant à la portée des obligations qu'elle énonce<sup>2690</sup> : les États membres doivent « œuvrer pour garantir aux victimes un traitement dûment respectueux de leur dignité personnelle pendant la procédure », et non pas « garantir », ce qui limite leur obligation de résultat<sup>2691</sup>. Un second instrument concerne l'enquête répressive, mais ne vise qu'une mesure spécifique : les confiscations. Adoptée dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent<sup>2692</sup>, la décision-cadre relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime<sup>2693</sup>, oblige les États membres à prendre les mesures nécessaires pour permettre la confiscation des instruments et produits provenant d'infractions pénales, dans les conditions visées<sup>2694</sup>.

Le désintérêt relatif au rapprochement des procédures répressives dont témoigne le peu d'instruments adoptés contraste avec les efforts mis en œuvre au regard de l'harmonisation du droit pénal matériel.

---

<sup>2685</sup> V. *infra*.

<sup>2686</sup> Pour une présentation des instruments adoptés, plus particulièrement des décisions-cadres sectorielles et transversales, v. J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 566 et s.

<sup>2687</sup> Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JOCE* n° L 82, du 22 mars 2001, p. 1.

<sup>2688</sup> Art. 3, *ibid.*

<sup>2689</sup> Art. 11, *ibid.*

<sup>2690</sup> A. WEYEMBERGH, «L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne», *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 43.

<sup>2691</sup> Se. DE BIOLLEY, «L'harmonisation des procédures», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 115.

<sup>2692</sup> A. WEYEMBERGH, «L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne», *op. cit.*, p. 43.

<sup>2693</sup> Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 fév. 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, *JOCE* n° L 68, du 15 mars 2005, p. 49.

<sup>2694</sup> Art. 2 et 3, *ibid.*

## 2. Le développement des instruments relatifs au droit pénal matériel

### 456. La profusion des instruments de rapprochement du droit pénal matériel.

Bénéficiant d'une base légale plus favorable, l'harmonisation des incriminations et des sanctions a fait l'objet de nombreux instruments. L'article 29 du traité d'Amsterdam envisage en effet le rapprochement des règles de droit pénal comme un moyen de prévenir et de lutter contre la criminalité, par l'édition de règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions et aux sanctions applicables, ceci dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue<sup>2695</sup>. Le plan d'action de Vienne<sup>2696</sup> précisa la portée des dispositions du traité d'Amsterdam, en donnant une interprétation large de ces trois domaines. Peuvent ainsi être concernés par les mesures d'harmonisation « les infractions telles que la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, les infractions à la législation contre le trafic de drogue, la corruption, la fraude informatique, les infractions commises par des terroristes, les infractions commises contre l'environnement, les infractions commises au moyen de l'Internet et le blanchiment d'argent lié à ces différentes formes de criminalité »<sup>2697</sup>. Par ailleurs, les conclusions du Conseil européen de Tampere invitent à envisager plus largement encore l'harmonisation des définitions, des incriminations et des sanctions communes, renvoyant aux secteurs de la criminalité financière ou de la criminalité au détriment de l'environnement<sup>2698</sup>, s'affranchissant ainsi de toute référence aux trois domaines visés par le traité d'Amsterdam.

Grâce à ces conditions favorables, les instruments d'harmonisation des législations se sont multipliés<sup>2699</sup>, principalement au regard des incriminations<sup>2700</sup>, ceci malgré les obstacles rencontrés, notamment au regard d'une action de l'Union dans le domaine profondément national qu'est le droit pénal<sup>2701</sup>. Ainsi, l'harmonisation touche des domaines aussi variés que le trafic de drogue<sup>2702</sup>, le racisme et la xénophobie<sup>2703</sup>, la traite des êtres humains<sup>2704</sup>, la

---

<sup>2695</sup> Art. 31 e) du traité d'Amsterdam.

<sup>2696</sup> Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice - Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, *JOCE* n° C 19 du 23 jan. 1999, p. 1.

<sup>2697</sup> Pt. 46, *ibid.*

<sup>2698</sup> Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 48.

<sup>2699</sup> Pour un aperçu des principaux instruments adoptés, v. J. PRADEL, «Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen», in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 900 et s.

<sup>2700</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales», *op. cit.*, p. 187.

<sup>2701</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>2702</sup> Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, *JOUE* n° L 335 du 11 nov. 2004, p. 8.

corruption<sup>2705</sup>, la fraude<sup>2706</sup>, l'aide à l'immigration illégale<sup>2707</sup>, l'environnement<sup>2708</sup>, ou la cybercriminalité<sup>2709</sup>. Cette profusion contraste énormément avec le peu d'instruments en matière procédurale. Il convient cependant d'en limiter la portée. D'une part, aucun mécanisme ne permettait de sanctionner l'absence ou la mauvaise transposition des décisions-cadres adoptées<sup>2710</sup>, si bien que les délais de transposition étaient souvent largement dépassés<sup>2711</sup>. Par ailleurs, pour reprendre les termes de Monsieur Flore, certains instruments n'offrent qu'une harmonisation « de façade », soit parce qu'ils donnent aux États membres la possibilité de se soustraire à leurs obligations<sup>2712</sup>, soit parce que les négociations se résument à l'identification du plus petit dénominateur commun, épargnant les États de tout effort d'harmonisation<sup>2713</sup>.

Pour conclure, nous pouvons cependant mentionner que ce déséquilibre flagrant entre droit pénal matériel et droit pénal procédural tend déjà à se réduire sous l'influence du traité de Lisbonne, bien que l'harmonisation en matière procédurale soit toujours appréciée comme l'accessoire de l'amélioration de la coopération judiciaire.

## B. L'harmonisation procédurale accessoire à la coopération judiciaire

Aujourd'hui encore, l'harmonisation des règles procédurales est envisagée uniquement comme un « outil » de la coopération judiciaire dans l'Union européenne, destiné à faciliter la répression des infractions transnationales (1). Si l'on peut regretter de limiter le rapprochement des droits procéduraux au seul but d'améliorer la coopération entre les

---

<sup>2703</sup> Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *JOUE* n° L 328 du 6 déc. 2008, p. 55.

<sup>2704</sup> Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juil. 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, *JOUE* n° L 203 du 1<sup>er</sup> août 2002, p. 1.

<sup>2705</sup> Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 31 juil. 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOUE* n° L 192, du 31 juil. 2003, p. 54.

<sup>2706</sup> Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, *JOCE* n° L 149 du 2 juin 2001 p. 1.

<sup>2707</sup> Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 nov. 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOCE* n° L 328 du 5 déc. 2002, p. 1.

<sup>2708</sup> Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *JOUE* n° L 328 du 6 déc. 2008, p. 28.

<sup>2709</sup> Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 fév. 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, *JOUE* n° L 69 du 16 mars 2005, p. 67.

<sup>2710</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 68.

<sup>2711</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 258.

<sup>2712</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>2713</sup> S. BOSLY et M. VAN RAVENSTEIN, «L'harmonisation des incriminations», *in Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 24.



autorités judiciaires nationales<sup>2714</sup>, l'influence des instruments de coopération judiciaire sur le rapprochement des législations nationales mérite cependant d'être souligné (2).

### 1. L'harmonisation procédurale au service de la coopération judiciaire

**457. L'harmonisation comme auxiliaire<sup>2715</sup> du développement de la coopération judiciaire.** Les premiers travaux de rapprochement des législations pénales ont été présentés comme le moyen d'améliorer la coopération judiciaire entre les États membres, « comme un outil devant permettre l'atténuation des obstacles traditionnels à celle-ci »<sup>2716</sup>. Le traité d'Amsterdam a renforcé un peu plus cette approche : le rapprochement des règles de droit pénal des États membres dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale fut envisagé par le TUE comme un moyen d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>2717</sup>. Les États disposaient alors d'un nouvel instrument spécifique, la décision-cadre<sup>2718</sup>, premier signe de l'intensification de « l'autonomisation » du rapprochement<sup>2719</sup>. Pourtant, le traité de Lisbonne, s'il consacre la compétence de l'Union en matière pénale procédurale, confirme le rôle accessoire de l'harmonisation formelle : l'établissement de règles minimales, portant notamment<sup>2720</sup> sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres, doit être nécessaire à la facilitation de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle et de la coopération judiciaire en matière pénale<sup>2721</sup>. Ainsi, l'harmonisation procédurale ne peut être envisagée de façon autonome sur la base du TFUE.

Le développement de l'harmonisation procédurale comme accessoire du succès de la coopération judiciaire entre les États membres est justifié et judicieux en ce qu'il peut aisément mener à des concessions de la part des États membres. En effet, l'assistance entre les autorités judiciaires des États membres leur est nécessaire afin d'assurer la protection des

---

<sup>2714</sup> V. en ce sens A. WEYEMBERGH, «L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne», *op. cit.*, p. 57. V. également sur la nécessité symbolique de l'harmonisation, J. R. SPENCER, «Why the harmonisation of penal law necessary?», in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 43.

<sup>2715</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 316.

<sup>2716</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences», in *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, 2002, *op. cit.*, p. 139.

<sup>2717</sup> Art. 29 du TUE tel que modifié par le traité d'Amsterdam.

<sup>2718</sup> Art. 34 TUE tel que modifié par le traité d'Amsterdam.

<sup>2719</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences», in *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, 2002, *op. cit.*, p. 140.

<sup>2720</sup> D'autres éléments de la procédure pénale pourront ultérieurement être ajoutés.

<sup>2721</sup> Art. 82 § 2 du TFUE.

intérêts nationaux, mis en danger par la criminalité transfrontalière<sup>2722</sup>. La répression des infractions transnationales ne pouvant souffrir d'inefficacité<sup>2723</sup>, l'adaptation de la législation nationale aux exigences procédurales posées au niveau supranational apparaissent alors comme un moindre mal au regard de l'importance des intérêts en jeu<sup>2724</sup>. Par ailleurs, certains auteurs soulèvent<sup>2725</sup>, à juste titre, que le rapprochement des règles procédurales contribue à la confiance mutuelle que les États membres s'accordent, condition du succès de la reconnaissance mutuelle. En effet, il a été démontré que l'harmonisation des garanties procédurales est nécessaire à la réalisation de la confiance réciproque que les autorités judiciaires se portent, et donc à l'amélioration et la fluidification de la coopération judiciaire<sup>2726</sup>. Ce constat est-il le même concernant l'harmonisation de la légalité procédurale ? La réponse apparaît comme positive. En effet, les règles relatives aux investigations pénales offrent un rempart contre les abus des autorités enquêtrices, en protégeant non seulement leurs droits procéduraux découlant de la garantie du procès équitable, mais également leurs droits substantiels, comme le respect de la vie privée, ou le respect de la dignité. L'harmonisation procédurale formelle inciterait donc les États membres les plus « négligents » à adopter une législation plus stricte au regard des mesures d'enquêtes, et ainsi délimiter de manière plus rigoureuse les atteintes à la vie privée ou à la loyauté. Ce mouvement d'encadrement contribuerait à instaurer un climat de confiance réciproque, favorable à la coopération judiciaire. Par exemple, au regard des mesures de géolocalisation, ayant jusqu'à présent largement bénéficié du flou législatif caractéristique des nouvelles mesures d'enquête modernes, imposer l'autorisation préalable d'un magistrat dans tous les États membres serait un moyen de montrer l'attachement de chaque État aux hautes exigences de protection de la vie privée lors de l'enquête répressive<sup>2727</sup>.

---

<sup>2722</sup> « Les États, attachés à leur souveraineté mais comprenant la nécessité de coopérer pour permettre la répression d'une criminalité transnationale, ont donc adopté des instruments de coopération dont certains, comme l'extradition, sont très anciens », V. MALABAT, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal.- Rapport de synthèse », *Droit pénal*, n° 9, étude 17, Sept. 2006, § 6.

<sup>2723</sup> Comme le souligne Monsieur le Professeur Bernardi, « tout stratégie préventivo-répressive purement nationale à l'encontre des groupe criminels opérant en même temps dans une pluralité d'États est vouée à l'inefficacité », A. BERNARDI, « L'harmonisation pénale accessoire », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, 2012, *op. cit.*, p. 962.

<sup>2724</sup> À ce sujet, Monsieur le Professeur Labayle soulève que le principe de subsidiarité trouve une terre d'élection dans l'ELSJ, et que « ce n'est qu'à l'instant où la règle commune apparaît comme la condition existentielle du succès, comme en matière d'immigration, que les États se résolvent à l'accepter », v. H. LABAYLE, « La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, 2010, *op. cit.*, p. 14.

<sup>2725</sup> A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 57. ; D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 316.

<sup>2726</sup> Cf. dans ce même Titre, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>2727</sup> La Cour de cassation française a d'ailleurs récemment invalidé des mesures de surveillance par géolocalisation d'un téléphone mobile, qui n'avaient pas été décidées par un juge d'instruction mais par un procureur, v. M. BLOMBLED, « Surveillance par géolocalisation : une ingérence nécessitant le contrôle

**458. L'harmonisation comme condition d'une répression efficace des infractions dans l'espace pénal européen.** Bien que ce ne soit pas la fonction envisagée par les traités successifs, l'harmonisation de la légalité formelle aurait pu être abordée comme une condition de la répression efficace des infractions dans l'espace pénal européen<sup>2728</sup>. Au-delà de l'amélioration de la coopération judiciaire, l'harmonisation des règles d'investigations participerait à l'uniformisation de la réponse pénale dans tous les États membres. En effet, les spécificités procédurales ne sauraient bénéficier aux délinquants transnationaux, qui pourraient tirer parti « des divergences existantes et exploiter les systèmes identifiés comme les moins efficaces de sorte que ceux-ci font office de sanctuaire ou de *safe haven* »<sup>2729</sup>. L'impunité de la criminalité transnationale résultant des disparités procédurales entre États membres, des retards techniques, de l'imprécision des règles d'enquête, ou de la désorganisation des autorités enquêtrices, n'est en effet pas acceptable dans un espace de liberté, de sécurité et de justice. Cet argument plaidant pour une fonction autonome du rapprochement est plus souvent retenu comme justifiant l'harmonisation des incriminations et des sanctions<sup>2730</sup> : l'article 83 du TFUE donne ainsi compétence au Parlement et au Conseil pour établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions, aux fins de combattre certaines formes de criminalité graves telles que le terrorisme ou le trafic illicite de drogue, affranchissant le rapprochement du droit pénal matériel de toute référence à la coopération judiciaire<sup>2731</sup>. Cet argument serait pourtant tout aussi pertinent au regard de l'harmonisation du droit procédural.

## 2. L'harmonisation indirecte grâce aux instruments de coopération judiciaire

**459. Les instruments de coopération judiciaire, source marginale d'harmonisation.** Comme les peu nombreux instruments adoptés sous l'empire du traité

---

d'une juge », *Dalloz actualités* du 5 nov. 2013, sous Cass. crim., 22 oct. 2013, pourvois n° 13-81.945 et n° 13-81.949.

<sup>2728</sup> A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 62.

<sup>2729</sup> *Ibid.*, p. 63. V. également A. WEYEMBERGH, « Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences », in *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, 2002, *op. cit.*, p. 141. En ce sens, aussi, J. PRADÉL, « Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen », in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 898.

<sup>2730</sup> A. WEYEMBERGH, « Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales », *op. cit.*, p. 191. V. aussi U. SIEBER, « The forces behind the harmonization of criminal Law », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 394 et s.

<sup>2731</sup> V. à ce sujet L. ARROYO ZAPATERO et M. MUNOZ DE MORALES ROMERO, « Droit pénal européen et traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome (art. 83.1 TFUE) », in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, 2012, *op. cit.*, p. 113.

d'Amsterdam en témoignent<sup>2732</sup>, l'harmonisation de la légalité procédurale formelle a rarement été abordée directement. Néanmoins, la question de la coopération judiciaire a mobilisé les États membres et a donc indirectement participé à l'harmonisation des règles procédurales d'investigation. En effet, bien que leur objectif premier soit de favoriser l'assistance et la coopération entre autorités judiciaires aux fins de répression de la criminalité transnationale, les conventions et décisions-cadre adoptées dans le cadre du troisième pilier ont exercé une influence non négligeable sur les législations des États membres, en représentant une source marginale de rapprochement<sup>2733</sup>.

Les instruments de coopération judiciaire relatifs au recueil de la preuve ayant été présentés en détail<sup>2734</sup>, quelques exemples seront simplement rappelés ici. Au regard de l'entraide judiciaire secondaire majeure, les conventions internationales ont joué un rôle important dans le rapprochement des règles procédurales relatives à l'extradition, obligeant les États membres à adopter des règles similaires<sup>2735</sup>. L'instrument de reconnaissance mutuelle qu'est la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen<sup>2736</sup> a également contribué à l'harmonisation procédurale, nécessaire à l'intégration de ce nouveau mécanisme de coopération au niveau national<sup>2737</sup>. Concernant l'entraide judiciaire secondaire mineure, l'abondance caractérisant le domaine a permis sans conteste le rapprochement des règles procédurales pénales nationales, notamment par leur adaptation à des techniques d'enquête spécifiques. La Convention relative à l'entraide judiciaire<sup>2738</sup>, visant à améliorer et fluidifier la coopération judiciaire, a conduit à un rapprochement d'ordre procédural concernant certaines techniques d'enquête novatrices comme les équipes communes d'enquêtes<sup>2739</sup>, l'audition par visioconférence<sup>2740</sup> ou le transfèrement temporaire de personnes détenues aux fins d'une instruction<sup>2741</sup>. Enfin, l'apparition de nouveaux acteurs européens, tels que

---

<sup>2732</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 566.

<sup>2733</sup> A. WEYEMBERGH, «L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne», *op. cit.*, p. 47.

<sup>2734</sup> Cf. même Partie, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2735</sup> A. WEYEMBERGH, «L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne», *op. cit.*, p. 71.

<sup>2736</sup> Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* n° L 190 du 18 juil. 2002, p. 1.

<sup>2737</sup> « Entre États membres, la procédure classique d'extradition est remplacée par le mandat », J. A. E. VERVAELE, «Le droit pénal européen : vers un droit pénal fédéral ?», in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 1143.

<sup>2738</sup> Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000, *JOCE* n° C 197 du 12 juil. 2000, p. 1.

<sup>2739</sup> Art. 13, *ibid.*

<sup>2740</sup> Art. 10, *ibid.*

<sup>2741</sup> Art. 9, *ibid.*

Europol ou Eurojust, a également pu conduire au rapprochement normatif, en nécessitant l'intégration d'un organe commun dans le droit national des États membres<sup>2742</sup>.

**460. Conclusion du paragraphe 1.** La faible harmonisation de la légalité formelle en matière pénale dans l'Union européenne est en grande partie due à l'absence de volonté politique. En effet, le rapprochement des législations procédurales, et plus particulièrement des règles d'investigation, n'a jamais été expressément visé par les traités jusqu'en 2009. La priorité semble ainsi avoir été donnée à l'harmonisation du droit pénal matériel, à travers la détermination commune de comportements infractionnels graves et des sanctions correspondantes. Ces handicaps majeurs n'ont cependant pas empêché l'amorce de travaux touchant à la procédure pénale, mais dans le but unique d'améliorer et de faciliter la coopération judiciaire en matière pénale, ce qui fut néanmoins une source indirecte d'harmonisation de la légalité formelle. À ces premiers obstacles politiques, expliquant l'absence d'harmonisation, s'ajoutèrent des obstacles techniques tenant à l'essence même de la procédure pénale, aussi importants.

§ 2. L'absence d'harmonisation des règles de procédure : le résultat de contraintes techniques

**461. Des contraintes résultant du processus d'élaboration de la procédure pénale nationale.** Un des freins à l'harmonisation procédurale en matière pénale est sans conteste l'ampleur du chantier qu'un tel engagement représenterait<sup>2743</sup>. Ce qui n'a pu être construit au niveau national qu'au prix d'échecs et de succès, de modifications, de rééquilibrage et de rectifications, sous l'influence d'une réflexion poussée ou d'une « impulsion politique », ne peut pas être aisément et rapidement atteint à l'échelle européenne. En effet, la procédure pénale nationale est le fruit d'un long processus d'élaboration de plusieurs siècles. Bien que l'affirmation supranationale de principes directeurs tel que la présomption d'innocence ou le développement des droits de la défense ait contribué à la convergence des systèmes nationaux, l'espace juridique européen n'en est pas pour autant un espace homogène et unifié<sup>2744</sup>. Les États membres continuent d'édicter et

---

<sup>2742</sup> A. KLIP, «European integration and harmonisation and criminal law», in D. M. CURTIN, A. KLIP, J. SMITS, et al., *European Integration and Law: Four Contributions on the interplay between European Integration*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 125.

<sup>2743</sup> Se. DE BIOLLEY, «L'harmonisation des procédures», in *Actualités de droit pénal européen*, 2003, *op. cit.*, p. 113.

<sup>2744</sup> M. DELMAS-MARTY, «Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels)», in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, 1996, *op. cit.*, p. 83.

de modifier leurs propres règles procédurales indépendamment les uns des autres, libres d'organiser les moindres détails de l'enquête judiciaire et de réglementer les compétences des autorités chargées de la recherche de la vérité.

Les particularités procédurales résultant de cette indépendance législative conduisent toute entreprise d'harmonisation à surmonter deux défis techniques : essayer de rapprocher des règles procédurales dissemblables auxquelles les États membres sont particulièrement attachés d'une part (A), et définir la meilleure forme d'harmonisation possible, permettant de concilier tant les exigences de rigueur de la matière pénale, que l'identité juridique des systèmes nationaux d'autre part (B).

#### A. Les contraintes liées aux spécificités des règles d'investigation nationales

Les contraintes liées aux particularités des règles d'investigations édictées par les États membres tiennent à la nature profondément nationale de la procédure pénale (1), mais également au rôle prépondérant des droits fondamentaux dans la création de la norme formelle (2).

##### 1. La nature profondément nationale de la procédure pénale

**462. L'attachement des États membres à leurs spécificités procédurales.** On dit traditionnellement que la procédure pénale est plus nationale encore que le droit pénal<sup>2745</sup>, justifiant les réticences des États à modifier leur législation. Pourtant, les tout premiers développements de cette étude ont révélé de forts mouvements de convergences des procédurales nationales, vers un modèle équilibré et équitable<sup>2746</sup>. En effet, sous l'impulsion de la consécration supranationale des principes directeurs de la procédure tels qu'ils découlent du droit à un procès équitable<sup>2747</sup>, mais également mus par une volonté commune d'établir une procédure offrant un équilibre entre efficacité répressive et protection des libertés individuelles, les régimes procéduraux nationaux se sont rapprochés. À tel point que la distinction historique entre le modèle accusatoire, caractéristique de la procédure de *common law*, et le modèle inquisitoire, signature des États de droit continental, est

---

<sup>2745</sup> J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 2009, *op. cit.*, p. 566. Comme le soulève A. WEYEMBERGH, « c'est un des domaines pénaux parmi les plus enracinés dans les traditions juridiques ou la culture juridique des États voire dans leurs traditions culturelles ou leur culture tout court », A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 39.

<sup>2746</sup> Cf. Première Partie, Titre 1.

<sup>2747</sup> Art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

sérieusement ébranlée<sup>2748</sup>. Néanmoins, ces mouvements de convergence n'ont pas investi tous les stades de la procédure avec la même force et il est indéniable que la diversité caractérise encore l'espace pénal européen<sup>2749</sup>. S'il est un modèle universel de procès équitable<sup>2750</sup>, les règles formelles internes présentent toujours des spécificités issues tant des traditions procédurales que des politiques répressives menées par les gouvernants nationaux. En témoigne l'exemple de la répartition des prérogatives d'enquête entre les autorités judiciaires. Les réticences exprimées par la France ou la Belgique au regard de l'abandon du juge d'instruction montrent à quel point l'enquête sous l'entier contrôle de la police au Royaume-Uni<sup>2751</sup> ne peut encore s'exporter<sup>2752</sup> dans ces États. La présentation comparée de certaines mesures d'enquête telles que les perquisitions ou les écoutes et enregistrements téléphoniques confirme également que des divergences persistent, et qu'elles se cachent plus spécialement dans les détails.

Très attachés aux particularités procédurales internes<sup>2753</sup>, les États membres opposent une résistance à l'harmonisation<sup>2754</sup>, celle-ci impliquant une « révision des dispositions nationales préexistantes »<sup>2755</sup>. En effet, la procédure pénale apparaît à la fois inébranlable, profondément ancrée dans les traditions juridiques des États membres, et dynamique, vivante, renvoyant « directement à la pratique quotidienne de l'ensemble des acteurs sur le plan interne de chaque État membre »<sup>2756</sup>. La crainte de voir l'équilibre et la stabilité du processus judiciaire compromis explique ainsi les résistances des États membres, toute modification de la législation pouvant avoir un impact négatif sur l'appareil judiciaire et causer des dysfonctionnements graves. Cette première inquiétude des États membres est

---

<sup>2748</sup> Sur l'existence de nouveaux modèles, v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2008, *op. cit.*, p. 715 et s.

<sup>2749</sup> Comme le souligne Madame le Professeur Weyembergh, « trouver l'équilibre entre unité et diversité constitue un défi particulièrement difficile à relever dans le secteur de la procédure pénale », A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 38.

<sup>2750</sup> S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, et al., *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 2007, *op. cit.*, p. 407.

<sup>2751</sup> J. R. SPENCER, « The English system », in *European Criminal Procedures*, 2002, *op. cit.*, p. 150 et s.

<sup>2752</sup> Pourtant, quelques pays ont déjà abandonné le juge d'instruction au profit du juge de l'instruction, dépourvu de fonction enquêtrice mais ponctuellement sollicité par le parquet ou les services de police afin d'autoriser certaines mesures attentatoires à la liberté ou la vie privée. C'est le cas de l'Allemagne et du Portugal par exemple. V. J. CÉDRAS, « La spécificité du juge d'instruction français au sein des procédures pénales européennes », *R.I.D.P.*, vol. 81, 2010, p. 238.

<sup>2753</sup> Les particularités des systèmes juridiques « reflètent les diversités et les richesses multiformes de la pensée juridique européenne, mais constituent en même temps un obstacle pour la pleine coopération pénale, et, *a fortiori*, pour tout le processus d'harmonisation/unification pénale à l'échelle continentale », A. BERNARDI, « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*

<sup>2754</sup> Conduisant à des négociations excessivement longues, à une harmonisation limitée, voire à l'abandon du projet discuté, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, *op. cit.*, p. 92.

<sup>2755</sup> A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 117.

<sup>2756</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 274.

complétée par leur réticence naturelle à revoir leur droit interne, cherchant à échapper à tout investissement de temps ou d'énergie<sup>2757</sup>, ou tout simplement par confort<sup>2758</sup>.

**463. Réflexions sur l'impossibilité de l'harmonisation globale de la procédure pénale.** Aux résistances des États membres s'ajoute la difficulté de l'entreprise d'harmonisation. La tâche serait titanesque et impliquerait la modification simultanée de 28 législations, et donc la mobilisation massive des législateurs nationaux et européen en matière pénale, déjà sollicités à bien des niveaux et globalement réticents à revoir leur droit interne<sup>2759</sup>. La réalisation d'une telle réforme ne pourrait alors être globale mais au contraire pragmatique, envisageant une mesure d'investigation après l'autre. Or, l'évolution permanente et contextuelle de la procédure pénale nationale constituerait un obstacle récurrent et difficilement surmontable par le jeu des négociations européennes : les règles relatives à la répression des infractions ne sauraient souffrir d'obsolescence, sous peine de perdre toute efficacité. En second lieu, l'harmonisation de la légalité formelle obligerait les États à prendre position sur des problèmes de droit laissés, volontairement ou non, à la discrétion des juridictions nationales. C'est le cas par exemple de la loyauté dans le recueil de la preuve, guidant le procureur dans l'administration de la preuve en Belgique<sup>2760</sup> mais volontairement omise du Code de procédure pénale français<sup>2761</sup>. La précision de ce concept au niveau supranational serait pourtant essentielle en cas d'harmonisation, notamment au regard des mesures d'enquêtes dites particulières. Enfin, dans le prolongement de cette remarque, l'harmonisation maximale neutraliserait tout pouvoir d'initiative du législateur national, qui ne pourrait qu'intégrer la législation européenne au droit national.

Afin de surmonter ces difficultés, la voie de l'harmonisation de la légalité matérielle a été préférée, au détriment du rapprochement de la légalité formelle.

## 2. L'importance des garanties procédurales

**464. L'indifférenciation de la légalité matérielle et de la légalité formelle.** Le rôle prépondérant des droits procéduraux dans la formation des règles de procédure pénale

---

<sup>2757</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 117.

<sup>2758</sup> Les juristes d'un État membre sont habitués et maîtrisent leurs propres lois, et il serait difficile pour eux de s'adapter à un autre système, A. CADOPPI, «Towards a European Criminal Code?», *European journal of crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 4, n° 1, 1996, p. 7.

<sup>2759</sup> A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 117.

<sup>2760</sup> Art. 28bis du CIC.

<sup>2761</sup> B. DE LAMY, «De la loyauté en procédure pénale - Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale», in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, 2006, *op. cit.*, p. 98.



pousse à envisager la légalité des règles d'investigation comme un tout indivisible. En effet, les différents moyens de recueil de la preuve ont pour la plupart été présentés à travers le respect des garanties procédurales accordées au suspect ou à l'accusé dès le début du processus judiciaire. Un exemple manifeste est celui de l'obtention des déclarations orales lors de l'exécution d'une mesure privative de liberté, les règles formelles organisant les interrogatoires étant façonnées par le droit à l'assistance d'un avocat, ou le droit à ne pas faire des déclarations auto-incriminantes. Ce lien indéfectible entre le recueil de la preuve et le respect des droits procéduraux est d'autant plus important qu'il conditionne la recevabilité de la preuve, en en constituant le critère essentiel, sinon unique, examiné par le juge pénal<sup>2762</sup>.

Eu égard à l'interdépendance de la légalité matérielle et de la légalité formelle, voire à la « soumission » de la seconde à la première, les travaux de rapprochement des législations procédurales nationales entamés au sein de l'Union européenne ont été orientés vers le renforcement des garanties procédurales. Si aucun projet n'a pu aboutir avant l'adoption du traité de Lisbonne<sup>2763</sup>, le succès des trois directives relatives au droit à l'interprétation et à la traduction<sup>2764</sup>, au droit à l'information<sup>2765</sup> et au droit à l'assistance d'un avocat<sup>2766</sup>, a encouragé la Commission à présenter récemment<sup>2767</sup> une série de propositions visant à renforcer les garanties procédurales<sup>2768</sup>. Ce choix politique est loin d'être critiquable, au contraire. D'une part, l'harmonisation de la légalité matérielle conduit indirectement au rapprochement des règles formelles d'investigations, tout en ménageant les sensibilités et les particularités procédurales des États membres, ceux-ci restant libres dans les moyens pour adapter leur procédure nationale aux fins de conformité avec les directives. D'autre part, comme il a été rappelé précédemment, le respect de l'équité procédurale et la protection des

---

<sup>2762</sup> Cf. § n° 238 et s.

<sup>2763</sup> Comme en témoigne l'abandon de la proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne du 28 avr. 2004, v. *supra*.

<sup>2764</sup> Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *op. cit.*

<sup>2765</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *op. cit.*

<sup>2766</sup> Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *op. cit.*

<sup>2767</sup> Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles le 27 nov. 2013, IP/13/1157.

<sup>2768</sup> Sont visés le renforcement de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès, les garanties spéciales accordées aux enfants qui sont soupçonnés d'avoir commis une infraction ou poursuivis à ce titre, le droit à l'aide juridictionnelle provisoire, faisant l'objet de trois propositions de directive, ainsi que les garanties procédurales accordées aux personnes vulnérables soupçonnées ou poursuivies dans le cadre des procédures pénales, et l'aide juridictionnelle, faisant l'objet de deux propositions de recommandations.

droits de la défense sont les critères communs fondamentaux sur lesquels repose la recevabilité de la preuve pénale nationale et européenne.

Néanmoins, si la voie de l'harmonisation formelle était choisie, la première difficulté à surmonter serait d'en délimiter l'étendue.

## B. La délimitation de l'étendue de l'harmonisation

L'harmonisation de la procédure pénale soulève des questions techniques délicates méritant une réflexion profonde au niveau supranational, chaque voie choisie nécessitant d'être soutenue par un engagement politique assumé. En effet, l'harmonisation peut être globale ou concerner seulement quelques mesures d'enquête (1), se limiter à la seule obtention des preuves transnationales (2), mais également prévoir des sanctions en cas de violation des règles communes (3).

1. Une harmonisation globale de la procédure ou une harmonisation ciblée des mesures d'enquête

**465. Toutes les techniques d'enquête ou seulement des techniques particulières.** L'harmonisation de la légalité matérielle peut être envisagée très largement à travers une refonte globale des techniques d'investigation et du rôle des autorités enquêtrices, ou de façon ciblée, par la réglementation de certaines mesures d'enquêtes auxquelles les autorités judiciaires recourent fréquemment. La seconde approche semble être la plus raisonnable et réalisable, une harmonisation globale de la procédure pénale au niveau européen apparaissant comme extrêmement difficile à négocier<sup>2769</sup> et source de déstabilisation du droit procédural interne. Par ailleurs, l'article 82 § 2 ne donne pas compétence au Parlement européen et au Conseil pour établir une harmonisation globale des procédures nationales, mais uniquement pour établir des règles minimales, en tenant compte « des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États ». Une approche « sectorielle » et prudente de l'harmonisation serait donc préférable.

**466. La forme de l'harmonisation.** L'accomplissement d'une harmonisation pourrait prendre plusieurs formes. La première solution envisagée serait celle d'une réglementation classique, par l'édition de règles procédurales détaillées relatives à l'exécution des mesures d'enquêtes, à l'image d'un code de procédure pénale national. Ces règles seraient alors

---

<sup>2769</sup> À l'image de l'approche globale relative au renforcement des garanties procédurales de 2004.

spécifiques aux différentes techniques dédiées à la recherche et au recueil de la preuve, comme les perquisitions, les prélèvements biologiques, ou la surveillance par géolocalisation. Ce « code de l'enquête pénale »<sup>2770</sup> serait une entreprise ambitieuse, impliquant de créer de nouvelles règles d'investigations communes, sur la base des législations nationales. Un tel compromis semble donc beaucoup plus difficile à atteindre. En effet, une codification de l'enquête judiciaire ne pourrait se contenter d'un rappel des principes fondamentaux tels qu'ils sont uniformément proclamés et protégés, tant au niveau européen qu'au niveau national, mais nécessiterait une véritable construction législative entraînant une modification profonde des droits nationaux, portée par la volonté des États membres. Cette approche apparaît utopiste dans un espace pénal européen encore marqué par la diversité des régimes nationaux et par le manque d'implication de certains États<sup>2771</sup>. Une compilation ultérieure des techniques d'enquête, après un travail d'harmonisation ciblé, serait éventuellement une meilleure méthode de codification<sup>2772</sup>.

L'harmonisation procédurale sectorielle semble être plus facilement accessible à travers l'édiction de formulaires communs, chacun étant dédié à une mesure d'enquête spécifique. Chaque formulaire pourrait prévoir des règles formelles et matérielles à respecter impérativement lors du recueil de la preuve comme la présence de certaines autorités judiciaires, ou du suspect et de son avocat, ou l'autorisation préalable d'un magistrat. En ce sens, Monsieur le Professeur Spencer propose l'exemple d'une « *European deposition* »<sup>2773</sup>. Cette mesure organisant l'audition d'un témoin devrait être réalisée conformément à un ensemble de règles standard, comme l'enregistrement audio et vidéo de l'audition, ou l'intervention éventuelle de la défense afin de lui permettre de poser des questions<sup>2774</sup>. Un tel modèle est transposable pour de nombreuses mesures d'enquête. C'est le cas des interrogatoires organisés durant la garde à vue : un formulaire pourrait préciser la durée maximale de la garde à vue, la durée maximale de l'interrogatoire, le nombre d'interrogatoires

---

<sup>2770</sup> Cette expression est préférée au « code de procédure pénale européen ». En effet, un « code de procédure pénale européen » semble plus large et recouvrir des aspects qui ne concernent pas la recherche et le recueil de la preuve mais plus largement la répression des infractions dans l'espace pénal européen, l'articulation des compétences des juridictions nationales dans le cadre de la coopération judiciaire, mais également une compilation des règles d'investigations relatives à la poursuite des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Pour une utilisation de l'expression « code de procédure pénale européen », v. Y. BOT, « Table ronde vers une procédure pénale européenne. Faut-il un code de procédure pénale européen ? », *R.I.D.P.*, vol. 82, n° 1, 2011, p. 153 et s.

<sup>2771</sup> En témoignent l'absence de transposition de certains instruments, comme la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuve, mais également l'engagement conditionné du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark, à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

<sup>2772</sup> La création d'un panel de mesures uniformisées dans toute l'Union européenne est soutenue par Monsieur le Professeur Spencer, v. J. R. SPENCER, « The Concept of "European Evidence" », *op. cit.*, p. 36.

<sup>2773</sup> V. la réponse de J. R. SPENCER au livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, v. [http://zis-online.com/dat/artikel/2010\\_9\\_492.pdf](http://zis-online.com/dat/artikel/2010_9_492.pdf).

<sup>2774</sup> *Ibid.*

successifs autorisés, les conditions d'intervention de l'avocat de la défense durant l'interrogatoire, l'enregistrement vidéo de toutes les déclarations faites, les éventuelles confrontations possibles<sup>2775</sup>. La directive relative au droit à l'information donnerait d'ailleurs une base quant à la construction d'un tel formulaire, celle-ci prévoyant un modèle indicatif de déclaration des droits<sup>2776</sup>.

Le choix d'un formulaire commun présente des avantages certains. Tout d'abord, celui de la facilité d'utilisation pour les autorités judiciaires nationales, celles-ci étant alors guidées dans leur mission d'enquête grâce aux directives prévues par le modèle standardisé imposé. La vérification du respect de la légalité formelle de la procédure est également simplifiée, le juge de l'enquête ou de l'instruction n'ayant qu'à contrôler la bonne exécution des consignes visées par le modèle. L'usage d'un formulaire pourrait ainsi améliorer et fluidifier la coopération judiciaire, en supprimant les barrières nées des différences procédurales entre les régimes nationaux, mais également favoriser la recevabilité des preuves recueillies sur le territoire d'un autre État membre, la légalité d'un formulaire traduit pouvant aisément être contrôlée par une juridiction nationale. Pourtant, ce « surencadrement » mécanique et standardisé du travail des autorités judiciaires est critiquable, annihilant toute la spontanéité propre à l'enquête répressive. En effet, la découverte de la vérité ne répond pas forcément à une procédure préétablie. La personnalité du délinquant, les circonstances de la commission d'une infraction, les compétences des enquêteurs, sont autant de facteurs humains incontrôlables influençant le déroulement de l'enquête. Les policiers et magistrats doivent pouvoir rester libres de s'adapter à leur interlocuteur lors des interrogatoires, mais cette liberté est-elle compatible avec la rigidité d'un formulaire ? Par ailleurs, tous les actes d'investigations ne peuvent être prévus en détail par le législateur<sup>2777</sup>, pas plus que les éléments obtenus, en vertu du principe de la libre admissibilité des preuves<sup>2778</sup>. Ainsi, en dehors des actes d'investigations classiques, de nombreuses mesures ne pourraient être organisées par un modèle commun. Un compromis pourrait alors être trouvé, en limitant l'harmonisation formelle à l'obtention de la preuve dans le cadre d'investigations transnationales.

---

<sup>2775</sup> La création d'un procès verbal d'interrogatoire ou d'audition servant de modèle au procureur européen avait également été envisagée en 2001, pour que les éléments de preuve recueillis soient admissibles sur tout le territoire communautaire, v. O. DE FROUVILLE, «Les perspectives : le procureur européen et le mandat européen d'obtention de preuves», in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 66.

<sup>2776</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *op. cit.*, p. 8.

<sup>2777</sup> C'est la raison pour laquelle l'art. 81 du CPP français donne compétence au juge d'instruction pour accomplir tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité.

<sup>2778</sup> Cf. Première Partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

## 2. Une harmonisation limitée à l'obtention transfrontalière de la preuve

### **467. La restriction de l'harmonisation formelle aux procédures transfrontières.**

Face aux difficultés à surmonter en cas d'harmonisation sectorielle des règles procédurales d'investigation, une solution intermédiaire pourrait être de limiter l'harmonisation de la légalité formelle à la recherche et au recueil de la preuve à l'étranger uniquement. Un tel compromis serait plus aisément négociable : il serait strictement limité à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres et n'impliquerait pas de modification profonde de la procédure nationale mais simplement une superposition des règles européennes communes sur les règles nationales. La lutte contre la criminalité transnationale étant au cœur des préoccupations répressives des États membres, des concessions et des efforts, limités à la seule poursuite des infractions transnationales, semblent plus acceptables. Ainsi, un formulaire commun spécifique à une mesure d'enquête pourrait être joint à toute décision d'enquête européenne transmise entre les autorités judiciaires des États membres, remplaçant la faculté de demander l'exécution de la mesure d'investigation selon les formalités et procédures prescrites par le droit de l'État d'émission<sup>2779</sup>.

Si l'idée d'un modèle commun relatif à une mesure d'enquête transnationale est « séduisante », quelques aspects négatifs méritent cependant d'être soulevés. D'une part, le formulaire ne pourrait être utilisé que pour la recherche et le recueil de preuves qui n'étaient déjà en possession des autorités de l'État de réception, postérieurement à la demande/décision de coopération judiciaire. Par ailleurs, la superposition des règles formelles nationales et européennes est source de complication pour les autorités judiciaires, soumises à des procédures différentes lors d'une même enquête et donc source d'illégalité. Enfin, le contrôle juridictionnel de l'enquête ou de l'instruction s'imposant au juge pénal s'en trouverait alourdi, celui-ci devant vérifier tant le respect de la légalité formelle nationale, concernant les preuves recueillies dans un cadre strictement national, que le respect des exigences énoncées par le modèle d'acte européen.

## 3. Le choix délicat d'imposer une sanction de la violation des règles formelles harmonisées

**468. L'opportunité d'imposer une sanction.** Au-delà de la portée de l'harmonisation ou de la forme adoptée pour y parvenir, la question essentielle est celle de la

---

<sup>2779</sup> Art. 8 § 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

sanction de la violation de ces règles procédurales européennes. Les mesures prévues s'imposeraient-elles aux autorités judiciaires nationales dans leur mission de recherche de la vérité ou constitueraient-elles simplement des lignes directrices, des indications non contraignantes<sup>2780</sup> ? Si elle est extrêmement délicate, la question de la sanction du non-respect des règles formelles est cruciale. En effet, toute harmonisation des règles d'investigation n'aurait que peu d'intérêt au regard de la recevabilité de la preuve si les juridictions nationales restaient libres de ne pas sanctionner leur inexécution. Or, nous avons pu constater que la preuve irrégulièrement obtenue est en principe recevable, mais cette situation est instable, les juridictions opérant une appréciation au cas par cas du respect de l'équité procédurale et des droits de la défense. Ainsi, une harmonisation procédurale formelle ne conduirait pas forcément à la libre recevabilité de la preuve dans l'espace pénal européen et les divergences nationales persisteraient. Pour autant, il est peu envisageable de lier l'exclusion automatique de la preuve obtenue à la violation des règles dictées par le modèle d'acte européen. En effet, ce choix semble très strict au vu de la liberté accordée au juge de l'enquête ou de l'instruction par les régimes nationaux : le déclin progressif des nullités textuelles de procédures par les régimes belges et français<sup>2781</sup> témoigne de l'autonomie que le législateur entend laisser au juge pénal dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve, autonomie caractéristique du contrôle opéré par le juge pénal anglais<sup>2782</sup>.

Un compromis est cependant possible : celui d'imposer l'exclusion de la preuve pour un nombre limité de formalités, découlant notamment du droit à un procès équitable, à l'image de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'accès à un avocat durant la garde à vue<sup>2783</sup>. Le juge pénal ne pourrait alors prendre en considération les preuves européennes obtenues en méconnaissance de règles essentielles garantissant le respect des droits fondamentaux des individus, plus particulièrement des droits de la défense, mais resterait libre d'admettre ou d'exclure les preuves obtenues en violation des autres règles procédurales prévues par le modèle d'acte européen. Toute la difficulté serait alors d'élire et de négocier dans le cadre de l'Union européenne ces formalités essentielles prescrites à peine de nullité.

---

<sup>2780</sup> Dans leurs réponses au livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, les participants étaient partagés sur ce point, v. Summary of the replies to the green paper on obtaining evidence in criminal matters from one member State to another and securing its admissibility, disponible à l'adresse :

[http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/0004/summary\\_of\\_replies\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/summary_of_replies_en.pdf)

<sup>2781</sup> V. E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *op. cit.*, p. 263 et s. pour la France, et S. BERNEMAN, «L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge», *op. cit.*, p. 304. pour la Belgique.

<sup>2782</sup> Sect. 78(1) du *Police and Criminal Evidence Act 1984*.

<sup>2783</sup> Cf. *supra*.

**469. Conclusion du paragraphe 2.** L'absence d'harmonisation de la légalité formelle n'est pas uniquement due au manque de volonté politique, ayant notamment privé l'entreprise de base légale claire, mais également à la difficulté technique que l'harmonisation procédurale représente. En effet, l'attachement des États membres à certaines caractéristiques formelles ayant façonné la construction de la procédure répressive nationale, constitue un frein de taille à l'édiction de règles procédurales communes, les concessions étaient d'autant plus délicates à faire que les divergences sont importantes. Par ailleurs, le rapprochement des législations recouvre plusieurs aspects et doit être délimité. L'harmonisation peut être étendue et concerner toutes les règles procédurales d'investigation, impliquant une modification profonde de la procédure pénale. Cette option représenterait l'aboutissement de la volonté d'une répression commune et uniformisée de la criminalité nationale et transnationale dans l'espace pénal européen. À cette vision utopiste de l'harmonisation pourrait être préférée celle d'une harmonisation sectorielle, reposant sur l'édiction de formulaires communs, éventuellement limitée à la seule obtention de la preuve européenne. Pourtant, si l'harmonisation limitée de la légalité formelle semble accessible et négociable, il n'en résulterait pas nécessairement l'amélioration de la recevabilité de la preuve européenne, compte-tenu de la liberté des juges nationaux en la matière.

**470. Conclusion de la section 1.** Les travaux de rapprochement des législations engagés en matière pénale dans l'Union européenne ont pour l'essentiel visé au rapprochement des droits pénaux matériels, et plus particulièrement à l'harmonisation des éléments constitutifs de certaines incriminations<sup>2784</sup>, délaissant le droit pénal formel. Plusieurs facteurs ont contribué à décourager toute tentative d'harmonisation des règles d'investigation. Tant les résistances naturelles des États membres quant à la modification de leur droit interne, que les efforts à fournir au regard de l'ampleur des divergences procédurales caractérisant les régimes nationaux, ont contribué à faire apparaître l'entreprise d'harmonisation comme impossible. Ces obstacles sérieux n'ont pu être surmontés en l'absence d'une volonté politique ferme et univoque : uniquement considérée comme l'accessoire de l'amélioration de la coopération judiciaire dans l'Union européenne et souffrant d'une base légale déficiente, l'harmonisation des procédures d'investigation n'a pas vivement mobilisé les États membres. Par ailleurs, l'unique projet d'envergure discuté en matière procédurale ne visait pas au rapprochement de la légalité formelle mais à la consécration de règles minimales relatives à la légalité matérielle, à travers la protection des

---

<sup>2784</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales», *op. cit.*, p. 187.

garanties procédurales. L'adoption du traité de Lisbonne aurait pu permettre de relancer les travaux d'harmonisation en matière pénale procédurale, mais les perspectives restent limitées.

## Section 2. Les perspectives limitées offertes par le traité de Lisbonne

**471. Un cadre pourtant prometteur.** En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009, le traité de Lisbonne a opéré des modifications fondamentales au regard de la matière pénale dans l'Union européenne, principalement grâce à l'abandon de la « pillarisation » et par conséquent de la méthode intergouvernementale<sup>2785</sup>. L'unanimité nécessaire à l'adoption de toute mesure handicapait le processus législatif<sup>2786</sup>, et l'adoption d'un compromis vidé de ses idées audacieuses était souvent la seule issue possible à des négociations difficiles. De plus, l'absence de sanction, en cas de défaut de transposition des décisions-cadre dans le droit interne des États membres, pénalisait fortement la mise en œuvre uniforme des instruments adoptés. Soucieux de remédier à ces carences grevant le développement de la matière pénale dans l'Union européenne, les rédacteurs du traité de Lisbonne ont non seulement doté l'Union d'une compétence expresse au regard du rapprochement des législations nationales par l'édition de règles minimales mais également facilité l'adoption de toute mesure législative en abandonnant l'unanimité au profit de la majorité qualifiée, caractérisant la procédure législative ordinaire d'adoption des directives<sup>2787</sup>.

Bien que l'on ne puisse que féliciter les améliorations apportées par le traité de Lisbonne, la portée limitée des dispositions du traité vient modérer tout espoir d'une harmonisation profonde des règles procédurales d'investigation (§ 1). L'harmonisation procédurale est également exclue du projet de Parquet européen, alors que l'Union européenne avait là l'occasion d'établir des règles d'enquête propres au procureur européen, dont le succès aurait pu inspirer une harmonisation plus étendue (§ 2).

---

<sup>2785</sup> A. WEYEMBERGH, «L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne», *op. cit.*, p. 67.

<sup>2786</sup> Art. 34 du traité d'Amsterdam.

<sup>2787</sup> Art. 82 § 2 du TFUE.



## § 1. Les défaillances de la base légale

L'harmonisation en matière procédurale avant l'adoption du traité de Lisbonne était quasi inexistante<sup>2788</sup>, ceci dû en partie à l'absence de base légale spécifique appuyant la compétence de l'Union en la matière<sup>2789</sup>. L'article 82 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne offre désormais la base légale nécessaire au Parlement européen et au Conseil pour adopter des règles minimales portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres. Deux faiblesses peuvent cependant être soulevées : d'une part, les dispositions de l'article se montrent très, voire trop prudentes au regard de la portée de l'harmonisation, ménageant les États membres quant aux potentielles modifications de leur droit interne (A), et d'autre part, l'harmonisation procédurale ne peut être envisagée que dans la mesure où elle est nécessaire à la facilitation de la coopération judiciaire (B).

### A. La prudence critiquable des dispositions du traité

La prudence des dispositions du traité s'exprime à deux niveaux. En premier lieu, le traité ne donne compétence aux institutions que pour éditer des règles minimales par voie de directive (1). Par ailleurs, ces règles minimales doivent être respectueuses des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres (2).

#### 1. L'harmonisation par l'édiction de règles minimales

**472. L'harmonisation, un moyen inadapté à la légalité formelle.** La lettre de l'article 82 § 2 se prête parfaitement à une harmonisation utile de la légalité matérielle en matière pénale procédurale, favorisant l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres. En effet, l'édiction de règles minimales relatives aux garanties accordées à tout suspect dans le cadre d'une procédure répressive est doublement profitable. D'une part, la confiance réciproque entre les autorités judiciaires des États membres en ressort renforcée<sup>2790</sup> et construit le terrain propice à une coopération judiciaire fluide et sereine. La recherche et le recueil de la preuve européenne devraient alors être plus aisés. D'autre part,

---

<sup>2788</sup> F. ZIMMERMANN, S. GLASER et A. MOTZ, «Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order», *op. cit.*, p. 62.

<sup>2789</sup> C'était d'ailleurs un des arguments avancés par les États membres réfractaires à la décision-cadre relative aux garanties procédurales.

<sup>2790</sup> Sur le rapprochement des législations procédurales comme condition de la confiance mutuelle, v. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, 2004, *op. cit.*, p. 144 et s.

compte-tenu de l'importance de l'équité procédurale et du respect des droits de la défense lors du contrôle juridictionnel de la recevabilité de la preuve pénale par le juge national, l'harmonisation de la légalité matérielle ne peut qu'être bénéfique à « l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres »<sup>2791</sup>. Cependant, l'adoption de règles minimales au regard de la légalité formelle ne conduit pas à un constat aussi enthousiaste. En effet, il semblerait que le jeu des règles minimales ne soit pas approprié à l'harmonisation des règles procédurales d'investigations, mais plus encore, il convient de s'interroger sur la pertinence d'une uniformisation, plutôt qu'une harmonisation<sup>2792</sup>.

L'harmonisation en matière pénale<sup>2793</sup> vise à « éliminer » les différences les plus importantes entre les législations des États membres, afin d'établir un niveau de protection minimal<sup>2794</sup>. Le but de l'harmonisation n'est pas d'éliminer totalement les disparités entre les régimes nationaux mais d'éliminer les frictions et les désaccords<sup>2795</sup>. Le rapprochement des législations implique alors une modification des droits nationaux, s'adaptant aux objectifs imposés ou définis<sup>2796</sup>, tout en préservant les spécificités internes. L'adoption de standards minimaux constitue alors un moyen suffisant pour accéder à l'harmonisation des législations. Cependant, la matière procédurale, plus particulièrement la légalité formelle de la recherche et du recueil de la preuve, s'accommode mal de la souplesse et de l'inexactitude des règles minimales<sup>2797</sup>. La procédure pénale, peut-être plus encore que le droit pénal matériel, est dominée par le principe de légalité, règlementant précisément les prérogatives des autorités judiciaires, portant atteinte aux libertés individuelles. La Cour européenne des droits de l'homme l'a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises, à propos du respect de la vie privée : une mesure d'investigation portant atteinte au droit à la vie privée n'est pas proscrite, mais doit être prévue par la loi, ceci exigeant « l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la

---

<sup>2791</sup> Art. 82 § 2 a) du TFUE.

<sup>2792</sup> « *Unlike almost all other fields of law, criminal law deals with deprivation of liberty. As a result, it neither leaves a lot of discretion in the rules nor in its application in practice. This raises a presumption that criminal law needs unification, or at least a very precisely formulated goal of harmonisation* », A. KLIP, « Definitions of harmonisation », in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 27.

<sup>2793</sup> Sur la définition de l'harmonisation, cf. § n° 238.

<sup>2794</sup> Contre les comportements criminels, contre l'impunité des délinquants, résultant des divergences au regard de l'incrimination ou des sanctions, contre l'inadmissibilité des preuves. V. J. VOGEL, « Why is the harmonisation of penal law necessary ? A comment », in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 57.

<sup>2795</sup> U. NELLE, « Definitions of harmonisation », in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 34.

<sup>2796</sup> A. WEYEMBERGH, « Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales », *op. cit.*, p. 185.

<sup>2797</sup> J. PRADEL, *Procédure pénale*, 2011, *op. cit.*, p. 343. : « Dans un État de droit, les policiers et magistrats sont tenus de respecter diverses conditions légales ». V. également S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 2012, *op. cit.*, p. 579.

prééminence du droit »<sup>2798</sup>. Ainsi, la loi doit non seulement prévoir la mesure d'investigation mais également en définir précisément et rigoureusement les contours, ce qui ne peut être fait au moyen de règles minimales. Le choix de l'uniformisation<sup>2799</sup>, fut-elle limitée à certaines règles relatives à la recherche et au recueil de la preuve, serait alors préférable<sup>2800</sup>, impliquant « la substitution d'une règle commune nouvelle à des règles nationales préexistantes »<sup>2801</sup>. Par conséquent, la directive ne semble pas être l'instrument approprié pour parvenir à une uniformisation de la procédure pénale. En effet, cet instrument lie les États membres quant aux objectifs à atteindre mais les laisse libres quant au choix des moyens pour y parvenir<sup>2802</sup>. Le jeu de la transposition par des mesures nationales d'exécution laisse ainsi trop de place à l'interprétation nationale et constitue une source de divergences entre les régimes nationaux, incompatible avec l'uniformisation.

Il ne faut pas voir dans ces développements un plaidoyer pour une uniformisation des règles d'investigations dans l'Union européenne. Tout d'abord, l'uniformisation de la légalité formelle apparaît comme impossible et complètement utopique dans l'état actuel de l'espace pénal européen, caractérisé par sa diversité mais également par sa fragilité. Surtout, l'uniformisation, tout comme l'harmonisation poussée et rigoureuse, n'est pas indispensable à une coopération judiciaire efficace entre les autorités des États membres, pas plus qu'elle ne réglerait les problèmes rencontrés au regard de la recevabilité de la preuve européenne<sup>2803</sup>.

## 2. Le respect des spécificités nationales, obstacle supplémentaire à l'harmonisation formelle

**473. Une situation paradoxale.** Une difficulté supplémentaire relative à l'harmonisation formelle découle de l'article 82 § 2 du TFUE, lequel exige « le respect des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres ». Les règles minimales adoptées seraient alors le fruit d'un compromis entre les règles nationales, « à

---

<sup>2798</sup> Au sujet des écoutes téléphoniques par exemple, v. CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. N° 11801/85, *Série A n° 176-A*, § 27.

<sup>2799</sup> Pour J. R. SPENCER, l'harmonisation recouvre plusieurs facettes, dont celle de rendre identiques certaines règles dans différents États, J. R. SPENCER, «Why the harmonisation of penal law necessary?», in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, 2002, *op. cit.*, p. 43. Cette forme d'harmonisation est cependant appelée ici uniformisation.

<sup>2800</sup> « Le choix de l'uniformisation serait donc plus conforme aux impératifs de la matière pénale », V. MALABAT, «Les procédés de l'internationalisation du droit pénal.- Rapport de synthèse», *op. cit.*, § 9. Sur les raisons du choix de l'harmonisation plutôt que de l'unification, v. J. PRADEL, «Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen», in *Les droits et le Droit*, 2007, *op. cit.*, p. 897.

<sup>2801</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales», *op. cit.*, p. 186.

<sup>2802</sup> Art. 288 du TFUE : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

<sup>2803</sup> Cf. *infra*.

l'intersection des systèmes des États membres »<sup>2804</sup>. L'existence d'un tel garde-fou lors des négociations est compréhensible au regard de la nouvelle procédure législative simplifiée en la matière. Elle l'est moins en revanche au regard de l'efficacité de l'harmonisation. En effet, l'harmonisation suppose un effort de la part des États membres, celui d'œuvrer vers l'adoption de normes communes, nécessitant une modification de la législation nationale préexistante<sup>2805</sup>. Cet effort est d'autant plus nécessaire que les différences sont grandes. Harmoniser les règles procédurales tout en respectant les traditions et systèmes juridiques nationaux se résumerait alors à identifier les points sur lesquels les États se rejoignent, pour éventuellement les consacrer au niveau supranational, ce qui aurait uniquement le mérite d'améliorer leur visibilité. Or, pour améliorer la coopération judiciaire, l'harmonisation devrait « bousculer » les traditions étatiques et porter sur des questions conflictuelles, pour lesquelles les spécificités nationales représentent un véritable obstacle. Laisser aux États membres la possibilité de négocier une « porte de sortie » leur permettant d'aménager des exceptions dans la mise en œuvre des règles minimales<sup>2806</sup>, sur la base de ces dispositions protectrices, pourrait alors priver l'harmonisation formelle de toute efficacité. Néanmoins, elle peut toujours être interprétée restrictivement, de façon à permettre des réformes audacieuses<sup>2807</sup>.

## B. L'exigence de nécessité

**474. Harmoniser pour faciliter la coopération judiciaire.** L'adoption de règles minimales portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves ne peut être justifiée que par la nécessité de « faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière »<sup>2808</sup>. Non seulement l'harmonisation doit s'inscrire dans le cadre de la

---

<sup>2804</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 311.

<sup>2805</sup> A. WEYEMBERGH, «Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences», in *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, 2002, *op. cit.*, p. 130.

<sup>2806</sup> « Si c'est par l'ouverture systématique de dispositions alternatives entre lesquelles les États pourront choisir ou par le biais de possibilités d'*opt out*, *opt in*, exceptions, réserves et application à la carte, on peut se demander si l'exercice en vaudra bien la peine », D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 311.

<sup>2807</sup> La directive relative à l'assistance d'un avocat a été âprement discutée mais son adoption a finalement conduit à la modification de la loi française. Comme le souligne très justement M. MASSÉ, des dispositions législatives fermées n'ont jamais été un obstacle à l'extension du droit de l'UE hors de leur domaine, donc « tout peut arriver », M. MASSÉ, «La reconnaissance mutuelle», in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, 2012, *op. cit.*, p. 212.

<sup>2808</sup> Art. 82 § 2 du TFUE.

réalisation d'un objectif précis<sup>2809</sup>, mais le traité impose également le respect de l'exigence de nécessité. Tout l'enjeu de l'harmonisation de la légalité formelle réside alors en une seule question : l'édiction de règles minimales relatives aux règles procédurales d'investigation est-elle nécessaire à la facilitation de la coopération judiciaire aux fins de lutte contre la criminalité transfrontière ? Il serait difficile de démontrer que l'harmonisation de la légalité formelle ne contribue pas à la fluidification de la coopération entre autorités judiciaires. En effet, les différences procédurales et les incompréhensions des régimes nationaux, peuvent constituer un frein à l'exécution d'une demande d'entraide. C'est la raison pour laquelle les textes d'entraide judiciaire et de reconnaissance mutuelle prévoient la possibilité pour les autorités de l'État membre requérant/d'émission de demander le respect de certaines procédures ou formalités particulières<sup>2810</sup>. L'intervention d'organes intégrés de coopération tels qu'Eurojust participe également à faciliter la coopération lorsque les législations nationales sont dissemblables, en guidant l'autorité judiciaire requérante lors de la formulation de sa demande<sup>2811</sup>. La simplification opérée par l'édiction d'un cadre procédural cohérent serait alors, en théorie, favorable à la facilitation de la coopération judiciaire. Cependant, au vu des réticences exposées quand à la forme et à l'étendue de l'harmonisation choisie, de ses limites, et de l'ampleur des difficultés qui seront rencontrées, l'accomplissement de cet objectif semble plus incertain.

**475. La faible influence de l'harmonisation légale sur la recevabilité de la preuve.** D'après la Commission européenne, les différences procédurales entre les États membres sont un frein à l'efficacité de l'obtention transfrontière des preuves pénales et donc indirectement, handicapent leur recevabilité mutuelle<sup>2812</sup>. L'adoption de principes minimaux généraux applicables à tous les moyens de preuves, puis de normes plus spécifiques à chaque

---

<sup>2809</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2009, *op. cit.*, p. 310. V. également G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, 2011, *op. cit.*, p. 111.

<sup>2810</sup> Concernant l'entraide judiciaire, art. 8 du second protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 nov. 1959, adopté le 8 nov. 2001 et art. 4 § 1 de la Convention relative à l'entraide judiciaire entre les États de l'Union européenne du 21 mai 2000 ; concernant la reconnaissance mutuelle, art. 12 de la décision-cadre du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves, et art. 8 § 2 de la proposition de directive du 21 mai 2010 relative à la décision d'enquête européenne, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2811</sup> « Eurojust joue aussi une fonction importante d'information dans le domaine des exigences requises par les États en matière de preuve, pouvant par exemple convaincre certains agents de s'adapter aux exigences posées par un autre système. », M. BENLOLO-CARABOT et T. L. HERNANDEZ, « Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Eurojust et Eurojust », in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 29.

<sup>2812</sup> Commission européenne, livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Bruxelles, le 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final, p. 6.

type de preuve, pourrait alors faciliter la recevabilité de la preuve « européenne »<sup>2813</sup>. L'idée est à première vue acceptable. Il est vrai que l'établissement de normes de recueil communes présenterait un avantage certain lorsque la mesure de transfert concerne une preuve disponible, déjà recueillie par les autorités de l'État d'exécution selon les règles en vigueur dans cet État membre, ou lorsque la mesure d'enquête requise n'a pu être exécutée selon les formalités et procédures prescrites par l'État d'émission<sup>2814</sup>. Dans ces deux cas, le contrôle juridictionnel formel opéré par le juge pénal ou le juge de l'instruction de l'État de réception serait théoriquement facilité puisque le juge n'aurait plus à rechercher l'existence d'éventuelles formalités prescrites à peine de nullité comme c'est le cas actuellement en Belgique<sup>2815</sup>.

Pourtant, à la lumière des conclusions tirées de l'étude comparative relative à la recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit national<sup>2816</sup>, l'intérêt d'une harmonisation formelle apparaît grandement limité. En effet, formalités prescrites à peine de nullité mises à part, le respect de la légalité formelle n'est pas indispensable à la recevabilité de la preuve. Le juge n'est en aucun cas tenu d'écarter une preuve irrégulièrement ou illégalement obtenue, que ce soit en France, en Belgique ou au Royaume-Uni. L'appréciation de la recevabilité de la preuve pénale dépend alors non pas du respect de la légalité formelle mais du respect de la légalité matérielle : la loyauté mais surtout l'équité de la procédure. Le respect des droits fondamentaux et plus particulièrement des droits de la défense prime sur le respect des formalités procédurales. Ainsi, l'harmonisation des règles procédurales n'aura pas forcément pour conséquence de faciliter la recevabilité mutuelle des preuves si rien ne vient sanctionner la méconnaissance du droit formel par les autorités enquêtrices.

**476. Conclusion du paragraphe 1.** Alors que les précédents traités n'avaient pas offert de base légale claire dédiée au rapprochement des droits procéduraux en matière pénale, le traité de Lisbonne vient consacrer l'harmonisation comme outil de l'amélioration de la coopération judiciaire. Cependant, cette consécration reste timide et limitée. Les termes de « rapprochement » ou d'« harmonisation » ne sont pas expressément visés, le renvoi à l'édiction de règles minimales étant préféré. Par ailleurs, les standards procéduraux établis doivent respecter les différences locales des droits nationaux. Ces deux exigences œuvrent

---

<sup>2813</sup> *Ibid.* L'argument est également avancé au regard de l'établissement d'un Parquet européen : l'utilisation de règles européennes uniformes concernant le recueil de la preuve créerait un cadre procédural cohérent et améliorerait la recevabilité de la preuve recueillie par les procureurs délégués, K. LIGETI et M. SIMONATO, «The European Public Prosecutor's Office : Towards a Truly European Prosecution Service», *op. cit.*, p. 19.

<sup>2814</sup> Art. 4 § 2 de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne du 21 mai 2010, telle que négociée au 25 oct. 2013.

<sup>2815</sup> Art. 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

<sup>2816</sup> Cf. Première Partie, Titre 2, Chapitre 2.

pour un rapprochement restreint des règles procédurales, alors que la précision et la rigueur caractérisant la légalité formelle ne peuvent se contenter d'une harmonisation *a minima*. Par ailleurs, la liberté laissée aux États membres par le jeu des règles minimales est un facteur d'éloignement et non de rapprochement des législations. Cette prudence gardée par les rédacteurs du traité montre-t-elle l'utilité limitée d'une harmonisation de la légalité formelle ? C'est en tout cas l'idée se détachant du projet de Parquet européen.

## § 2. L'harmonisation rejetée dans le projet de Parquet européen

**477. L'exclusion d'une harmonisation ciblée de la légalité formelle dans le cadre de la protection des intérêts financiers de l'Union.** Alors que l'établissement de règles modèles communes relatives au recueil de la preuve par le procureur européen aurait pu être privilégié<sup>2817</sup>, la proposition de règlement relative au Parquet européen<sup>2818</sup> s'appuie largement sur le droit national concernant les règles de procédure relatives aux enquêtes, aux poursuites et au procès pénal. La proposition de règlement liste une série de mesures d'enquête que le Parquet européen peut demander ou ordonner, dans l'attribution de ses compétences<sup>2819</sup>. Le panel de mesures envisagées est vaste et recouvre tant des mesures classiques non coercitives telles que la désignation d'experts<sup>2820</sup>, des mesures contraignantes comme les perquisitions ou saisie, ou l'interrogatoire de suspects<sup>2821</sup>, mais également des mesures d'enquête dites particulières telles que la surveillance des télécommunications, ou la conduite d'enquêtes discrètes<sup>2822</sup>. Cependant, le simple fait de viser ces prérogatives d'investigation ne permet pas au Parquet européen d'enquêter effectivement sur le territoire d'un État membre si elles ne sont pas suffisamment encadrées et détaillées. L'enquête menée par le Parquet européen repose donc sur l'application du droit national. Le renvoi au droit national s'exprime de deux façons. D'une part, le recours aux mesures d'enquête nécessite au préalable l'accord obligatoire de l'autorité judiciaire compétente de l'État membre sur le territoire duquel elle

---

<sup>2817</sup> Selon l'art 86 § 3 du TFUE, le règlement portant création du Parquet européen pouvait fixer les règles de procédure applicables à ses activités, l'admissibilité des preuves recueillies et le contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il accomplit. Sur la base de cet article, il était possible d'établir des règles d'investigation propres au Procureur européen. Par ailleurs, la création d'un procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition avait également été envisagée, O. DE FROUVILLE, «Les perspectives : le procureur européen et le mandat européen d'obtention de preuves», in *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, 2007, *op. cit.*, p. 66.

<sup>2818</sup> Commission européenne, proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP).

<sup>2819</sup> Art. 25 et 26 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen.

<sup>2820</sup> Art. 25 § 1 u), *ibid.*

<sup>2821</sup> Art. 25 § 1 a), m) et t), *ibid.*

<sup>2822</sup> Art. 25 § 1 f) et j), *ibid.*

est exécutée, concernant les mesures les plus attentatoires à la vie privée<sup>2823</sup>. Les autres mesures ne sont soumises à une autorisation préalable que si cette dernière est exigée par le droit interne de l'État membre d'exécution. D'autre part, dans la mesure où le règlement n'envisage aucune contrainte formelle relative à l'exécution effective de l'acte d'enquête, notamment au regard des délais, de la présence obligatoire ou facultative du suspect lors de l'exécution de l'acte, ou de l'intervention de l'avocat ou des tiers, le droit applicable est le droit national<sup>2824</sup>. En aucun cas la proposition de règlement ne prévoit l'harmonisation voire l'uniformisation de la légalité formelle de la preuve en édictant des mesures d'investigations uniques propres à l'enquête portant sur la protection des intérêts financiers de l'Union. Ce désintéressement de la légalité formelle au profit de la matérielle est confirmé par l'article 30 de la proposition, relatif à l'admissibilité des preuves. Ni la violation du droit procédural national, ni la violation des règles édictées par le règlement, ni même les illégalités nées des divergences entre les régimes procéduraux des États membres ne peuvent justifier l'irrecevabilité d'une preuve. Seul le respect de l'équité de la procédure et des droits de la défense tels qu'ils sont énoncés aux articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux importe. La preuve illégalement ou irrégulièrement recueillie est donc recevable, laquelle sera librement appréciée par le juge pénal du fond.

La direction prise par la proposition de règlement est ici surprenante. En effet, il aurait pu être décidé que le Parquet européen opère sur la base d'un ensemble de règles d'investigation harmonisées au niveau européen, ou qu'il agisse en vertu du droit national, grâce au mécanisme de coopération judiciaire de la reconnaissance mutuelle<sup>2825</sup>, aujourd'hui « constitutionnellement » consacré. Or aucune de ces deux voies n'est suivie, au prix du sacrifice de la légalité formelle, mais également d'une protection accrue des libertés individuelles, assurée par la sanction des abus des autorités enquêtrices.

**478. Conclusion du paragraphe 2.** Le projet relatif à la création d'un Parquet européen peut être vu comme le « baromètre » de l'harmonisation de la procédure pénale dans l'Union européenne. En effet, son champ d'intervention est voué à être étendu. D'une part, le domaine de compétence du procureur européen est plus large que la simple fraude mais couvre toute infraction représentant un danger pour les finances européennes,

---

<sup>2823</sup> Art. 25 § 4, *ibid.*

<sup>2824</sup> En vertu de l'article 11 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen, « le droit national s'applique dans la mesure où une question n'est pas réglée par le présent règlement » et « le droit national applicable est celui de l'État membre sur le territoire duquel l'enquête et les poursuites sont menées ».

<sup>2825</sup> K. LIGETI, «Introduction», in K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, 1, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 2. V. aussi S. WHITE, «A Decentralised European Public Prosecutor's Office - Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?», *Eucri*, vol. 2, 2012, p. 67 et s.



renvoyant ainsi aux activités illégales en matière de passation de marché, de blanchiment et recel des produits des infractions affectant les finances européennes<sup>2826</sup>. D'autre part, les attributions du Parquet européen pourront être étendues à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière<sup>2827</sup>. La création de règles procédurales d'investigations spécifiques au procureur européen aurait alors montré la volonté d'harmoniser la légalité formelle dans l'Union européenne dans un cadre plus général, ce qui n'est pour l'instant pas le cas.

**479. Conclusion de la section 2.** L'harmonisation efficace de la légalité formelle relative à la recherche et à l'administration de la preuve semble aujourd'hui encore hors de portée, malgré l'insertion de dispositions visant au rapprochement des législations pénales par le traité de Lisbonne. Plusieurs éléments étayent cette affirmation. L'insuffisance de la base légale tout d'abord, limitant le rapprochement à l'édiction de règles minimales portant sur l'admissibilité des preuves entre les États membres, la procédure pénale ne pouvant faire l'objet de mesures communes qu'après décision du Conseil, adoptée à l'unanimité<sup>2828</sup>. À celle-ci s'ajoute l'absence d'une véritable réflexion de fond sur la nécessité d'une harmonisation de la légalité formelle plutôt qu'une unification de la procédure, la seconde forme apparaissant pourtant plus appropriée à la rigueur caractéristique de la matière pénale procédurale. Enfin, les failles de l'article 82, tout comme l'orientation prise par le projet de Parquet européen, démontrent un manque de volonté de l'Union européenne quant à la création d'une véritable procédure de l'enquête pénale commune.

**480. Conclusion de chapitre 2.** Alors que les récents développements relatifs à l'harmonisation procédurale matérielle ont pu mener à un constat globalement positif, le rapprochement des garanties procédurales apparaissant comme bénéfique à la recevabilité mutuelle de la preuve européenne, le bilan de l'étude de l'harmonisation procédurale formelle laisse beaucoup plus sceptique. Sceptique d'une part, au regard de sa faisabilité. Si l'absence de travaux concernant le rapprochement des règles procédurales était justifiable par l'absence de dispositions dans les traités prévues à cet effet, la difficulté technique de la tâche reste la principale cause de l'abandon politique de toute initiative, au profit du développement de l'harmonisation pénale matérielle, et des instruments de coopération judiciaire respectueux des procédures répressives locales. La lettre du traité de Lisbonne traduit ces difficultés par la

---

<sup>2826</sup> F. DE ANGELIS, «L'Espace Judiciaire Pénal Européen : Une Vision se Concrétise», *ERA-Forum*, n° 12, 2011, p. 46.

<sup>2827</sup> Sur décision du Conseil européen, statuant à l'unanimité, après approbation du Parlement européen et consultation de la Commission, art. 86 § 4 du TFUE.

<sup>2828</sup> Art. 82 § 2 d) du TFUE.

prudence adoptée quant au respect des traditions procédurales nationales dans l'adoption de règles minimales. Sceptique ensuite, au regard de son utilité. Au vu de l'effort que représenterait la mobilisation nécessaire à une harmonisation procédurale profonde, il convient de s'interroger sur la pertinence des solutions qu'elle apporterait. Certes, la coopération judiciaire en serait logiquement facilitée, mais ce n'est qu'une présomption : la complexité et l'ingéniosité renouvelée de la criminalité organisée, mais également les différences culturelles et linguistiques, resteraient assurément des obstacles à la fluidité de l'enquête transnationale. De plus, la recevabilité mutuelle de la preuve européenne ne serait pas positivement affectée, au vu du déclin de la légalité formelle dans le contrôle juridictionnel opéré par le juge pénal national. Enfin, l'amélioration hypothétique de la coopération judiciaire justifie-t-elle la perte de l'identité procédurale des États membres et des spécificités faisant partie intégrante de la culture juridique nationale ?

## CONCLUSION DU TITRE 2.

La nécessité de renforcer le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve ne peut qu'être accompagné de mesures visant à rapprocher les législations nationales quant à la légalité de la preuve européenne. Certes, les règles procédurales en Europe ont globalement convergé vers un modèle mixte, s'articulant autour du caractère équitable de la procédure. Les spécificités internes ne sont plus incompatibles avec une coopération judiciaire soutenue et la diversité caractérisant l'espace pénal européen ne semble pas constituer un obstacle juridique à la poursuite efficace des infractions transnationales. Pourtant, la pratique semble tout autre : les divergences procédurales freinent la recherche et le recueil de la preuve dans un autre État membre et plus encore, elles handicapent le contrôle juridictionnel de la preuve européenne. Or, l'hétérogénéité en matière procédurale, si réduite soit-elle au regard de la preuve pénale, ne saurait servir d'excuse à l'affaiblissement du contrôle de la légalité de la preuve, ni servir à favoriser l'accusation au détriment de la défense.

Si l'harmonisation de la légalité de la preuve européenne est nécessaire, elle peut cependant être modulée. En effet, l'harmonisation des règles procédurales formelles ne semble pas indispensable à la recevabilité mutuelle des preuves entre les États membres, compte-tenu de l'importance décroissante du respect de la légalité formelle comme critère de recevabilité en droit interne. Surtout, le processus de rapprochement tel qu'il est prévu par le traité de Lisbonne ne semble pas adapté à la rigueur de la matière procédurale formelle, qui requerrait éventuellement l'inflexibilité de l'uniformisation. Enfin, tant l'uniformisation que l'harmonisation des règles procédurales d'enquête semblent impossibles à atteindre, au regard des difficultés techniques à surmonter mais également eu égard au manque de volonté politique des États membres, réticents à un tel degré d'ingérence dans leur compétences souveraines. L'harmonisation de la légalité matérielle semble au contraire beaucoup plus accessible, réalisable et profitable tant à la recherche et au recueil de la preuve européenne, qu'à sa recevabilité mutuelle. Elle est d'autant plus acceptée par les États membres qu'elle est dans la lignée des premiers mouvements de convergence des régimes nationaux, axés sur une meilleure justice pénale, sous l'influence du droit à un procès équitable. Ainsi, l'harmonisation directe et indirecte opérée au niveau de l'Union européenne et l'harmonisation indirecte résultant de l'action de la Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'elles soient encore imparfaites, témoignent de la réalité d'un espace pénal européen,

au sein duquel tous les citoyens bénéficieraient des mêmes garanties procédurales, et des mêmes chances quant à la contestation de la preuve pénale, nationale ou européenne.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 2

Si la légalité de la preuve européenne est une construction inachevée, les travaux entrepris ces cinq dernières années témoignent de la volonté de l'Union de combler ce déficit. Les problèmes semblent avoir été ciblés et concernent tant l'efficacité de l'enquête transnationale que la protection des droits fondamentaux des individus dans la procédures pénales transfrontières. Au regard du manque d'efficacité de la coopération judiciaire, les principales carences de l'entraide judiciaire que sont l'absence d'encadrement des délais d'exécution des commissions rogatoires internationales et des motifs de refus ont depuis longtemps été identifiées. Par la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et le développement d'acteurs européens intégrés tels qu'Eurojust ou Europol, destinés à faciliter les contacts entre autorités judiciaires, l'Union a contribué à l'amélioration de la coopération judiciaire en matière pénale en vue de l'obtention de la preuve transnationale. L'adoption prochaine de la directive relative à la décision d'enquête européenne marquera ainsi une nouvelle étape dans la construction de la légalité de la preuve européenne, en instaurant un instrument unique de l'enquête transnationale dans l'Union européenne. Au regard des déficiences quant à la protection des droits fondamentaux, la prise de conscience fut plus tardive mais le renforcement des garanties procédurales est aujourd'hui concrètement engagé, par l'adoption de trois directives dont les principales avancées concernent l'accès au dossier et le rôle de l'avocat dans les premières phases des investigations<sup>2829</sup>.

L'édifice de la légalité de la preuve en est-il pour autant achevé ?<sup>2830</sup> Force est de constater que malgré les bonnes intentions, les efforts fournis sont encore largement

---

<sup>2829</sup> Ces modifications œuvreraient vers la création d'un statut de « suspect », lequel bénéficierait des mêmes droits dans tous les États membres, v. E. VERGÈS, «Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique», *RSC*, juil.-sept. 2012, p. 635 et s.

<sup>2830</sup> Monsieur le Professeur Manacorda estime que le droit pénal européen atteint « l'âge de la maturité », par la stabilisation de la politique criminelle de l'Union, v. S. MANACORDA, «L'âge de la maturité" :

insuffisants. La question cruciale est celle de la sanction de l'illégalité de la preuve européenne et elle est soigneusement évitée tant par les instruments de coopération judiciaire que par ceux visant à renforcer la protection des droits fondamentaux. Cette approche est dans la lignée de celle des États membres, laissés seuls maîtres de la question de la recevabilité de la preuve européenne : réticents à l'élaboration d'une théorie générale de la recevabilité de la preuve pénale, les déficiences de régimes nationaux rejaillissent au niveau européen. En dépit d'une jurisprudence audacieuse participant au rapprochement des législations nationales par le renforcement des droits accordés aux suspects ou accusés, la Cour européenne des droits de l'homme refuse également toute immixtion directe dans la recevabilité de la preuve pénale, question qu'elle laisse au droit interne. Pourtant, le contrôle de la légalité de la preuve européenne ne semble plus pouvoir se passer d'une intervention supranationale. Si la création d'une juridiction européenne dédiée au contrôle de la légalité de l'enquête transnationale ne nous semble pas la solution à privilégier, l'accompagnement des juridictions nationales, tant par l'encadrement du contrôle que par l'établissement de critères clairs, est indispensable. Ce n'est qu'en assurant une protection effective des droits fondamentaux des individus dans l'enquête transnationale que la construction de la légalité de la preuve européenne sera aboutie.

---

stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne», *RSC*, oct.-déc. 2012, p. 931 et s.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

**481. Surmonter les idées préconçues.** Cette étude est née de préjugés et de scepticisme : des préjugés quant à la compatibilité des régimes procéduraux nationaux, de scepticisme quant au développement du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale procédurale. En effet, la comparaison des systèmes procéduraux des trois États membres choisis devait mettre en lumière les divergences incompressibles entre les législations nationales. L'exemple emblématique des régimes de *common law* que représente le Royaume-Uni devait se démarquer des deux régimes continentaux que sont le droit belge et le droit français. La souplesse, l'oralité et le libéralisme de l'accusatoire devaient se heurter à la rigidité et au formalisme de l'inquisitoire. La mainmise de la police sur les investigations judiciaires et le déclenchement des poursuites au Royaume-Uni devaient s'opposer à la répartition des compétences entre la police et le ministère public, sous la toute puissance du juge d'instruction belge et français. La liberté quant à l'utilisation de la preuve illégale au procès pénal devait se distinguer de la légalité caractérisant l'exclusion des preuves par l'annulation précoce des actes d'enquête. Le nécessaire témoignage oral à l'audience devait trancher avec l'importance du dossier pénal sur lequel le juge se repose.

L'opposition tranchée entre les régimes procéduraux constituait à première vue un environnement hostile à la libre circulation des décisions judiciaires telle que le principe de reconnaissance mutuelle l'envisage et ne pouvait soulever que scepticisme. Ce scepticisme était renforcé par l'échec de la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves, désavoué depuis le moment même de son adoption.

L'espace pénal européen ne semblait pas prêt pour un instrument performant destiné à fluidifier la coopération judiciaire, car occultant toutes les difficultés qui auraient été rencontrées dans le processus répressif, au regard de la recevabilité mutuelle des preuves pénales ainsi obtenues. L'étude approfondie de la légalité de la preuve dans l'espace pénal européen, guidée par une comparaison des droits nationaux, a permis de surmonter tant les préjugés que le scepticisme premièrement exprimés.

**482. La convergence des procédures pénales nationales.** Alors que l'étude comparative des régimes probatoires anglais, belge et français devait a priori démontrer leurs dissemblances, elle a au contraire fait apparaître leurs ressemblances et les mouvements de convergence touchant la procédure au sein de l'espace pénal européen. Par la réception de concepts empruntés à leurs voisins, mais également sous l'influence de la consécration supranationale de principes directeurs de la procédure pénale, les divergences se sont peu à peu estompées, confirmant l'éclatement de la frontière accusatoire/inquisitoire. Mus par la volonté d'accorder à l'individu poursuivi une place plus importante par une meilleure considération de ses droits fondamentaux, les régimes nationaux se sont peu à peu dirigés vers une procédure mixte, équilibrée et équitable. Équilibrée tout d'abord, par la mise en balance des différents intérêts en jeu afin de maintenir le juste équilibre entre la protection de la société, dont la tranquillité et la paix ont été troublées par l'infraction, et la protection des droits de l'individu suspecté ou accusé d'avoir commis l'infraction à l'origine du trouble. Cet équilibre est cependant fragile : la tentation de sévérité pour les gouvernants a marqué les politiques répressives nationales et européennes ces dernières années, l'étendue et l'efficacité des prérogatives des autorités enquêtrices apparaissant comme l'unique moyen de protéger les individus face à la modernisation et la complexification de la criminalité. Si elle est critiquable, cette tendance est néanmoins un point de rapprochement des droits nationaux, plutôt qu'une cause de divergence. À ces dérives de la procédure pénale, il est cependant un garde-fou : l'équité procédurale. En effet, les régimes procéduraux nationaux tendent également à converger dans la recherche d'une procédure équitable, l'équité sauvegardée participant au maintien d'une procédure équilibrée. Sous l'influence de la consécration supranationale du droit à une procédure équitable, la défense a pris une place essentielle dans le procès pénal, mais également dans la phase dédiée à la recherche de la vérité, influençant ainsi les législateurs nationaux dans l'édition des règles procédurales d'enquête.

Ces mouvements de rapprochement des procédures rejouent sur la matière probatoire et participent à la minimisation des divergences nationales, lesquelles étaient supposées, dans notre postulat de départ, constituer un frein à la recevabilité mutuelle de la preuve pénale entre États membres. Au regard de l'admissibilité de la preuve tout d'abord,



les redoutables *exclusionary rules* caractéristiques du régime anglais et l'attachement des juges à l'oralité dans la production de la preuve semblaient difficilement conciliables avec la liberté de la preuve en France et en Belgique. L'interdiction de la preuve par ouï-dire au Royaume-Uni semblait l'exemple le plus flagrant de l'incompatibilité des régimes probatoires, tout élément de preuve, écrit ou oral, pouvant être admis à l'audience pénale en France et en Belgique, façonnant l'intime conviction des juges. Or les preuves traditionnellement inadmissibles au Royaume-Uni constituent désormais une catégorie marquée par ses nombreuses exceptions : la présence du témoin à l'audience n'est pas indispensable à la prise en considération de ses déclarations, constituant ainsi une entorse à l'interdiction du ouï-dire mais également un moyen de faciliter l'utilisation de la preuve obtenue à l'étranger, lorsque le témoin est dans l'impossibilité de participer physiquement à l'audience.

L'étude de la recevabilité de la preuve vient confirmer l'amoindrissement progressif des divergences nationales. Ce constat se révélait au départ moins évident. En effet, si le respect de la légalité matérielle dans l'administration de la preuve, traduite par la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu et le respect de principes directeurs, peut réunir les régimes nationaux, le respect de la légalité formelle les éloigne. C'est dans le détail et la précision de la légalité formelle, dont le respect conditionne la recevabilité de la preuve, que les spécificités procédurales s'expriment le plus vivement. Ainsi, dans toutes les phases de la procédure répressive, des divergences s'affirment. Concernant la phase d'enquête, les exemples des écoutes téléphoniques et des perquisitions démontrent la souveraineté et l'indépendance des États dans la réglementation des prérogatives des enquêteurs. Les conditions relatives à la communication de la preuve préalablement à l'audience de jugement témoignent également des spécificités locales, bien que le respect du principe du contradictoire tende à lisser ces aspérités. Plus encore, le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve fait ressurgir l'opposition accusatoire/inquisitoire. Alors que l'instruction, emblème des procédures de tradition inquisitoire française et belge, ouvre à la défense la possibilité de contester la légalité des actes d'enquête et d'instruction avant l'audience de jugement, le système anglais ne connaît pas les nullités de procédure, et la recevabilité de tout élément de preuve doit être discutée par les parties, devant le juge pénal, avant toute défense au fond.

Ces spécificités, si réduites nous apparaissent-elles, pourraient à première vue être interprétées comme un obstacle de taille à la libre recevabilité de la preuve pénale et un frein à une coopération judiciaire efficace entre les États membres. Or, l'étude de la recevabilité de la preuve recueillie en méconnaissance de la légalité formelle montre à quel point le respect du droit procédural formel est secondaire pour les juridictions nationales.

**483. La recevabilité de la preuve illégale, symptomatique des dérives des procédures pénales nationales.** Il ressort de l'étude du droit probatoire national, alimenté par des développements jurisprudentiels parfois critiquables, un consensus quant à la recevabilité de la preuve recueillie en méconnaissance du droit national. En effet, la preuve illicite n'est pas, en principe, irrecevable. Cette position adoptée par les juridictions nationales est commune à tous les États membres étudiés, bien qu'elle s'exprime avec plus ou moins d'intensité selon que la preuve est recueillie par les enquêteurs ou les parties privées. Comme déjà mentionné, la procédure pénale est sollicitée pour apporter une réponse efficace aux comportements déviants. La modernisation et l'internationalisation de la criminalité ont ainsi conduit au développement de régimes dérogatoires, à l'extension des prérogatives des enquêteurs mais également, au laxisme des autorités juridictionnelles quant à la sanction des illégalités commises lors du recueil et de la recherche de la preuve. Le sujet est instable et intimement lié aux évolutions jurisprudentielles, mais également marqué par des incohérences. Ainsi, alors que les juges anglais ont toujours consacré la libre recevabilité de la preuve illégalement recueillie, la loi permet désormais de contester une preuve dont l'utilisation porterait atteinte au droit à un procès équitable. En Belgique, la jurisprudence *Antigone*, soutenue par une intervention législative, consacre la recevabilité de principe de la preuve illégale. En France, la position des juridictions nationales est moins claire, un traitement de faveur étant en principe accordé aux preuves déloyales rapportées par les parties privées. Mais les preuves illégalement recueillies par les autorités enquêtrices ne sont pas pour autant automatiquement irrecevables. Il est donc indéniable qu'aujourd'hui, l'accusation jouit d'une position très favorable en ce que les illégalités des autorités enquêtrices ne conduisent pas à l'irrecevabilité de la preuve, tant que l'équité procédurale est préservée. Est-ce pourtant un critère suffisant pour justifier les atteintes à la légalité formelle par l'inobservation des règles procédurales législativement établies, et à la légalité matérielle, en utilisant des preuves obtenues en violation de droits tels que le respect de la vie privée ?

**484. Le développement de la coopération judiciaire sur la base de droits nationaux déficients.** La coopération judiciaire entre États membres en matière pénale repose sur ce droit probatoire national en crise et peut d'ailleurs en tirer profit. En effet, la preuve obtenue en méconnaissance du droit national étant recevable, les divergences procédurales formelles n'ont plus d'importance en ce que ni leur respect, ni leur non-respect, ne porte conséquence sur la recevabilité de la preuve. Seule l'absence d'équité procédurale, consacrée uniformément par les États membres, semble véritablement justifier l'exclusion d'une preuve.

Pourtant, faire reposer le succès de la recevabilité mutuelle des preuves pénales entre les États membres sur les défaillances des régimes nationaux n'est pas acceptable dans un espace de sécurité, mais surtout de liberté et de justice, d'autant plus que la complexité caractérisant l'articulation des instruments de coopération judiciaire est propice aux illégalités. En effet, encore aujourd'hui gouvernée par l'entraide judiciaire et par l'abondance des instruments se superposant, la matière est vouée à basculer prochainement sous le régime de la reconnaissance mutuelle, à l'issue d'une période de transition laissée aux États membres. Discutée pendant presque quatre ans<sup>2831</sup>, la directive relative à la décision d'enquête européenne fera table rase de la quasi totalité des instruments de coopération judiciaire dans l'Union européenne, pour les remplacer par un instrument de coopération unique, reposant sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale. Si les changements concernant les compétences des autorités enquêtrices ne devraient pas entraver la coopération judiciaire, l'instrument n'étant qu'une amélioration et une clarification de l'entraide judiciaire, ils n'apportent cependant pas les solutions attendues. La directive présente deux défauts majeurs en ce qu'elle repose sur des présupposés inexacts. Le premier est inhérent au principe même de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, lequel repose sur la confiance que les autorités judiciaires s'accordent mutuellement en raison du haut niveau d'exigences quant à la protection des droits fondamentaux que chaque État membre garantit. Or, tous les États membres n'offrent pas forcément des garanties similaires, les droits fondamentaux supérieurement consacrés étant vagues et sujets à interprétation. Une harmonisation préalable de ces droits, et plus particulièrement des garanties procédurales accordées à la défense, aurait contribué au succès d'un instrument plus performant que celui qui a été négocié<sup>2832</sup>. Le second défaut tient au fait que l'instrument se repose sur les droits nationaux en ce qui concerne le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve européenne. En renvoyant aux États membres le soin d'offrir à la défense des moyens de contestation similaires à ceux offerts dans une procédure interne, l'instrument occulte toutes les défaillances des systèmes nationaux mais également les difficultés tenant à l'intégration de la contestation de la preuve européenne dans un mécanisme parfois complexe, dont la rigidité est peu adaptée aux spécificités de la preuve obtenue dans le cadre de la coopération judiciaire.

---

<sup>2831</sup> En effet, la durée de cette thèse a parfaitement coïncidé avec le processus d'élaboration de la directive relative à la décision d'enquête européenne, de sa présentation en avril 2010 jusqu'à son adoption très prochaine au printemps 2014.

<sup>2832</sup> Nous pensons ici au motif de refus d'exécuter la décision d'enquête européenne en raison de l'atteinte qui pourrait être portée aux droits fondamentaux protégés par l'État de réception.

#### **485. Le droit européen, une chance pour un droit probatoire national en crise.**

Les nouvelles compétences de l'Union européenne en matière pénale apparaissent donc comme une chance non seulement d'aider le droit probatoire national en crise, mais également d'assurer la recevabilité mutuelle des preuves entre les États membres, tout en maintenant une protection efficace des droits fondamentaux des individus dans le cadre de poursuites répressives transnationales. La directive relative à la décision d'enquête européenne n'offre pas les garanties suffisantes nécessaires à la défense pour lui permettre de contester effectivement la recevabilité de la preuve européenne, malgré les idées novatrices émises par le Parlement européen. Une modification de la directive a été proposée dans cette étude, plaidant pour une facilitation de l'accès de la défense au contrôle juridictionnel de l'enquête transnationale devant les juridictions compétentes de l'État membre de son choix, pour une meilleure diffusion des actes procéduraux, mais également, pour une reconnaissance mutuelle des décisions d'annulation ou d'exclusion de la preuve, dans le cas où le transfert de la preuve a eu lieu après qu'une demande en annulation a été introduite devant la juridiction de jugement. Adapter la directive en ce sens peut toujours être envisagé si la Cour de justice estime l'instrument comme contraire aux droits fondamentaux.

Parallèlement à l'aménagement du contrôle juridictionnel national, l'harmonisation des droits fondamentaux et plus particulièrement des droits de la défense participerait non seulement à la fluidification de la coopération judiciaire, en offrant un cadre de confiance nécessaire à l'épanouissement des instruments de reconnaissance mutuelle, mais faciliterait également le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve, essentiellement fondé au niveau national sur le respect de la légalité matérielle. L'harmonisation procédurale matérielle a déjà débuté tant au niveau de l'Union européenne que grâce à l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, si les droits consacrés restent vagues, la jurisprudence audacieuse de la Cour européenne des droits de l'homme peut être considérée comme une source indirecte du rapprochement des droits nationaux. Ses nombreuses décisions au regard de la matière procédurale ont eu des conséquences sur l'appréciation de la recevabilité de la preuve pénale par le juge national, bien qu'elle ait toujours considéré que ce sujet relevait au premier chef du droit interne. Cependant, la faiblesse de son caractère contraignant ne permet pas d'ériger la jurisprudence européenne comme source de rapprochement des législations nationales à part entière. Les nouvelles compétences de l'Union européenne acquises depuis l'adoption du traité de Lisbonne, donnant au Conseil et au Parlement européen le pouvoir d'édicter des règles minimales par voie de directive, concernant tant la recevabilité mutuelle des preuves pénales, que la protection des droits des personnes, sont une formidable opportunité d'harmonisation des

droits procéduraux nationaux si le choix du renforcement est choisi<sup>2833</sup>, ce qui semble être le cas.

**486. La nécessité d'un engagement plus courageux de l'Union européenne.** En quatre années, la légalité de la preuve dans l'espace pénal européen a considérablement évolué. Né d'un constat chaotique d'échec, marqué par l'abandon de la décision-cadre relative à la protection des garanties procédurales, et par le désaveu de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention des preuves, le sujet est aujourd'hui porté par l'espoir et l'effervescence des directives nouvellement adoptées. Pourtant, on ne peut que regretter le manque de courage du législateur européen, qui avait là la possibilité de régler la recevabilité de la preuve européenne. En effet, la directive relative à la décision d'enquête européenne reste extrêmement prudente sur la recevabilité de la preuve obtenue grâce à ce mécanisme et se désengage totalement quant aux suites à donner en cas de non-respect des règles établies, alors que le Parlement européen avait œuvré pour l'adoption de dispositions innovantes, plus strictes et protectrices des droits fondamentaux. La proposition de règlement portant création du Parquet européen n'est pas plus courageuse, au contraire. En prévoyant la libre admissibilité de tous les éléments de preuves présentés par le procureur européen tant que l'équité procédurale est préservée, la proposition est très décevante. S'en tenant au plus petit dénominateur commun, érigeant comme unique critère de la recevabilité des preuves le respect du procès équitable, le règlement créerait un régime très permissif au regard de l'utilisation de la preuve présentée par le Procureur européen. Concrètement, une preuve recueillie par un acte d'enquête portant gravement atteinte au droit au respect de la vie privée, ou au principe de loyauté pourrait fonder une condamnation pénale, si la juridiction pénale nationale estime que l'équité procédurale est préservée. Sachant qu'en France, la discussion contradictoire des preuves peut suffire à « sauver » l'équité procédurale, la disposition du règlement peut être interprétée comme une invitation à négliger impunément les règles procédurales nationales et européennes, ce qui n'est pas acceptable dans un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Ce désengagement n'est pourtant pas surprenant, les négociations dans le cadre de l'Union européenne résultant inévitablement de concessions, d'abandons, causant bien souvent des désillusions, tout du moins en matière pénale. Or, comment blâmer le législateur européen et son impuissance lorsque les législateurs nationaux éprouvent tant de réticences à élaborer une théorie générale de la recevabilité de la preuve ? Comment critiquer le renvoi de la directive relative à la décision d'enquête européenne aux juridictions nationales alors que la

---

<sup>2833</sup> Et non celui de l'identification des garanties minimales communes accordées par les États membres.

Cour européenne des droits de l'homme, gardienne incontestable des droits fondamentaux, répète inlassablement que la recevabilité des preuves relève au premier chef du droit interne ? Pourtant, serait-il si intolérable d'obliger le juge pénal à exclure une preuve illicite dans le but d'assurer à la défense la protection effective de ses droits, ainsi que le respect de principes fondamentaux tels que le respect de la dignité humaine ou de la vie privée ? Serait-ce porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire que de lui dicter sa conduite concernant ce point précis ? La réponse à ces deux dernières questions nous semble négative, et ceci pour plusieurs raisons. En premier lieu, il convient de remarquer que l'exclusion d'une preuve illicite ne conduit que rarement à l'anéantissement de toute la procédure. D'autres preuves souvent solides viennent compléter le dossier pénal, et l'exclusion précoce d'un acte illégal laisse aux autorités judiciaires la possibilité d'exécuter à nouveau l'acte litigieux. Dans le cas où l'annulation d'un acte d'enquête ou l'exclusion d'une preuve illégalement recueillie conduit à l'abandon des poursuites, on ne peut que se réjouir de voir qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée sur la base d'éléments viciés, dont la fiabilité et l'intégrité étaient sans doute contestables. En second lieu, concernant la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire, prévoir législativement l'irrecevabilité des éléments viciés n'atteint en rien le pouvoir d'appréciation du juge sur la question de la violation de la loi pénale. Il reste libre d'évaluer la force probante des éléments recevables régulièrement présentés devant lui, forgeant son intime conviction, et sa décision n'est aucunement liée par les preuves soumises par les parties, comme elle le serait dans un système consacrant la légalité plutôt que la liberté de la preuve. Par ailleurs, l'examen de la recevabilité ne doit pas interférer avec celui du fond. Or le juge pénal endosse souvent cette double responsabilité en étant successivement juge de la forme et juge du fond. Lorsque le juge dispose du dossier pénal, comment humainement ne pas être affecté par le caractère odieux d'une infraction particulièrement grave, et donc influencé négativement dans l'examen de la recevabilité des preuves ? Guider et orienter législativement la sanction du contrôle juridictionnel des actes d'enquête serait alors un moyen de rétablir la distinction nécessaire entre la forme et le fond, et préserver au mieux les droits de la défense.

Enfin, s'il pouvait être étonnant et controversé de plaider en faveur de l'établissement de règles plus strictes concernant la recevabilité de la preuve au niveau européen, alors que cette question a toujours été considérée comme fondamentalement nationale, la proposition ne nous semble aujourd'hui plus incongrue. D'une part, elle est dans la lignée des derniers travaux de l'Union, visant à renforcer les droits des citoyens impliqués dans une procédure répressive. D'autre part, elle apparaît comme d'autant plus justifiée que la cause des tensions concernant la recevabilité des preuves transnationales est d'origine européenne, l'Union fournissant les instruments de coopération judiciaire nécessaires à la

poursuite de l'infraction transnationale, dont la complexité est source d'illégalité. L'Union européenne doit donc avoir le courage de prévoir les solutions aux difficultés qu'elle contribue à créer.

**487. Penser autrement la coopération judiciaire : l'ouverture des réseaux de coopération aux autres acteurs du procès pénal.** Au vu des difficultés rencontrées lors des négociations portant sur la directive relative à la décision d'enquête européenne ou sur la directive relative à l'accès à un avocat, il est évident que l'élaboration de règles minimales relatives à la recevabilité mutuelle des preuves serait extrêmement délicate. Néanmoins, la difficulté ne peut servir d'excuse à l'inaction. Par ailleurs, d'autres pistes méritent d'être approfondies, comme celle de « repenser la coopération judiciaire », en visant à son élargissement aux autres acteurs du procès pénal. Nous pensons ici essentiellement aux avocats de la défense, qui ne bénéficient pas de tous les outils qui sont accessibles aux autorités judiciaires concernant non seulement la recherche et le recueil de preuves, mais plus largement la connaissance du droit des autres États membres et le partage des informations. Ainsi, le développement d'un réseau d'avocat de la défense, voire d'une agence dédiée au partage de l'information juridique et aux conseils dans le cadre de procédures transnationales devrait mobiliser l'Union, à l'image des réseaux de magistrats destinés à faciliter la coopération judiciaire. La contestation de la preuve par la défense en serait significativement facilitée et la protection des droits fondamentaux de la personne suspectée ou poursuivie, mieux assurée.

Si le renforcement des prérogatives de l'avocat de la défense engagé dans une procédure transfrontière ne peut constituer une alternative à un instrument réglementant le contrôle juridictionnel de la recevabilité de la preuve européenne mais doit l'accompagner, il apparaît comme une solution d'urgence souhaitable et aisément accessible. De plus, l'attention portée par les dernières directives adoptées en matière procédurale montre que l'avocat peut devenir l'élément clé de respect de la légalité procédurale dans le cadre transnational comme au niveau interne. En effet, grâce aux nouvelles directives, l'intervention de l'avocat doit être assurée dès les premiers stades de l'enquête, que le suspect soit privé de liberté ou auditionné librement, mais il peut également avoir accès au dossier déjà constitué par les policiers. Ces progrès, bien qu'ils ne fassent pas oublier l'impuissance de l'avocat face aux complexités et à l'opacité d'une enquête transnationale, ni le besoin de l'accompagner pour mener à bien sa mission de défense, méritent d'être remarqués en ce qu'ils bousculeront les législateurs nationaux afin d'atteindre une meilleure justice répressive. Que la dynamique ne s'essouffle pas !





# BIBLIOGRAPHIE

## I. MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES

### A. Droit pénal et procédure pénale.

- AMBROISE-CASTÉROT C.**, *La procédure pénale*, Paris, Gualino éditeur, 2007.
- AMBROISE-CASTÉROT C. et BONFILS P.**, *Procédure pénale*, Paris, PUF, 2011.
- ATKINSON G.**, *Criminal Litigation - Practice and Procedure*, Guildford, College of Law Publishing, 2007.
- BOSLY, H.-D., VANDERMEERSCH, D. et BEERNAERT, M.-A.**, *Droit de la procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> éd., Bruges, La Chartre, 2008.
- BOULOC, B, STEFANI G. et LEVASSEUR.**, *Procédure pénale*, 23<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012.
- CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002.
- CROSS N.**, *Criminal Law and Criminal Justice*, Londres, SAGE publications, 2010.
- DEBOVE F., FALLETTI F. et JANVILLE T.**, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2010.
- DECLERCQ R.**, *Éléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- FORSTER S.**, *Criminal Law and Practice*, 1<sup>ère</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2008.
- FOURMENT F.**, *Procédure pénale*, Orléans, Paradigme, 2007.
- FRANCHIMONT M., JACOBS A. et MASSET A.**, *Manuel de procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012.
- GARÉ T. et GINESTET C.**, *Droit pénal - Procédure pénale*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012.
- GUINCHARD S. et BUISSON J.**, *Procédure pénale*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012.
- HANNIBAL M. et MOUNTFORD L.**, *Criminal Litigation Handbook*, Oxford, OUP, 2007.
- HÉLIE F.**, *Traité de l'instruction criminelle*, Paris, Henri Plon, 1866.
- MERLE R. et VITU A.**, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1979.
- PRADEL J.**, *Procédure pénale*, 16<sup>ème</sup> éd., Paris, Cujas, 2011.
- RASSAT M.-L.**, *Procédure pénale*, Paris, Ellipses, 2010.
- SIMESTER A. P. et SULLIVAN G. R.**, *Criminal Law: Theory and Practice*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, Hart Publishing, 2007.
- SPENCER J. R.**, *La procédure pénale anglaise*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998.

**VANDERMEERSCH D.**, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, La Chartre, 2012.

## B. Histoire du droit

**BERGER E.**, *La justice pénale sous la Révolution, Les enjeux d'un modèle judiciaire libéral*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008.

**DU BOYS A.**, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, tome III, Paris, Durand, 1860.

**CARBASSE J.-M.**, *Introduction historique au droit pénal*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, PUF, 1990.

**CARBASSE J.-M.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2006

**CHAUVAUD F.**, *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012.

**DEBUYST C., DIGNEFFE F. et PIRES A. P.**, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine - La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008.

**ESMEIN A.**, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours (1882)*, réédition éd., Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2010.

**FOUCAULT M.**, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

**HOSTETTLER J.**, *A History of Criminal Justice in England and Wales*, Sheffield-on-Loddon, Waterside press, 2009.

**LAINGUI A. et LEBIGRE A.**, *Histoire du droit pénal - Tome 2 La procédure criminelle*, Paris, Cujas, 1980.

**MARTINAGE R.**, *Histoire du droit pénal en Europe*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998.

**STEPHEN J. F.**, *A history of the criminal law of England*, I, Londres, Macmillan and co., 1883.

## C. Droit pénal européen et droit pénal comparé.

**DELMAS-MARTY M.** (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, PUF, 1995.

**DELMAS-MARTY M. et SPENCER J. R.** (dir.), *European criminal procedures*, Cambridge, CUP, 2002.

**FLORE D.**, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009.

**KLIP A.**, *European Criminal Law - An integrative approach*, Cambridge, Intersentia, 2012.

**MIETTINEN S.**, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Abingdon, Routledge, 2013.

**MITSILEGAS V.**, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009.

**PAKES F.**, *Comparative Criminal Justice*, 2<sup>ème</sup> éd., Cullumpton, Willan publishing, 2010.

**PEERS S.**, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2011.

**PRADEL J.**, *Droit pénal comparé*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.

**PRADEL J., CORSTENS G. et VERMEULEN G.**, *Droit pénal européen*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009.

## D. Droit européen et droit international.

- COUTRON L.**, *Droit de l'Union européenne*, 1<sup>ère</sup> éd., Coll. mémentos dalloz, Paris, Dalloz, 2011.
- CRAIG P. et DE BURCA G.**, *EU LAW - Text, Cases and Materials*, 5<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2011.
- DAVID É.**, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- DONY M.**, *Droit de l'Union européenne*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012.
- MEHDI R.**, *Institutions européennes*, Paris, Hachette, 2007.
- REBUT D.**, *Droit pénal international*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012.

## E. Dictionnaires.

- ALLAND D. et RIALS S.** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris, PUF, 2003.
- CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2011.
- DEGRYSE C.**, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011.
- GUINCHARD S. et MONTAGNIER G.**, *Lexique des termes juridiques*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003.
- KATZ J.-D.**, *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier - Anglais, américain, français*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, La maison du dictionnaire, 2011.
- Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993.

## II. THÈSES, MONOGRAPHIES ET MÉLANGES.

### A. Thèses et monographies.

- ABEL LUC X. et RICHARD GONZÁLEZ M.** (dir.), *Estudios sobre prueba penal, Volumen I, Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, 1<sup>ère</sup> éd., Madrid, LA LEY, 2010.
- AFROUKH M.**, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- AUVRET-FINCK J.** (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme - Etat des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- BARBE E.**, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne - Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, Paris, La documentation française, 2002.
- BARBE E.**, *L'espace judiciaire européen*, Paris, La documentation française, 2007.
- BECCARIA C.**, *Des délits et des peines*, 1764.
- BEKAERT, H.**, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972.
- BERGEAUD A.**, *Le droit à la preuve*, Paris, L.G.D.J., 2010.
- BOLM-COOPER L.**, *The Birmingham Six and other cases*, Duckwoth & Co, London, 1997.

- BONNIER E.**, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Joubert, 1843.
- BOSSARD A.**, *La criminalité internationale*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1998
- BOT S.**, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- BRAUM S. et WEYEMBERGH A.** (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A.** (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- BRIGANT J.-M.**, *Contribution à l'étude de la probité*, Aix-en-provence, PUAM, 2012.
- BROWN S. D.** (éd.), *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008.
- BUNYAN T.** (éd.), *Statewatching the new Europe: a handbook on the European state*, Londres, Statewatch, 1993.
- BURGORGUE-LARSEN L.**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2012.
- CAPDEPON Y.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris, Dalloz, 2013.
- CARTUYVELS Y.**, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.
- CERÉ J.-P.** (dir.), *Procédures pénales d'exception et droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2011.
- CHOO A.**, *Evidence*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2009.
- DE CODT J.**, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Bruxelles, Larcier, 2006.
- COQUOZ R. et TARONI F.**, *La preuve par l'ADN - La génétique au service de la justice*, 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2006.
- CONCHON H.**, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- DAUSES M. A.**, *The Protection of Fundamental Rights in the Legal Order of the European Union*, Francfort, Peter Lang, 2010.
- DECLERCQ R.**, *La preuve en matière pénale*, Bruxelles, Swinnen, 1988.
- DELMAS-MARTY M.** (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992.
- DELMAS-MARTY M.** (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 1993.
- DELMAS-MARTY M.**, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997.
- DELMAS-MARTY M. et VERVAELE J. A. E.**, *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États-Membres*, Anvers, Intersentia, 2000.
- DELMAS-MARTY M., PIETH M. et SIEBER U.** (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Paris, Société de législation comparée, 2008
- DENNIS I.**, *The Law of Evidence*, 4<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2010.
- EMMERSON B., ASHWORTH A., MACDONALD A., CHOO A. L.-T., et SUMMERS M.**, *Human Rights and Criminal Justice*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012.
- FARTUNOVA M.**, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- FENGER N. et BROBERG M.**, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- FIALAIRE J. et MONDIELLI É.**, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, 2005.
- FIJNAUT C. et OUWERKERK J.** (éd.), *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leyde, Brill, 2009.

- DE FROUVILLE O.** (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007.
- GUINCHARD S., DELICOSTOPOULOS C. S., DELICOSTOPOULOS I. S., DOUCHY-LOUDOT M., F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. RUIZ FABRI, L. SINOPOLI, J.-M. SOREL,** *Droit processuel - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2007.
- GIRARD C.** (dir.), *La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- GIUDICELLI-DELAGE G.** (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006.
- GIUDICELLI-DELAGE G. et MANACORDA S.** (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2010.
- GORPHE F.**, *L'appréciation des preuves en justice - Essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947.
- DE HOYOS SANCHO M.** (éd.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, 1ère éd., Valladolid, Lex Nova, 2008.
- HUYGUE F.-B.**, *ADN et enquêtes criminelles*, 1ère éd., Paris, PUF, 2008.
- JACOBS A. et MASSET A.** (dir.), *Actualités de droit pénal*, Vol. 128, Liège, Anthémis, 2011.
- JANSSENS C.**, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, OUP, 2013.
- JAULT-SESEKE F., LELIEUR J. et PIGACHE C.** (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2009.
- KADDOUS C. et DUBEY B.** (éd.), *D'amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- KEANE A., GRIFFITHS J. et McKEONS P.**, *The Modern Law of Evidence*, 8ème éd., Oxford, OUP, 2010.
- KENNES L.**, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Mechelen, Kluwer, 2009.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A.** (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A.** (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A.** (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005.
- DE KERCHOVE G. et WEYEMBERGH A.** (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.
- KLIP A. et VAN DER WILT H.** (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002.
- KUTY F.**, *Justice pénale et procès équitable - Notions générales - Garanties d'une bonne administration de la justice*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2006.
- KUTY F.**, *Justice pénale et procès équitable - Exigence de délai raisonnable - présomption d'innocence - Droits spécifiques du prévenu*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2006.
- KUTY F. et MOUGENOT D.** (dir.), *La preuve. Questions spéciales.*, Liège, Anthémis, 2008.
- LÉVY-BRUHL H.**, *La preuve judiciaire - Étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964.
- LIGETI K.** (dir.), *Toward a prosecutor for the European Union*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2013.
- DE LOBKOWICZ W.**, *L'Europe et la sécurité intérieure - Une élaboration par étapes*, Paris, La documentation française, 2002.

- MARGUÉNAUD J.-P.**, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6<sup>ème</sup> éd., Coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2012.
- MAURO C. et RUGGIERI F.** (dir.), *Droit pénal, langue et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- MINIATO L.**, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2008.
- MOLE N. et HARBY C.**, « Le droit à un procès équitable, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Précis sur les droits de l'homme n°3*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe, 2007.
- MOLINA E.**, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XII, Chapitre 2.
- MORAND C.-A.** (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- PICHERAL C. et COUTRON L.** (dir.), *Charte des droits fondamentaux et l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- PEDRAZZI M., VIARENGO I. et LANG A.** (éd.), *Individuals guarantees in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- PERELMAN C. et FORIERS P.** (éd.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- PERTEK J.**, *Coopération entre juges et Cour de justice de l'UE - Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- PORRET M.** (éd.), *Beccaria et la culture juridique des lumières*, Genève, Droz, 1997.
- REICHEL P.**, *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Londres, Sage Publications, 2005.
- RIBEYRE C.** (dir.), *Le contradictoire dans le procès pénal : nouvelles perspectives*, Paris, Cujas, 2012.
- RIDEAU J.** (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009
- RIJKEN C. et VERMEULEN G.** (éd.), *Joint investigation teams in the European Union*, La Haye, Asser Press, 2006.
- ROBERTS P. et ZUCKERMAN A.**, *Criminal evidence*, 2<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2010.
- RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M.** (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, A. PEDONE, 2007.
- SAUGERAS A.**, *Les acteurs de la justice*, Paris, Particulier et Finances Éditions, 2010.
- SAURON J.-L.**, *Procédures devant les juridictions de l'UE et devant la CEDH*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Gualino, 2012.
- SPENCER J. R.**, *Evidence of Bad Character*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- SPRONKEN T., G. VERMEULEN, D. DEVOCHT, et al.**, *EU Procedural safeguards in criminal proceedings*, Anvers, Maklu, 2009.
- STEFANI G.** (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956.
- STEPHEN J. F.**, *Digest of the law of evidence*, 5<sup>ème</sup> éd., Londres, 1887.
- SUDRE F.** (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- SUDRE F.**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 9<sup>ème</sup> éd., Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 2012.
- SUDRE F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2012.
- TAUPIAC-NOUVEL G.**, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Fondation Varennes, 2011.

- TAVERNIER P.** (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- TINIERE R.**, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- TRECHSEL S.**, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, OUP, 2005.
- TRUILHÉ-MARENGO E.** (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- TULKENS F. et BOSLY H.-D.** (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- DE VALKENEER C.**, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- DE VALKENEER C.**, *Manuel de l'enquête pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, 2011.
- VERMEULEN G.**, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU - Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, Anvers, Maklu, 2011.
- VERMEULEN G., DE BONDT W. et VAN DAMME Y.**, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters - Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Anvers, Maklu, 2010.
- VERMEULEN G., DE BONDT W. et RYCKMAN C.**, *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU: Moving Beyond Actors, Bringing Logic Back, Footed in Reality*, Anvers, Maklu, 2012.
- VERNIMMEN-VAN TIGGELEN G., SURANO L. et WEYEMBERGH A.** (éd.), *The future of mutual recognition in the European Union/ L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- VERVAELE J. A. E.** (éd.), *European Evidence Warrant - Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Anvers, Intersentia, 2005.
- WEYEMBERGH A.**, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.
- WEYEMBERGH A.**, « Coopération judiciaire pénale », *Jurisclasseur*, Fasc. 2700, mai 2009.
- WEYEMBERGH A.**, « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne », *Jurisclasseur*, Fasc. 2720, mai 2009.
- WHITE R. C. A. et OWEY C.**, *The European Convention on Human Rights*, 5<sup>ème</sup> éd., Oxford, OUP, 2010.
- WILLIAMS A.**, *EU Human Rights Policies - A Study in Irony*, Oxford, OUP, 2004.
- ARROYO ZAPATERO L. et MORENO CATENA V.** (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010.
- ZOLLER E.**, *Droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 1999.
- Conseil de l'Europe, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg Conseil de l'Europe - Division des publications et des documents, 1990.

## B. Mélanges et collectifs.

- *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964.
- Université catholique de Louvain - Département des droits de l'homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977.

- Association d'études et de recherches de l'Ecole Nationale de la Magistrature, *L'aveu en matière pénale*, Bordeaux, Ecole Nationale de la Magistrature, 1987.
- *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, CEDEJ, Le Caire, 1994, p. 97 et s., disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/cedej/396>.
- Université Robert Schuman de Strasbourg - Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000 organisé par la Cour de Cassation, Paris, La documentation française, 2000.
- *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006.
- *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit*, Paris, Dalloz, 2007.
- *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007.
- **D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS** (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012.
- *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013.

### III. CONTRIBUTIONS ET ARTICLES

#### A. Contributions dans des ouvrages collectifs.

- AMBROISE-CASTEROT C.**, « Quelle place pour l'avocat en garde à vue ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 1.
- ANCEL H.**, « Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 93.
- ANCEL H.**, « La preuve biologique », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 139.
- ARNAIZ SERRANO A.**, « L'expérience espagnole de l'utilisation de la vidéoconférence dans la procédure pénale », in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 215.
- ARROYO ZAPATERO L. et MUNOZ DE MORALES ROMERO M.**, « Droit pénal européen et traité de Lisbonne : le cas de l'harmonisation autonome (art. 83.1 TFUE) », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGUES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 113.
- AUVRET P.**, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 379.



- AUVRET-FINCK J.**, « Le cadre juridique de référence de la lutte contre le terrorisme », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'union européenne et la lutte contre le terrorisme - État des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 17.
- BACHELET O.**, « La hiérarchie des preuves », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 67.
- BARBE E.**, « Recherche recours préjudiciel désespéré », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (ed.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005.
- BERNARDI A.**, « L'harmonisation pénale accessoire », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGUES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 153.
- BARRACHE S. et OLIVIER A.**, « L'administration de la preuve pénale et les nouvelles technologies de l'information et de la communication », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale, Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 129.
- BENILLOUCHE M.**, « Les objectifs du procès pénal », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 19.
- BENLOLO-CARABOT M. et HERNANDÈZ T. L.**, « Les mécanismes européens visant à améliorer la coopération policière et judiciaire en matière pénale : Europol et Eurojust », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 19.
- BERBUTO S. et BERTHE E.**, « Le point de vue des avocats. On n'en a pas fini avec Salduz », in A. JACOBS et A. MASSET, *Actualités de droit pénal*, Liège, Anthemis, 2011, p. 121.
- BERNARDI A.**, « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 955.
- DE BIOLLEY Se.**, « Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale », in D. FLORE (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 210.
- DE BIOLLEY Se.**, « L'harmonisation des procédures », in D. FLORE (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 111.
- DE BIOLLEY Se.**, « Quelles contributions de la CJ à l'espace pénal européen demain ? », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 309.
- BONICHOT J.-C.**, « La Cour de justice des communautés européennes, la Cour européenne des droits de l'homme et l'intégration de l'Europe », in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 93.
- BOSLY S. et VAN RAVENSTEIN M.**, « L'harmonisation des incriminations », in D. FLORE (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 19.
- BOT S.**, « Le dialogue entre les juridictions nationales et la CJ - L'exemple du mandat d'arrêt européen », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 65.
- BOURAOUI S.**, « Droit pénal, Droits de l'Homme et démocratie : le cas de la Tunisie », in *Politiques législatives : Égypte, Tunisie, Algérie, Maroc*, CEDEJ, Le Caire, 1994, p. 97, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/cedej/396>.

- BOUZAT P.**, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Problèmes contemporains de procédure pénale, Recueil d'études en hommage à M. Louis HUGUENEY*, Paris, Sirey, 1964, p. 155.
- BRAMMERTZ S.**, « Eurojust : parquet européen de la première génération ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 105.
- BRANTS C.**, « Procedural safeguards in the European union: too little, too late? », in J. A. E. VERVAELE (éd.), *European Evidence Warrant - Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 103.
- BRATZA N.**, «The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment», in *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 167.
- BRAUM S.**, « Conclusions », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 331.
- BRIBOSIA E.**, « Quelle charte des droits fondamentaux pour l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 19.
- BROUTIN O.**, « L'Office de lutte antifraude », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 33.
- BROWN S. D.**, « Letter of Request briefing », in S. D. BROWN (éd.), *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008, p. 278
- BUNYAN T.**, « Trevi, Europol and the European state », in T. BUNYAN (éd.), *Statematching the new Europe: a handbook on the European state*, Londres, Statewatch, 1993, p. 1
- CALLEWAERT J.**, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière pénale », in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 135.
- CARTUYVELS Y.**, « Le droit pénal et l'État : des frontières "naturelles" en question », in M. HENZELIN et R. ROTH, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 3.
- CARTUYVELS Y.**, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 23.
- CATALDI G. et DELLA MORTE G.**, « La preuve devant les juridictions pénales internationales », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, A. PEDONE, 2007, p. 197.
- CHEVALLIER J.-Y.**, « Vol au dessus d'un nid de réformes : observations sur les réformes en rafale, l'adaptabilité du législateur dans la lutte contre la criminalité », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 253.
- DAVID É.**, « Le point de vue d'un académique », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 351.
- DEBOVE F.**, «Garde à vue : entre cadence et décadence», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 191.
- DEDEYNE-AMANN J.**, « L'extradition : un anachronisme au sein de l'Union européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des*

*décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 177.

- DEJEMEPPE B. et KENNES L.**, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve - Développements récents », in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve. Questions spéciales.*, Liège, Anthemis, 2008, p. 63.
- DELMAS-MARTY M.**, « A l'origine de ces travaux », in M. DELMAS-MARTY, *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 13.
- DELMAS-MARTY M.**, « Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels) », in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 81.
- DESCAMPS M.-H.**, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales », in D. FLORE (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 85.
- DONY M.**, « Un nouveau cadre normatif », in C. KADDOUS et B. DUBEY (éd.), *D'amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 29.
- DOURNEAU-JOSETTE P.**, « La nécessité d'une redéfinition de la condition d'épuisement des voies de recours ? », in C. PICHERAL et L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux et l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 133.
- EPINEY A.**, « Européanisation et mondialisation du droit : convergences et divergences », in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 147.
- ERGEC R.**, « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 285.
- FELSEN D. et KALAITZIDIS A.**, « A Historical Overview of Transnational Crime », in P. REICHEL, *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Londres, Sage Publications, 2005, p. 3.
- FICHET-BOYLE I.**, « La vidéosurveillance », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 205.
- FLORE D.**, « Vers une justice pénale européenne : l'apport de l'Union européenne », in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 373.
- FLORE D.**, « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 79.
- FLORE D.**, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in G. de KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 65.
- FLORE D.**, « La notion de confiance mutuelle : l'"alpha" ou l'"omega" d'une justice pénale européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17.
- FRIDEN G.**, « Les garanties procédurales en droit communautaire de la concurrence », in F. TULKENS et H.-D. BOSLY, *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 473.
- DE FROUVILLE**, « Les perspectives : le procureur européen et le mandat européen d'obtention de preuves », in O. de FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 63.

- GASSIN R.**, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 109.
- GIUDICELLI-DELAGE G.**, « Conclusions », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 327.
- GLESS S.**, « Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger », in F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et C. PIGACHE (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, Paris, Dalloz, 2009, p. 155.
- GLESS S.**, « Police And Judicial Cooperation Between The European Union Member States. Results And Prospects », in C. FIJNAUT et J. OUWERKERK (éd.), *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leyde, Brill, 2009, p. 25.
- DE GOUTTES R.**, « Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et réticences », in P. TAVERNIER, *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La cour de Strasbourg et la réalisation d'une 'union plus étroite'*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 217.
- DE GOUTTES R.**, « L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ? », in Université Robert Schuman de Strasbourg - Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 139.
- GUILLAIN C. et VANDERMEERSCH D.**, « Les droits de l'homme en droit pénal et en procédure pénale : effectivité ou alibi ? », in Y. CARTUYVELS, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 377.
- GUINCHARD S.**, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Mélanges en l'honneur de G. Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 139.
- HARRIS L.**, « Mutual Recognition from a Practical Point of View: Cosmetic or Radical Change? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 105.
- DE HERT P., GUTWIRTH S., SNACKEN S., et al.**, « La montée de l'État pénal : que peuvent les droits de l'homme ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 235.
- HOWSE T.**, « England », in K. LIGETI (dir.), *Toward a prosecutor for the European Union*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2013, p. 133.
- JACOBS A.**, « Les procédures d'exception et l'instruction en droit belge », in J.-P. CERÉ (dir.), *Procédures pénales d'exception et droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 157.
- JACOBS A.**, « Petit tour du monde du contradictoire », in C. RIBEYRE, *Le contradictoire dans le procès pénal : nouvelles perspectives*, Paris, Cujas, 2012, p. 25.
- JEAN J.-P.**, « De l'efficacité en droit pénal », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 135.
- JEBENS S. E.**, « Illegally obtained evidence in criminal cases. An analysis on the basis of three grand chamber judgments », in D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 219.
- DE KERCHOVE G.**, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 3.

- DE KERCHOVE G.**, « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 113.
- DE KERCHOVE G.**, « Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 19.
- KLIP A.**, « Definitions of harmonisation », in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 23.
- KOERING-JOULIN R.**, « La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme - Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 47.
- KOERING-JOULIN R.**, « L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe ?*, Paris, Economica, 1993, p. 169.
- LABAYLE H.**, « Instruments et procédures de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 41.
- LABAYLE H.**, « Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 123.
- LABAYLE H.**, « La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in C. KADDOUS et B. DUBEY (éd.), *D'amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 3.
- LABAYLE H.**, « Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, sécurité et justice : histoire d'un blocage », in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO et A. LANG (éds), *Individuals guarantees in the european judicial area in criminal matters/garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 153.
- LABRÉGÈRE P.**, « Les fonctions du magistrat de liaison et ses rapports avec les autres organes de coopération », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 101.
- LABRUSSE-RIOU C.**, « Preuve "scientifique", preuve "non scientifique" », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 79.
- LAMBERT P.**, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 63.
- DE LAMY B.**, « De la loyauté en procédure pénale - Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in Mélanges offerts à Jean Pradel, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 97.
- LARRÈRE C.**, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », in M. PORRET (éd.), *Beccaria et la culture juridique des lumières*, Genève, Droz, 1997, p. 89.

- LAZOWSKI A.**, « Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA Area », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 211.
- LEMMENS P.**, « Quelques réflexions au sujet des garanties procédurales en matière pénale », in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 201.
- LEVASSEUR G.**, « Le régime de la preuve en droit répressif français », in Université catholique de Louvain - Département des droits de l'homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 9.
- LEVASSEUR G.**, « Le droit de la preuve en droit pénal français », in C. PERELMAN et P. FORIERS (éd.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 175.
- LIGETI K.**, « Introduction », in K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, 1, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 1.
- DE LUCAS MARTIN**, « Evidence in criminal proceedings in the context of the European Union », in M. DE HOYOS SANCHO (éd.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 415.
- LYONNET S.**, « Empreintes génétiques », in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000 organisé par la Cour de Cassation, Paris, La documentation française, 2000, p. 15.
- MAREMBERT T.**, « Langue, linguistique et droit à l'assistance de l'avocat », in C. MAURO et F. RUGGIERI (dir.), *Droit pénal, langue et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 241.
- MARTIN-CHENUT K. et DE MELO E SILVA F.**, « La contitutionnalisation /conventionnalisation de la preuve », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 31.
- MASSÉ M.**, « La reconnaissance mutuelle », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGUES (dir.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 205.
- MATSCHER F.**, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle - Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 15.
- MATSOPOULOU H.**, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 411.
- MAURO C.**, « La décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de bien ou d'éléments de preuve », in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 151.
- MAYAUD Y.**, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 293.
- MEHDI R. et MALJEAN-DUBOIS S.**, « Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l'épreuve ? Conclusions », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 331.
- MEYER E.**, « One *Salduz* a year is enough. 20 associative thoughts on judge Rozakis, judicial activism and the *Salduz* judgment », in D. SPIELMANN, M. TSIRLI et P. VOYATZIS (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 419.

- MIALHE J. et BORIES C.**, « L'expert n'est-il vraiment qu'un auxiliaire du juge ? », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 110.
- MIRANDA RODRIGUES A.**, « Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel : une liaison nécessaire ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2005, p. 163.
- MONVILLE P. et MICHIELS O.**, « Salduz : entre présent et futur » in A. JACOBS et A. MASSET, *Actualités de droit pénal*, Vol. 128, Liège, Anthémis, 2011, p. 43.
- MORAN MARTINEZ A. R.**, « The freezing of property and evidence in criminal proceedings », in M. DE HOYOS SANCHO (éd.), *Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, 1ère éd., Valladolid, Lex Nova, 2008, p. 393.
- MOUSTIERS A.**, « Preuves et biotechnologies : l'utilisation des empreintes génétiques à des fins judiciaires », in O. DE FROUVILLE (dir.), *La preuve pénale - Internationalisation et nouvelles technologies*, Paris, La documentation française, 2007, p. 165.
- MULLER Y.**, « L'idéal de vérité dans le procès pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 531.
- NELLES U.**, « Définitions of harmonisation », in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 31.
- NILSSON H. G.**, « Proliferation of Concentration of the Actors in the JHA Area? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 63.
- OLINET M. et MARTIN-CHENUT K.**, « La preuve "cybernétique" », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 223.
- OST F.**, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 7.
- PATARIN J.**, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in G. STEFANI (dir.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal - Études de droit criminel*, Paris, Dalloz, 1956, p. 7.
- PRADEL J.**, « Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 895.
- PRADEL J.**, « La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 605.
- PROST K.**, « No hiding place: how justice need not to be blinded by borders », in S. D. BROWN, *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008, p. 123.
- PUIGELIER C.**, « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 473.
- QUINTERO OLIVARES G.**, « La cybercriminalité et la responsabilité pénale des prestataires de services », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 773.

- RIDEAU J.**, « Introduction générale : des remous dans le sillage », in J. RIDEAU (dir), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1.
- RIJKEN C. et VERMEULEN G.**, « The legal and practical implementation of JITs: The bumpy road from EU to Member State level », in C. RIJKEN et G. VERMEULEN (éd.), *Joint investigation teams in the European Union*, La Haye, Asser Press, 2006.
- ROTH R.**, « Droit pénal transnational : un droit pénal sans État et sans territoire ? », in C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 131.
- SALAZAR L.**, « La protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la lutte contre la corruption internationale dans l'instauration d'un espace pénal européen », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 293.
- SCATTOLIN A.**, « La parole mise au service du système répressif », in *Mélanges offerts à Jean PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 545.
- SCHALLER F.**, « Langue, linguistique et droit à la traduction et à l'interprétation », in C. MAURO et F. RUGGIERI (dir.), *Droit pénal, langue et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 231.
- DE SCHUTTER O.**, « Les cadres de la fonction de juger les droits fondamentaux : le cas de la détention préventive », in F. TULKENS et H.-D. BOSLY (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 178.
- DE SCHUTTER O.**, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2005.
- SCREVENNS R.**, « La preuve pénale en droit belge », in Université catholique de Louvain - Département des droits de l'homme, *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 55.
- SIEBER U.**, « The forces behind the harmonization of criminal Law », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 385.
- SORDINO M.-C.**, « De la proportionnalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 711.
- SPENCER J. R.**, « Evidence », in M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (dir.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, CUP, 2002, p. 594.
- SPENCER J. R.**, « The English system », in M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (dir.), *European criminal procedures*, Cambridge, CUP, 2002.
- SPENCER J. R.**, « Why the harmonisation of penal law necessary? », in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 43.
- SPENCER J. R.**, « Mutual recognition of decisions in criminal justice and the United Kingdom », in G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO et A. WEYEMBERGH, *The future of mutual recognition in the European Union/ L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 523.
- STESSENS G.**, « The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 93.
- TADIC F. M.**, « How harmonious can harmonisation be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal) law », in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.),



*Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 1.

- THAMAN S. C.**, « L'autocondamnation dans la procédure pénale - la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 939.
- TRUILHÉ-MARENGO E.**, « La preuve entre science et droit », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 7.
- TULKENS F.**, « La procédure pénale : grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme - vers une conscience européenne*, Paris, PUF, 1992, p. 33.
- TULKENS F.**, « Negotiated justice », in M. DELMAS-MARTY et J. R. SPENCER (éd.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, CUP, 2002, p. 641 et s.
- VERMEULEN G.**, « The European Union Convention on mutual assistance in criminal matters », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 181.
- VERNIMMEN G.**, « La confiance mutuelle, un processus dynamique, un apprentissage et un facteur de progrès », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 205.
- VERNIMMEN G.**, « Quel contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen ? Les changements annoncés par le traité modificatif », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 301.
- VERNIMMEN-VAN TIGGELEN G. et SURANO L.**, « Introduction », in G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, L. SURANO et A. WEYEMBERGH (éd.), *The future of mutual recognition in the European Union/ L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 9.
- VERVAELE J. A. E.**, « Le droit pénal européen : vers un droit pénal fédéral ? », in *Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris, Cujas, 2006, p. 1127.
- VLOGAERT J. et PESTA M.**, « OLAF: fighting fraud in the EU and beyond », in S. D. BROWN (éd.), *Combating international crime - The longer arm of the law*, Abingdon, Routledge, 2008, p. 77.
- VOGEL J.**, « Why is the harmonisation of penal law necessary ? A comment », in A. KLIP et H. VAN DER WILT (éd.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 2002, p. 55.
- VOGEL J.**, « La preuve transnationale dans le procès pénal : cadre pour la théorie et la pratique », in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 115.
- WEYEMBERGH A.**, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 141.
- WEYEMBERGH A.**, « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entr les États membres de l'Union européenne : mise en perspective », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 25.

- WEYEMBERGH A.**, « Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (ed.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 127.
- WEYEMBERGH A.**, « L'espace pénal européen : "épée" des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, et al., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 175.
- WEYEMBERGH A.**, « L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme : l'arrêt *Pupino* du 16 juin 2005 de la Cour de justice des Communautés européennes », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 45.
- WEYEMBERGH A.**, « La justice : bilan et perspectives en matière pénale », in C. KADDOUS et B. DUBEY (éd.), *D'amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 113.
- WEYEMBERGH A.**, « Transverse Report on Judicial control in Cooperation in Criminal Matters: The Evolution from Traditional Judicial Cooperation to Mutual Recognition », in K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, 1, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 945.
- WEYEMBERGH A. et DE BIOLLEY Se.**, « La Convention d'entraide de 2000 et l'interception des télécommunications », in L. ARROYO ZAPATERO et V. MORENO CATENA (éd.), *European criminal law: an overview. Obtaining evidence in the area of freedom, security and justice, Volume 3*, Ciudad Real, Universidad Castilla-La Mancha, 2010, p. 257.
- WEYEMBERGH A. et RICCI V.**, « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 227.
- WEYEMBERGH A. et RICCI V.**, « Les interactions dans le secteur de la coopération judiciaire : le mandat d'arrêt européen », in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA, *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 203.
- ZAPPALA E.**, « Présomption d'innocence entre "intime conviction" et "beyond reasonable doubt" », in *Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et sciences criminologiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p. 345.

## B. Articles

- ALBRECHT P.-A. et BRAUM S.**, « Deficiencies in the Development of European Criminal Law », *European Law Journal*, vol. 5, n° 3, sept. 1999, p. 293.
- AMBROISE-CASTEROT C.**, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité », *AJ Pénal*, vol. 7-8, 2005.
- DE ANGELIS F.**, « L'Espace Judiciaire Pénal Européen : Une Vision se Concrétise », *ERA-Forum*, n° 12, 2011, p. 43.
- D'ARGENT P.**, « Arrêt "Kadi" : le droit communautaire comme droit interne », *Journal de droit européen*, n° 153, 2008, p. 265.
- ASHWORTH A.**, « Re-drawing the boundaries of entrapment », *Criminal Law Review*, mars 2002, p. 161.

- ASHWORTH A.**, « Four threats to the presumption of innocence », *The international journal of evidence and proof*, vol. 10, 2006, p. 241.
- BADINTER R.**, « De la demande de liberté à l'exigence de sécurité », *Le Débat*, n°143, 2007.
- BEERNAERT M.-A.**, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2007, p. 81.
- BEERNAERT M.-A.**, « *Salduz* et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires de police », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 971.
- BEERNAERT M.-A., CHARRIÈRE-BOURNAZEL C. et JEANNERET Y.**, « Les suites de l'arrêt *Salduz* en droit belge, français et suisse », *Rev. Trim. D.H.*, vol. 90, 2012, p. 241.
- BELFIORE R.**, « Movement of Evidence in the EU: The Present Scenrio and Possible Future Developments », *European journal of crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 17, 2009, p. 1.
- BERNEMAN, S.**, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2007, p. 298.
- BENOIT-ROHMER F.**, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. Trim. D.H.*, n° 64, 2005, p. 827.
- BLUMANN C.**, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 11.
- DE BIOLLEY Se.**, « Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne - Les débuts : acquis de Schengen », *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 23.
- DE BIOLLEY So.**, « La visioconférence pénale. État des lieux des pratiques et des recherches scientifiques en Europe et en Belgique », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2010, p. 1096.
- DE BIOLLEY So.**, « La vidéo-comparution en Belgique : une solution sans problème », *Déviance et société*, vol. 37, 2013, p. 305
- BLACKSTOCK J.**, « Procedural Safeguards in the Européen Union: a Road well travelled? », *EuCLR*, vol. 2, n° 1, 2012, p. 20.
- BLUMANN C.**, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 11.
- BONFILS P.**, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 122.
- BOT Y.**, « Table ronde vers une procédure pénale européenne. Faut-il un code de procédure pénale européen ? », *R.I.D.P.*, vol. 82, n° 1, 2011, p. 153.
- BOUDOT J. et GRAZZINI B.**, « La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique », *AJ Pénal*, 2012, p. 512.
- BOULOC B.**, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC*, Vol. 2, avr.-juin, 1991, p. 221.
- BRAUM S. et COVOLO V.**, « Le droit pénal européen et l'échange de renseignements en matière fiscale : conséquences sur le secret bancaire en droit luxembourgeois », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 20, 2010, p. 73.
- BRIBOSIA E. et DE SCHUTTER O.**, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, n° 6005, 24 mars 2001, p. 281.
- BRKAN M.**, « L'arrêt *Melloni* : nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2013, p. 142.

- DE BUCK B.**, « Joint Investigation Teams: The participation of Europol officials », *ERA-Forum*, vol. 8, 2007, p. 253.
- BULLIER A. J. et PANSIER F.-J.**, « Proof and evidence : le preuve pénale en droit français et anglais », *Gaz. Pal.*, 8 juil. 1993, p. 887.
- DE BUSSER E.**, « The Data Protection Gap - From Private Databases to Criminal Files », *Eu crim*, n° 1, 2013, p. 17.
- CADOPPI A.**, « Towards a European Criminal Code? », *European journal of crime, Criminal law and Criminal Justice*, vol. 4, n° 1, 1996, p. 2.
- CAVOUKIAN A. et HESLEGRAVE R.**, « The Admissibility of Polygraph Evidence in Court: Some Empirical Findings », *Law and Human Behavior*, Vol. 4, 1980, p. 117.
- CÉDRAS J.**, « La spécificité du juge d'instruction français au sein des procédures pénales européennes », *R.I.D.P.*, vol. 81, 2010, p. 233.
- CHALUS D.**, « La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé », *Revue Juridique Thémis*, 43-2, 2009, p. 321
- CHARPENTIER J.**, « Vers un espace judiciaire européen », *Annuaire français de droit international*, vol. 24, 1978, p. 927.
- CHEVALLIER J.-Y.**, « Rapport de synthèse pour les pays d'Europe continentale », *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 43.
- CLAVERIE-ROUSSET C.**, « The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States », *EuCLR*, vol. 2, 2013, p. 152.
- DE CODT J.**, « Preuve pénale et nullité », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 634.
- COHEN S.**, « Pourquoi les démocraties en guerre contre le terrorisme violent-elles les droits de l'homme », *Critique internationale*, 2008, n° 41, p. 9.
- COLSON R.**, « La fabrique des procédures pénales - Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive », *RSC*, n° 2, 2010, p. 365.
- CONTE P.**, « Les galeux de la République – À propos de 'l'affaire d'Outreau' », *JCP*, n° 1, 11 jan. 2006, I.
- CONTE P.**, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », étude n°8, *Droit pénal*, n°4, avril 2009.
- CORTENS G.**, « Le droit néerlandais », *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 273.
- COVOLO V.**, « Et la judiciarisation de l'espace pénal européen fut... Mais où se cache le juge pénal européen ? », *Cahiers de droit européen*, n° 1, 2011, p. 103.
- DANET J.**, « Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité », *Archives de politique criminelle*, n° 25, 2003, p. 37.
- DANET J.**, « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ Pénal*, n° 4, 2005, p. 133.
- DANJAUME G.**, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 153.
- DEBOVE F.**, « Qui soustrait des preuves se soustrait à rude épreuve », *Petites affiches*, n°191, sept. 2004, p. 14.
- DEFERRARD F.**, « La provocation », *RSC*, 2002, p. 233
- DEFOSSEZ A.**, « La consécration de la Charte des droits fondamentaux », *RFDL*, n° 2, 2008, p. 233.
- DELMAS-MARTY M.**, « La preuve pénale », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 23, 1996, p. 53.

- DELMAS-MARTY M. et IZORCHE M.-L.**, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, déc. - oct. 2000, p. 753.
- DEMANET G.**, « Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1997, p. 809.
- DEMARCHI J.-R.**, « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil de protection transnationale du justiciable », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2012.
- DEVOLVÉ P.**, « Sécurité et sûreté », *RFDA*, n° 6, 2011, p. 1085.
- DUCOULOUX-FAVARD C.**, « Urgence pour une coopération judiciaire en matière pénale », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2320.
- DULONG R.**, « La complexité de l'aveu », *Revue de la Gendarmerie nationale*, n° 201, 4<sup>ème</sup> trim. 2001, p. 108
- EATWELL T. et SARGEANT C.**, « Criminal law, evidence and procedure », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n° 2(1), 2013, p. 86.
- ELSEN C.**, « Le rôle des accords de Schengen dans la construction européenne », *ERA-Forum*, 2011, p. 69.
- ELVINGER A.**, « Le triomphe du droit et des droits fondamentaux - Du contrôle de la légalité des pièces au contrôle du procès équitable - La portée juridique des décisions rendues à la suite de l'"Affaire KB" », *Bulletin Droit et Banque*, n° 48, 2011, p. 29.
- EPP J. A.**, « Achieving the aims of the disclosure scheme in England and Wales », *The international journal of evidence and proof*, n°5, 2001, p. 188.
- FERGUSON P. R.**, « Repercussions of the Cadder case: the ECHR's fair trial provisions and Scottish criminal procedure », *Criminal Law Review*, n° 10, 2011, p. 743.
- FLETCHER M.**, « Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings Against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge », *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 5, 2003, p. 269.
- FLORE D.**, « La perspective d'un procureur européen », *ERA-Forum*, vol. 9, 2008, p. 229.
- GALLAGHER P.**, « Future developments in judicial cooperation in criminal matters », *ERA-Forum*, n° 9, 2009, p. 495.
- GALLI F.**, « Droit pénal de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, n° 189, 2012, p. 161.
- GARRIGOS-KERJAN M.**, « La tendance sécuritaire dans la lutte contre le terrorisme », *Archives de politique criminelle*, n° 28, 2006, p. 187.
- GEORGET V.**, « À propos des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010 : garde à vue et Convention européenne des droits de l'homme », *Droit pénal n° 11*, nov. 2010, dossier 12.
- GERKRATH J.**, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 31.
- GERKRATH, J.**, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *Rev. Trim. D.H.*, n° 67, 2006, p. 705.
- GIRAULT C.**, « L'extension du principe de loyauté à la preuve obtenue à l'étranger », *Dalloz actualités*, 15 mars 2007.
- GIUDICELLI-DELAGE G.**, « Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées : Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France. », *Archives de politique criminelle*, vol. 1, n° 26, 2004, p. 139.
- GLESS S.**, « Truth or Due Process? The Use of Illegally Gathered Evidence in Criminal Trials », 2010, p. 672, article disponible à l'adresse suivante :

[https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136\\_4c8e1c0006a39.pdf](https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136_4c8e1c0006a39.pdf)

- GOGORZA A.**, « Le rôle de la CJUE en matière pénale », *Droit pénal*, n° 10, étude 26, oct. 2010.
- GOMEZ COLOMER J. L. et GONCALVEZ F.**, « La procédure pénale face au principe accusatoire : la position adoptée par le Ministère public en Espagne et dans les principaux pays latino-américains », *R.I.D.P.*, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trim., 1997, p. 61.
- GREVLING K.**, « Fairness and the exclusion of evidence under section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act », *Law Quarterly Review*, n°113, 1997, p. 667.
- GUERRIN M.**, « Le témoin anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 49, 2002, p. 45.
- GULLY-HART P.**, « Cooperation between central authorities and police officials : the changing face of international legal assistance in criminal matters », *R.I.D.P.*, vol. 76, n° 1, 2005, p. 27.
- HERVIEU N.**, « Conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme : les britanniques ont tiré les premiers », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 mars 2012.
- HOFFMANN J.-P.**, « L'Évolution de la coopération judiciaire en matière pénale », *Bulletin de cercle François Laurent*, vol. 3, 1999, p. 53
- HOLLINGER M.-F.**, « Qui sont les ARP ? », Dossier : Investigations privées en marge de l'enquête, *AJ Pénal*, n°11, nov. 2009, p. 440.
- HÜNERFELD P.**, « Le droit allemand », *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 57.
- HUNTER M.**, « Judicial discretion: Section 78 in practice », *Criminal Law Review*, 1994, p. 558.
- IJZERMAN A.**, « From the CATS portfolio: The European evidence warrant », in J. A. E. VERVAELE, *European Evidence Warrant - Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 5.
- JACOBS A.**, « Le polygraphe et les exigences de la preuve en matière pénale », *J.L.M.B.*, n° 6, 2001, p. 267.
- JACOBS A.**, « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *R.I.D.P.*, vol. 83, 2012, p. 43.
- JACOBS A. et MICHIELS O.**, « La 'loi *Saldus*' confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle », *J.L.M.B.*, n° 9, 2013, p. 558.
- JÉGOUZO I.**, « Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne », *R.I.D.P.*, 2006, n° 77, p. 97.
- DE KERCHOVE G.**, « Brèves réflexions sur la coopération policière au sein de l'Union européenne », *RSC*, 2004, p. 553.
- VAN DE KERCHOVE M.**, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, vol. 24, n° 1, 2000, p. 95.
- KETTELS A.**, « L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès pénal sur un mode plus accusatoire », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 989.
- KÉFER F.**, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *Revue de droit social*, n° 2, 2013, p. 195.
- KUTY F.**, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », *Revue critique de jurisprudence belge*, 4<sup>ème</sup> trim. 2004, p. 408.
- KUTY F.**, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, n°6182, 21 mai 2005.

- KUTY F.**, « L'exigence de la loyauté dans la recherche de la preuve pénale », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, p. 254.
- DE LA SERRE**, « Une Europe ou plusieurs ? », *Politique étrangère*, vol. 64, 1999, p. 21.
- LABAYLE H.**, « L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale », *RSC*, n° 1, 1995, p. 35
- LABAYLE H.**, « La coopération judiciaire en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale », *RTD Eur*, n° 1, 1997, p. 1.
- LABAYLE H.**, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD Eur*, 1997, p. 813
- LABAYLE H.**, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, n° spécial, 20 juil. - 20 août 1998.
- LABAYLE H.**, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTD Eur*, 2006, p. 1.
- LABAYLE H.**, « Judicialisation, droits fondamentaux et espace pénal européen », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)/Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, vol. 4, 2012, p. 351.
- LABAYLE H.**, « Within you, without you : l'opt-out britannique en matière d'entraide répressive », *Europe*, n° 2, étude 2, fév. 2013.
- LABREGÈRE P.**, « L'audition à distance, une nouvelle forme d'entraide judiciaire », *Droit pénal*, août-sept. 1997, p. 4.
- DE LAMY B.**, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Recueil Dalloz* 2004, p. 1910.
- DE LAMY B.**, « La Cour européenne des droits de l'homme, protectrice des droits fondamentaux », étude 12, *Droit pénal*, n° 9, sept. 2011.
- LAZERGES C.**, « La dérive de la procédure pénale », *RSC*, 2003, p. 644.
- LAZERGES C.**, « La présomption d'innocence en Europe », *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 127.
- LELIEUR J.**, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *RSC* 2011, n° 1, p. 1.
- LENAERTS K.**, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *Cahiers droit européen*, n° 5-6, 2009, p. 712.
- LETURMY L.**, « L'expertise pénale », *AJ Pénal*, n° 2, fév. 2006, p. 58.
- LIGETI K.**, « Rules on the Application of ne bis in idem in the EU – Is Further Legislative Action Required ? », *Eucrim*, n° 1-2, 2009, p 37 et s.
- LIGETI K. et SIMONATO M.**, «The European Public Prosecutor's Office : Towards a Truly European Prosecution Service», n° 1-2, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, 2013, p. 7.
- LOOF R.**, « Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad - a Defence Perspective on Cross-border Evidence », *Criminal Law Review*, 2011, n° 1, p. 40.
- McEWAN J.**, « The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union », *ERA-Forum*, vol. 10, 2009, p. 369.
- MAGNO T.**, «The Pupino Case: Background in Italian Law and consequences for the national judge», *ERA-Forum*, vol. 8, 2007, p. 215.
- MALABAT V.**, « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », *Droit pénal*, n° 12, déc. 2004.
- MALABAT V.**, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal.- Rapport de synthèse », *Droit pénal*, n° 9, étude 17, sept. 2006.
- MALABAT V.**, « Droit pénal et droits fondamentaux », *Droit pénal*, n°9, sept. 2011, repère 8.

- MANACORDA S.**, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », *RSC*, 2006, p. 881.
- MANACORDA S.**, « Le droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice ? », *RSC*, oct.-déc., 2010, p. 945.
- MANACORDA S.**, « "L'âge de la maturité" : stabilisation et traits conservateurs dans la politique pénale de l'Union européenne », *RSC*, oct.-déc. 2012, p. 931.
- MANSELL D.**, « The European Arrest Warrant and Defence Rights », n° 1, *EuCLR*, vol. 2, 2012, p. 36.
- MARTY M.**, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne - Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne », *Jurisdiction*, n° 7, 2011.
- MATSOPOULOU H.**, « L'illégalité des surveillances par « géolocalisation » autorisées par le ministère public », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 115.
- MAUBERNARD C.**, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *Revue des affaires européennes*, n° 1, 2006, p. 65.
- MAURO C.**, « La suppression du juge d'instruction : éléments de droit comparé », *AJ Pénal*, n° 10, 2010, p. 433.
- MILANO L.**, « L'équité procédurale n'a pas de frontière », *JCP*, n°47, 21 nov. 2011, veille, p. 1292.
- MIRFIELD, P.**, « Successive confessions and the poisonous tree », *Criminal Law Review*, août 1996, p. 554.
- MIRFIELD P.**, « Regulation of Investigatory Powers Act 2000: Part2: evidential aspects », *Criminal Law Review*, fév. 2001, p. 91.
- MOLINA, E.**, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC*, 2002, p. 263.
- LO MONACO A.**, « Les instruments juridiques de coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », *RSC*, n° 1, 1995, p. 11.
- MORGAN C.**, « Proposal for a Framework Decision on procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union », *ERA-Forum*, vol. 4, 2003, p. 91.
- MORGAN C.**, « Le rapprochement des procédures pénales - Procedural safeguards », *R.I.D.P.*, vol. 77, 2006, p. 307.
- MUCHEMBLED R.**, « Outreau : un procès en sorcellerie de notre temps », *Le Débat*, n°143, 2007, p. 63.
- NASH, S.**, « The admissibility of evidence in extradition proceedings: R v Governor of Brixton Prison, ex parte Levin », *The international journal of evidence and proof*, 1998, n° 2, p. 198.
- NASH, S.**, « The admissibility of witness statements obtained abroad: R v Radak », *The international journal of evidence and proof*, 1999, n° 3, p. 195.
- DE NAUW A.**, « Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1990, p. 705.
- NOIRHOMME C.**, « La loi *Salduz* à l'épreuve de la Cour constitutionnelle », *J.T.*, n° 6524, 2013, p. 413.
- NUNZI, A.**, « European police Office – Europol », *R.I.D.P.*, 2006, n° 77, p. 285.
- ORMEROD D.**, « Entrapment: police officers posing as drug users », *Criminal Law Review*, avr. 2002, p. 301.



- ORMEROD D.**, « Improving the disclosure regime », *The international journal of evidence and proof*, n°7, 2003, p. 102.
- ORMEROD D.**, « Telephone intercepts and their admissibility », *Criminal Law Review*, jan. 2004, p. 15.
- ORMEROD D.**, « The evolution of the discretionary exclusion of evidence », *Criminal Law Review*, oct. 2004, p. 767.
- ORMEROD D.**, « 'Fruits of the poisoned tree': discovery of physical evidence after suspect questioned without warning », *Criminal Law Review*, déc. 2004, p. 1061.
- PADOVA Y .**, « À la recherche de la preuve absolue - Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques », *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 71
- PANDO A.**, « Affaires des fichiers volés HSBC : la Cour de cassation confirme l'annulation des perquisitions fiscales », *Petites affiches*, n°43, 29 fév. 2012, p. 3.
- PEERS S.**, « The Proposed European Investigation Order », Statewatch analysis, p. 6, disponible à l'adresse <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-eu-eio-update.pdf>
- PRADEL J.**, « Rapport général », *R.I.D.P.*, vol. 63 - La preuve en procédure pénale comparée, 1992, p. 13.
- PRADEL J.**, « Inquisiteur - Accusatoire : une redoutable complexité », *R.I.D.P.*, 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trim., 1997, p. 217.
- PRADEL J.**, « Les grandes tendances de l'eupéanisation des systèmes pénaux nationaux », n° 3-4, *Les cahiers de Droit*, vol. 50, 2009, p. 1015.
- PRADEL J.**, « De la géolocalisation en procédure pénale. À la recherche d'un statut », *JCP* n°3, 20 jan. 2014, étude n° 77.
- PUIGELIER C. et TIJUS C.**, « L'hypnose en tant que moyen de preuve », *Revue générale de droit médical*, n°8, 2002, p. 137.
- PURENNE A. et AUST J.**, « Piloter la police par les indicateurs ? Effets et limites des instruments de mesure des performances », *Déviance et société*, 2010, vol. 34, n° 1, p. 7.
- ROUSSEL P.**, « L'emploi de l'informatique dans l'administration de la preuve », *Droit pénal*, n° 9, étude 11, sept. 2005.
- DE RUE M.**, « La loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête : premiers commentaires », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 9-10, 2003, p. 1107.
- SAINT-PIERRE F.**, « L'avocat face au dossier de la procédure », *AJ Pénal*, 2007, p. 304.
- SALVAT X.**, « Actualité de la garde à vue : des précisions et des nouveautés », *RSC*, 2012, p. 887.
- SERZYSKO A.**, « Eurojust and the European Judicial Network on a new legal basis », *ERA-Forum*, vol. 11, 2011, p. 585.
- SCHRAMECK O.**, « Sécurité et liberté », *R.F.D.A.*, n° 6, 2011, p. 1093.
- DE SCHUTTER O.**, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *Rev. Trim. D.H.*, n° 83, 2010, p. 535.
- SIMON D.**, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : 'Je t'aime, moi non plus' ? », *Pouvoirs*, n° 96, 2001, p. 31.
- SIMON D.**, « Il y a toujours une première fois'. - À propos de la décision 2013-314 QPC de Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », étude 5, *Europe*, n° 5, mai 2013.
- SPENCER J. R.**, « Les limites en matière de preuve - Aspects actuels », *RSC*, 1992, p. 41.
- SPENCER, J. R.**, « The Concept of 'European Evidence' », *ERA-Forum*, 2003, vol. 4, n° 2, p. 29.

- SPENCER J. R.**, « An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence-Gathering », *ERA-Forum*, Special Issue, 2005, p. 28.
- SPENCER, J. R., DELEUZE, B. et VORMS, D.**, « La preuve : une question inclassable », *Archives de politique criminelle*, 1993, n° 13, p. 37.
- STOJANOVSKI V.**, « Procedural Rights of Persons under Investigation by OLAF », *Eucrim*, n° 3, 2011, p. 127.
- STEIN S.**, « Le principe ne bis in idem dans l'Union européenne », *AJ Pénal*, 2011, p. 443.
- STONE R.**, « Exclusion of Evidence under Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act: Practice and principles », *Web Journal of Current Legal Issues*, n°3, 1995.
- SUSINI J.**, « Place et portée du polygraphe dans la recherche de la vérité », *R.I.D.P.*, 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> trim., 1972, p. 255.
- SUSINI J.**, « Enquête - Interrogatoire - Aveu (Première partie : Les racines) », *RSC*, n° 4, 1978, p. 693.
- SUSINI J.**, « Aspects modernes de l'aveu (Une authentique problématique policiologique) », *RSC*, n° 1, 1984, p. 817.
- TALEB A.**, « Les procédures de guilty plea : plaider pour le développement des formes de justice 'négociée' au sein des procédures pénales modernes », *R.I.D.P.*, vol. 83, 2012, p. 89 et s.
- TAUPIAC-NOUVEL G.**, « La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux en matière répressive », *Droit pénal*, n° 9, étude 13, 2011.
- THOMAS D, BOSCH V., GAVALDA C., et al.**, « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *Archives de politique criminelle*, vol. 1, n° 26, 2004, p. 113.
- THOMAS J.**, « The principle of mutual recognition - Success or failure? », *ERA-Forum*, vol. 13, n° 4, mai 2013, p. 585.
- THOUVENIN J.-M.**, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'autonomie du droit de l'Union européenne en débat », *Petites affiches*, n° 22, 1<sup>er</sup> fév. 2010, p. 11.
- TRAVAILLOT F.**, « L'assistance mutuelle dans l'Union européenne - La pratique française », *ERA-Forum*, Special issue, 2005, p. 76.
- TRUCHE P.**, « Introduction à l'article préliminaire du code de procédure pénale », *Archives de politique criminelle*, 2001, n° 23, p. 7.
- TULKENS F. et DONNAY L.**, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme - Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, n° 1, 2006, p. 3.
- VANDERMEERSCH D.**, « La loi *Salduz* - Salduz, vers une nouvelle ère ? », *J.T.*, 2011, p. 861.
- VERGEZ-CHAIGNON B.**, « L'affaire d'Outreau 2000-2006 », *Le débat*, n°163, 2007, p. 79.
- VERMEULEN G.**, « EU Conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters », *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 59.
- VERVAELE J. A. E.**, « Régulation au sein de l'État providence. La fonction 'bouclier' et la fonction 'épée' de droit pénal en déséquilibre », *Déviante et société*, vol. 21, n° 2, 1997, p. 121.
- VERVAELE J. A. E.**, « Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme », *Utrecht Law Review*, vol. 5, n° 2, oct. 2009, p. 66.
- VOULAND P.**, « L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve », *AJ Pénal* 2005, p. 275.
- WEYEMBERGH A.**, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, p. 37.

- WEYEMBERGH A.**, « Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *Cahiers de droit européen*, n° 3-4, 2004, p. 337.
- WEYEMBERGH A.**, « Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales », *R.I.D.P.*, vol. 77, n° 1, 2006, p. 185.
- WEYEMBERGH A.**, « Coordination and initiation of investigations and prosecutions through Eurojust », *ERA-Forum*, vol. 14, 2013, p. 177.
- WEYEMBERGH A., DE HERT P. et PAEPE P.**, « L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons », *Rev. Trim. D.H.*, n° 69, 2006, p. 269.
- WHITE R. M.**, « Sins of the father? The 'sons of Cadder' », *Criminal Law Review*, n° 5, 2012, p. 357.
- WHITE S.**, « A Decentralised European Public Prosecutor's Office - Contradiction in Terms or Highly Workable Solution? », *Eu crim*, vol. 2, 2012, p. 67.
- WILLIAMS C.**, « The European Evidence Warrant: the Proposal of the European Commission », *ERA-Forum*, Special Issue, 2005, p. 17.
- WILLIAMS C.**, « The European evidence warrant », *R.I.D.P.*, n° 77, 2006, p. 155.
- YOUNG D.**, « Scotland and the Supreme Court », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n° 2(1), 2013, p. 67.
- ZIMMERMANN F., GLASER S. et MOTZ A.**, « Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order », *European Criminal Law Review*, n° 1, 2011, p. 56.

### C. Observations et commentaires sous arrêt.

- ASCENCI L.**, « Retour sur le principe de loyauté de la preuve », *AJ Pénal*, 2012, p. 346, sous Cass. crim., 7 mars 2012.
- BACHELET O.**, « Conventioannalité de la déclaration de soupçon imposée aux avocats », *Dalloz actualités*, 12 sept. 2012, sous CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*.
- BEERNAERT M.-A.**, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 25/2005, obs. sous Cass. 2 mars 2005.
- BLOMBLED M.**, « Surveillance par géolocalisation : une ingérence nécessitant le contrôle d'une juge », *Dalloz actualités* du 5 nov. 2013, sous Cass. crim., 22 oct. 2013.
- BUISSON J.**, « Principe de loyauté dans la recherche des preuves et constat des infractions », *RSC*, 2003, p. 393, sous Cass. Crim., 6 mai 2012
- COLLET-ASKRI L.**, « La chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... », *Recueil Dalloz*, 2003 p. 1309, à propos de l'arrêt du 11 juin 2002.
- DARSONVILLE A.**, « Les limites au principe de la liberté de la preuve pour les parties », *Dalloz actualités*, 6 juin 2007, Cass. crim., 24 avr. 2007
- DELOSCH E.**, « Dans un État de droit, la fin ne justifie pas les moyens ou la loyauté de la preuve », *Bulletin droit et banque*, n° 40, 2007, p. 49, comm. sous CA Luxembourg, 28 fév. 2007.
- GARÉ T.**, « L'admission de la preuve illégale : la Chambre criminelle persiste et signe », note sous Cass. crim., 30 mars 1999.
- JACOBS A. et MICHIELS O.**, « La 'loi Salduz' confirmée et améliorée par la Cour constitutionnelle », *J.L.M.B.*, n°9, 2013, p. 558, sous Cour Cons., 14 fév. 2013.

- KENNES L.**, « Le procès équitable sous l'angle du droit au silence et de l'admissibilité de la preuve irrégulière au cours du procès pénal », *Rev. Trim. D. H.*, n° 82, avr. 2010, p. 385, sous CEDH, 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*.
- KUTY F.**, « Regards sur la provocation policière et ses conséquences », *J.T.* n°5909, 1999, p. 10, note sous Liège (4<sup>ème</sup> ch. corr.), 19 mai 1998.
- LABAYLE H.**, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, 2013, p. 461, note sous Cons. Const., 4 av. 2013, QPC n° 2013-314 P.
- MARON A. et HAAS M.**, « On ne peut laver de sales draps avec le droit propre d'un tiers », *Droit pénal* n° 4, avril 2012, sous Cass. crim., 14 févr. 2012.
- MASCALA C.**, « Le juge répressif doit apprécier la valeur probante des moyens de preuve produits par les parties même obtenus de manière illicite ou déloyale », note sous Cass. crim., 15 juin 1993.
- MICHIELS O.**, « Le principe de la preuve unique ou déterminante », *Rev. Trim. D.H.*, n° 91, 2012, p. 693, sous CEDH, 15 déc. 2011, *Al-Khawaja et Tabery c. Royaume-Uni*.
- MONVILLE P.**, « Commission rogatoire internationale : que reste-t-il du contrôle de la régularité de la preuve pénale recueillie à l'étranger ? », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, p. 721, note sous Cass. 13 mars 2002.
- PRADEL J.**, « Principe Ne bis in idem, poursuites successives de nature différente et Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* du 30 juil. 2004, p. 2014, sous CEDH, 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*.
- VERGÈS E.**, La géolocalisation : une preuve pénale licite ?, note sous Cass. crim., 21 nov. 2011, Les inédits de l'AFDP, disponible sur <http://www.francepenal.org/#!doctrine>, consulté le 14 fév. 2013.

#### IV. RAPPORTS, COMMUNICATIONS, AVIS

##### A. Sources nationales

- La mise en état des affaires pénales, rapport de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », Éd. La documentation française, 1991.
- Rapport Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, de la Law Commission du 19 juin 1997.
- Rapport du Sénat n° LC 122, « Le plaider coupable », Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, mai 2003.
- La Cour de cassation et la construction juridique européenne, Publications de la Cour de Cassation, Rapport annuel 2006, La documentation française.
- Rapport du Sénat n° LC 195, « L'instruction des affaires pénales », Les documents de travail du sénat, Série Législation comparée, mars 2009.
- Rapport du Sénat n° LC 204, « La garde à vue », Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, déc. 2009.

##### B. Sources supranationales.

###### 1. Communications et communiqués de presse.

- Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, les 27 et 28 oct. 2011, Session 3121.
- Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, les 13 et 14 déc. 2011, Session 3135.
- Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, le 27 mars 2013, IP/13/284.
- Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, le 9 avril 2013, IP/13/309.
- Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles le 27 nov. 2013, IP/13/1157.
- Commission européenne, « European Parliament committee backs Commission proposal for a European Public Prosecutor's Office », Bruxelles, 11 fév. 2014, MEMO/14/102.
  
- Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon), *JOCE* n° C 256 du 3 oct. 1980.
- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 26 juil. 2000 sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales dans le domaine pénal, COM(2000) 495 final.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, et au Comité économique et social européen, Vers une stratégie en matière d'e-Justice, Bruxelles, le 30 mai 2008, COM(2008)0329 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, Bruxelles, le 10 juin 2009, COM(2009) 262 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions « Améliorer la gouvernance de l'OLAF et renforcer les garanties procédurales dans le cadre des enquêtes : une approche graduelle destinée à accompagner la création du Parquet européen », Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 533 final.

## 2. Rapports.

- Rapport de la Commission fondé sur l'article 14 de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, Bruxelles, 22 déc. 2008, COM(2008) 885 final.
- Rapport final sur le premier exercice d'évaluation consacré à l'entraide judiciaire en matière pénale, *JOCE* n° 216 du 1<sup>er</sup> août 2001, p. 21.

## 3. Programmes, plan d'action et résolutions.

- Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice - Texte adopté par le Conseil justice et affaires intérieures du 3 décembre 1998, *JOCE* n° C 19 du 23 jan. 1999, p. 1.
- Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JOCE* n° C 12 du 15 jan. 2001, p. 10.

- Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *JOUE* n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1.
- Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, *JOUE* n° 198 du 12 août 2005, p. 1.
- Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, *JOUE* n° C 115 du 4 mai 2010, p. 1.
  
- Résolution du Conseil du 17 janvier 1995 relative à l'interception légale des télécommunications, *JOCE* n° C 329 du 4 nov. 1996, p. 1.
- Résolution du Conseil du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale, *JOCE* n° C 327 du 07 déc. 1995 p. 5.
- Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° C 295, du 4 déc. 2009, p. 1.
- Résolution du Parlement européen du 22 octobre 2009 sur l'état d'avancement du système d'information Schengen de deuxième génération et du système d'information sur les visas, *JOUE* n° C 265 E du 30 sept. 2010, p. 1.
- Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° C 295, du 4 déc. 2009, p. 1.
- Résolution du Conseil du 26 fév. 2010 relative à un modèle d'accord pour la création d'une équipe commune d'enquête, *JOUE* n° C 70, p. 1.

#### 4. Livres verts.

- Commission européenne, Livre vert relatif aux garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 19 fév. 2003, COM(2003) 75 final.
- Commission européenne, livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Bruxelles, le 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final, p. 6.

#### 5. Propositions législatives et travaux préparatoires.

- Commission européenne, proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuve, Bruxelles, 14 nov. 2003, COM(2003) 688 final, p. 6.
- Commission européenne, Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, Bruxelles, le 28 avr. 2004, COM(2004) 328 final, 2004/0113 (CNS).
- Commission européenne, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation and Training (Europol) and repealing Decisions 2009/371/JHA and 2005/681/JHA, Bruxelles, le 27 mars 2013, COM(2013) 173 final 2013/0091 (COD).
- Commission européenne, proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP).

- Commission européenne, proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust), Bruxelles, le 17 juil. 2013, COM(2013) 535 final 2013/0256 (COD).
- Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale, Bruxelles, le 29 avril 2010, Dossier interinstitutionnel : 210/0817 (COD), 9145/10 COPEN 115 CODEC 363 EUROJUST 47 EJN 12.
- Conseil de l'Union européenne, Initiative du Royaume de Belgique, de la République de Bulgarie, de la République d'Estonie, du Royaume d'Espagne, de la République d'Autriche, de la République de Slovénie et du Royaume de Suède en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, Bruxelles, le 21 mai 2010, Dossier interinstitutionnel : 2010/0817(COD), 9288/10 COPEN 117 EUROJUST 49 EJN 13 CODEC 384 PARLNAT 13.
- Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale – Exposé des motifs, Bruxelles, le 3 juin 2010, Dossier interinstitutionnel 2010/0817(COD) 9288/10 ADD1, COPEN 117 EUROJUST 49 EJN 13 PARLNAT 13 CODEC 384.
- Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Amendements au projet de rapport sur l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à la décision européenne d'enquête en matière pénale, 10 fév. 2012, 2010/0817(COD).
- Conseil de l'Union européenne, Suggestions en vue du trilogue du 11 juin 2013, Bruxelles, 24 mai 2013, Dossier interinstitutionnel 2010/0817 (COD), 9747/13 COPEN 79 EUROJUST 38 EJN 33 CODEC 1131, p. 6.
- Conseil de l'Union européenne, Approval of a package of the main elements in the file in view of its final agreement, Interinstitutional File 2010/0817 (COD), COPEN 165 EUROJUST 95 EJN 67 CODEC 2348, Bruxelles, le 25 octobre 2013.
- Comité directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH), Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté à Strasbourg, les 25-28 juin 2002.
- Conseil de l'Europe, Rapport de la cinquième réunion de négociation entre le CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport final au CDDH, Strasbourg, le 10 juin 2013.

## V. LÉGISLATION et CONVENTION.

### A. Législation nationale.

#### 1. Française.

- Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, *JO* n° 162 du 13 juil. 1991, p. 9167.
- Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JO* n° 244 du 20 oct. 1999 p. 15647.
- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, *JO* n° 138 du 16 juin 2000, p. 9038.
- Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* n°59 du 10 mars 2004, p. 4567.
- Loi n° 2011-392, du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, *JO* n°89 du 15 avril 2011, p. 6610.
- Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, *JO* n° 185 du 11 août 2011, p. 13744.

## 2. Belge.

- Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *Moniteur belge* du 14 août 1990, p. 15779.
- Loi du 28 novembre 2000 sur la criminalité informatique, *Moniteur belge*, du 3 fév. 2001. p. 2909.
- Loi sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, *Moniteur belge* du 24 déc. 2004, p. 87565.
- Loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive afin de conférer des droits, dont celui de consulter un avocat et d'être assistée par lui, à toute personne auditionnée et à toute personne privée de liberté, *Moniteur belge* du 5 sept. 2011, p. 56347.

## 3. Anglaise.

- Magistrates' Courts Act 1980.
- Police and Criminal Evidence Act 1984.
- Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.
- Criminal Procedure and Investigations Act 1996 (CPIA).
- Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999.
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000.
- Police Reform Act 2002.
- Crime (International Co-operation) Act 2003.
- Criminal Justice Act 2003.
- Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008.
- Protection of Freedoms Act 2012.

## B. Législation de l'Union européenne.

- Acte du Conseil, du 26 juillet 1995, portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Européol), *JOCE* n° C 316, p. 1, modifié par la



- Action commune, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° L 105 du 27 avr. 1996, p. 1.
- Action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale, *JOCE* n° L 191 du 7 juil. 1998 p. 1-3.
- Action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, *JOCE* n° L 191 du 7 juil. 1998, p. 4-7, abrogée et remplacée par la décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *JOUE* n° L 348 du 24 déc. 2008, p. 130.
- Décision de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* n° L 136 du 31 mai 1999, p. 20.
- Règlements (CE) N° 1073/1999 du Parlement et du Conseil et (EURATOM) N° 1074/1999 du Conseil, du 25 mai 1999, relatifs aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), *JOCE* n° L 136 du 31 mai 1999, p. 1 et p. 8.
- Charte de droits fondamentaux, *JOCE* du 8 déc. 2000, n° C 364, p. 1.
- Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JOCE* n° L 82, du 22 mars 2001, p. 1
- Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, *JOCE* n° L 149 du 2 juin 2001 p. 1.
- Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 déc. 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), *JOCE* n° L 328 du 13 déc. 2001, p. 4.
- Décision du Conseil du 28 fév. 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOCE* n° L 063 du 6 mars 2002, p. 1.
- Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOCE* n° L 190 du 18 juil. 2002, p. 1.
- Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, *JOCE* n° L 162, du 20 juin 2002, p. 1.
- Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juil. 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, *JOUE* n° L 203 du 1<sup>er</sup> août 2002, p. 1.
- Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 nov. 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JOCE* n° L 328 du 5 déc. 2002, p. 1.
- Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des biens ou d'éléments de preuve, *JOUE* n° L 196 du 2 août 2003, p. 45.
- Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 31 juil. 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOUE* n° L 192, du 31 juil. 2003, p. 54.
- Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, *JOUE* n° L 335 du 11 nov. 2004, p. 8.
- Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 fév. 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, *JOCE* n° L 68, du 15 mars 2005, p. 49.

- Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *JOUE* n° L 328 du 6 déc. 2008, p. 28.
- Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 fév. 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, *JOUE* n° L 69 du 16 mars 2005, p. 67.
- Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 déc. 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *JOUE* n° L 381 du 28 déc. 2006, p. 4.
- Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *JOUE* n° L 328 du 6 déc. 2008, p. 55.
- Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 déc. 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, *JOUE* n° L 350 du 30 déc. 2008, p. 72.
- Décision du Conseil du 16 déc. 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, *JOUE* n° L 138 du 4 juin 2009, p. 14.
- Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol) (2009/371/JAI), *JOUE* n° L 121 du 15 mai 2009, p. 37.
- Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 280, du 26 oct. 2010, p. 1
- Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, *JOUE* n° L 142, du 1<sup>er</sup> juin 2012, p. 1.
- Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, *JOUE* n° L 294 du 6 nov. 2013, p. 1.
- Règlement (UE, EURATOM) N° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (Euratom) n° 1074/199 du Conseil, *JOUE* n° L 248 du 18 sept. 2013, p. 1.

### C. Conventions internationales.

- Convention pour assurer la répression des crimes et délits entre la Belgique et l'Espagne, signée à Bruxelles, le 17 juin 1870
- Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *STE* n°005, du 4 nov. 1950.
- Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avr. 1959, *STE* n° 030
- Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale, signé le 27 juin 1962
- Convention européenne pour la répression des infractions routières du Conseil de l'Europe, du 30 nov. 1964, *STE* n° 052

- Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, signé à Bruxelles le 27 juin 1962, Luxembourg Mémorial A n° 13 du 22 mars 1965.
- Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 17 mars 1978, *STE* n° 099
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, à New York.
- Accord entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985, *JO* n° L 239 du 22 sept. 2000, p. 13–18.
- Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JO* n° L 239 du 22 sept. 2000 p. 19-62.
- Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du Conseil de l'Europe, du 8 nov. 1990, *STE* n° 141
- Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 nov. 2001, *STE* n° 198.
- Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe du 23 nov. 2001, *STE* n° 185

## VI. Jurisprudence.

### A. Cour EDH.

- *Lawless c. Irlande*, 1 juil. 1961 (fond), req. n° 332/57, Série A, n° 3 (*première décision de la Cour*),
- *Engels et autres c. Pays-Bas*, 28 juin 1976, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Série A, n° 22 (*définition de matière pénale*),
- *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 jan. 1978, req. n° 5310/71, Série A, n° 25 (*interdiction de la torture aux fins d'obtention de la preuve pénale*),
- *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avr. 1978, req. n° 5856/72, Série A, n° 26 (*interprétation évolutive de la Convention*),
- *Klass et autres c. Allemagne*, 6 sept. 1978, req. n° 5029/71, Série A, n° 28 (*surveillance secrète de la correspondance*),
- *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, 28 nov. 1978, req. n° 6210/73, 6877/75 et 7132/75, Série A, n°29 (*interprétation des actes de procédure*),
- *Sunday times c. Royaume-Uni* (n°1), 26 avr. 1979, req. n° 6538/74, Série A, n° 30 (« loi », *droit écrit et non écrit*),
- *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, Série A, n° 32 (*droit à bénéficier d'une aide juridictionnelle*),
- *Dungeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981, req. n° 7525/76, Série A n° 45 (*homosexualité et droit au respect de la vie privée*),
- *Pakelli c. Allemagne*, 25 avr. 1983, req. n°8398/78, Série A, n°64 (*droit à l'assistance d'un avocat*),

- Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, req. n° 8691/79, Série A, n° 82 (*clarté des mesures attentatoires à la vie privée*),
- Bönisch c. Autriche, 6 mai 1985, req. n° 8658/79, Série A, n°92 (*impartialité de l'expert*)
- Unterperntinger c. Autriche, 24 nov. 1986, req. n° 9120/80, Série A, n° 110 (*lecture à l'audience du témoignage anonyme*)
- Comm. EDH, 9 déc. 1987, *Tête c. France*, req. n° 11123/84, D.R. n° 54, p. 52 (*respect de la Convention EDH malgré l'obligation de mettre en œuvre un instrument supranational*),
- Schenk c. Suisse, 12 juil. 1988, req. n° 10862/84, Série A, n°147 (*refus d'exclure par principe une preuve illégalement recueillie*),
- Salabiaku c. France, 7 oct. 1988, req. n°10519/83, Série A, n° 141-A (*présomption de culpabilité*)
- Barberà, Messegue et Jabardo c. Espagne, 6 déc. 1988, req. n°10590/83, Série A n° 146 (*la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé*),
- Kostovski c. Pays-Bas, 20 nov. 1989, req. n° 11454/85, Série A, n°166 (*témoignage anonyme*),
- Kamasinski c. Autriche, 19 déc. 1989, req. n° 9783/82, Série A, n°168 (*étendue du droit à la traduction*),
- Huvig c. France, 24 avr. 1990, req. n°11105/84, Série A, n° 176-B (*écoutes téléphoniques et atteinte du droit au respect de la vie privée*),
- Kruslin c. France, 24 avr. 1990, req. n° 11801/85, Série A, n° 176-A (*écoutes téléphoniques et atteinte du droit au respect de la vie privée*),
- Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, 30 août 1990, req. n° 12244/86, Série A n° 182 (*motif de placement en détention provisoire*),
- Delta c. France, 19 déc. 1990, req. n° 11444/85, Série A, n° 191-A (*appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble*),
- Lüdi c. Suisse, 15 juin 1992, req. n°12433/86, Série A, n°238 (*témoignage anonyme, preuve unique ou déterminante*),
- Niemietz c. Allemagne, 16 déc. 1992, Série A, n°251-B (*perquisition du domicile d'un avocat*),
- Edwards c. RU, 16 déc. 1992, req. n° 13071/87, Série A, n° 247-B (*communication à la défense de tous les éléments importants de la procédure*),
- Funke c. France, 25 fév. 1993, req. n° 10828/84, Série A n° 256-A (*droit de se taire*),
- Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, req. n° 14307/88, Série A, n° 260-A (*répression et liberté de religion*),
- Ruiz-Mateos c. Espagne, 23 juin 1993, req. n° 12952/87, Série A, n° 262 (*discussion contradictoire des pièces produites par les parties*),
- Ankerl c. Suisse, 27 oct. 1993, Recueil de arrêts et des décisions, 1996-V (*égalité des armes-net désavantage*),
- Imbrioscia c. Suisse, 24 nov. 1993, req. n° 13972/88, Série A, n° 275 (*application de l'article 6 aux phases se déroulant avant la procédure de jugement*),
- Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 sept. 1994, req. n° 13470/87, Série A, n° 295-A (*répression du blasphème*),
- Murray c. Royaume-Uni, 28 oct. 1994, req. n°14310/88, Recueil des arrêts et des décisions 1996-I (*valeur probatoire du silence*),
- Allenet de Ribemont c. France, 10 fév. 1995, req. n° 15175/89, Série A, n° 308 (*présomption d'innocence*),
- Yagci et Sargin c. Turquie, 8 juin 1995, req. n° 16419/90, Série A, n° 319-A (*droits de la personne privée de liberté*),

- John Murray c. Royaume-Uni, 8 fév. 1996, req. n°14310/88, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-1 (*droit de se taire*),
- Lobo Machado c. Portugal, 20 fév. 1996, req. n° 15764/89, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-I (*discussion par les parties de toute pièce ou observation présentée au juge*),
- Doorson c. Pays-Bas, 26 mars 1996, req. n° 20524/92, Recueil des arrêts et décisions, 1996-II (*conditions de l'admission du témoignage anonyme*),
- Benhan c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, req. n°19380/92, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-III (*droit à l'assistance d'un avocat*),
- Lingens c. Autriche, 8 juil. 1996, req. n° 9815/82, Série A, n° 103 (*répression et liberté d'expression*),
- Miaillhe c. France (n° 2), 26 sept. 1996, req. n° 18978/91, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-IV (*appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble*).
- Saunders c. Royaume-Uni, 17 déc. 1996, req. n° 19187/91, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-VI (*droit de se taire*),
- Van Mechelen et autres c. Pays-Bas, 23 avr. 1997, req. n° 21363/93, Recueil des arrêts et des décisions, 1997-III (*la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et condition de l'admission du témoignage anonyme*),
- Vasilescu c. Roumanie, 2 mai 1998, req. n° 27053/95, Recueil des arrêts et des décisions, 1998-III (*dépendance du procureur à l'exécutif*),
- Teixeira de Castro c. Portugal, 9 juin 1998, req. n° 25829/94, Recueil des arrêts et des décisions, 1998-IV (*infiltration et provocation policière*),
- Matthews c. Royaume-Uni, 18 fév. 1999, req. n° 24833/94, Recueil des arrêts et des décisions, 1999-I (*respect de la Convention EDH malgré l'obligation de mettre en œuvre un instrument supranational*),
- Pelissier et Sassi c. France, 25 mars 1999, req. n° 25444/94, Recueil des arrêts et décisions, 1999-II (*appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble*),
- Selmouni c. France, 28 juil. 1999, req. n° 25803/94, Recueil des arrêts et décisions, 1999-V (*interdiction de la torture aux fins d'obtention de la preuve pénale*),
- Khan c. Royaume-Uni, 12 mai 2000, req. n° 35394/97, Recueil des arrêts et des décisions, 2000-V (*besoin de preuves corroborant une preuve illégale*)
- Van Pelt c. France, 23 mai 2000, req. n°31070/96 (*droit à l'assistance d'un avocat*),
- Morel c. France, 6 juin 2000, req. n° 34130/96, Recueil des arrêts et des décisions, 2000-VI (*discussion par les parties de toute pièce ou observation présentée au juge*),
- Akkoç c. Turquie, 10 oct. 2000, req. n° 22947/93 et n°22948/93, Recueil des arrêts et décisions, 2000-X (*les traitements inhumains et dégradants délibérés sont assimilés à la torture*),
- Lucà c. Italie, 27 fév. 2001, req. n° 33354/96, Recueil des arrêts et décisions, 2001-II (*condition de l'admissibilité du ouï-dire*),
- J.B. c. Suisse, 3 mai 2001, req. n° 31827/96, Recueil des arrêts et des décisions, 2001-III (*forcer à s'auto-incriminer et procès équitable*),
- P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, 25 sept. 2001, req. n° 44787/98, Recueil des arrêts et décisions, 2001-IX (*égalité des armes*),
- Indelicato c. Italie, 18 oct. 2001, req. n° 31143/96 (*la nature de l'infraction poursuivie ne justifie pas le recours à la torture*),
- Lanz c. Autriche, 31 jan. 2002, req. n° 24430/94 (*surveillance des correspondances du détenu et son avocat*),
- Allan c. Royaume-Uni, 5 nov. 2002, req. n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions, 2002-IX (*droit au silence et codétenu infiltré*),

- Roemen et Schmit c. Luxembourg, 25 fév. 2003, req. n° 51772/99, Recueil des arrêts et décisions, 2003-IV (*perquisition du cabinet d'un avocat*),
- Ernst et autres c. Belgique, 15 juil. 2003, req. n° 33400/96 (*perquisition du domicile ou bureau de journalistes*),
- Rachdad c. France, 13 nov. 2003, req. n° 71846/01, Recueil des arrêts et des décisions, 2000-VI (*la défense doit pouvoir interroger les témoins à charge et à décharge*),
- Makhfi c. France, 19 oct. 2004, req. n° 59335/00 (*le suspect doit disposer du temps suffisant pour organiser sa défense*),
- Matheron c. France, 29 mars 2005, req. n° 57752/00 (*efficacité du contrôle des actes d'investigation*),
- Öcalan c. Turquie, 12 mai 2005, req. n° 46221/99, Recueil des arrêts et des décisions, 2005-IV (*accès à un avocat durant la garde à vue*),
- Vetter c. France, 31 mai 2005, req. n° 59842/00 (*clarté et précision de la loi prévoyant la sonorisation*),
- Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande, 20 juin 2005, req. n° 45036/98, Recueil des arrêts et décisions, 2005-VI (*présomption de régularité des mesures nationales d'application et protection équivalente*),
- Vanyan c. Russie, 15 déc. 2005, req. n° 53203/99 (*interdiction de la provocation policière*),
- Wisse c. France, 20 déc. 2005, req. n° 71611/01 (*clarté et précision de la loi prévoyant la sonorisation*),
- Sviipsta c. Lettonie, 9 mars 2006, req. n° 66820/01, Recueil des arrêts et décisions, 2006-III (*prolongation automatique de la détention provisoire*),
- Ors et autres c. Turquie, 20 juin 2006, req. n° 46213/99 (*inadmissibilité des preuves obtenues sous la torture*),
- Jalloh c. Allemagne, 11 juil. 2006, req. n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions, 2006-IX (*administration d'un émétique et torture*),
- Söylemez c. Turquie, 21 sept. 2006, req. n° 46661/99 (*coups et sévices administrés par les autorités enquêtrices et torture*),
- Marcello Viola c. Italie, 5 oct. 2006, req. n° 45106/04, Recueil des arrêts et décisions, 2006-XI (*vidéoconférence et respect de la confidentialité en l'avocat et son client*),
- Scarc et Kavik c. Slovénie, 8 fév. 2007, req. n° 75617/01 (*indépendance du juge*),
- Heglas c. République Tchèque, 1<sup>er</sup> mars 2007, req. n° 5935/02 (*admissibilité de la preuve relève au premier chef du droit interne*),
- John c. Grèce, 10 mai 2007, req. n° 199/05 (*placements successifs en détention*),
- Asnar c. France, 18 oct. 2007, req. n° 12316/04 (*exception à la communication des pièces*),
- Ramanauskas c. Lituanie, 5 fév. 2008, req. n° 74420/01, Recueil des arrêts et décisions, 2008 (*interdiction de la provocation policière*),
- Salduz c. Turquie, 27 nov. 2008, req. n° 36391/02, Recueil des arrêts et des décisions, 2008 (*droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue*),
- Shabelnik c. Ukraine, 19 fév. 2009, req. n° 16404/03 (*droit à l'assistance d'un avocat dès la moindre suspicion*),
- Pishchalnikov c. Russie, 24 sept. 2009, req. n° 7025/04 (*assistance d'un avocat durant la garde à vue*),
- Dayanan c. Turquie, 13 oct. 2009, req. n° 7377/03 (*détail des missions de l'avocat*),
- Yesilkaya c. Turquie, 8 déc. 2009, req. n° 59780/00 (*droit à l'assistance d'un avocat*),
- Boz c. Turquie, 9 fév. 2010, req. n° 2039/04 (*assistance d'un avocat durant la garde à vue*),

- Aleksandr Zaichenko c. Russie, 18 fév. 2010, req. n° 39660/02 (*assistance d'un avocat durant la garde à vue*),
- Gafgen c. Allemagne, 1<sup>er</sup> juin 2010, req. n° 22978/05, Recueil des arrêts et décisions, 2010, (*traitements inhumains et dégradants et théorie des fruits de l'arbre empoisonné*),
- Uzun c. Allemagne, 2 sept. 2010, req. n° 35623/05, Recueil des arrêts et décisions, 2010 (*surveillance par GPS*),
- Brusco c. France, 14 oct. 2010, req. n°1466/07 (*droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers interrogatoires*),
- Lazarenko c. Ukraine, 28 nov. 2010, req. n° 22313/04 (*irrecevabilité des preuves obtenues en violation du droit à l'assistance d'un avocat*)
- Rupa c. Roumanie, 19 juil. 2011, req. n° 37971/02 (*assistance d'un avocat durant la garde à vue*)
- Stojkovic c. France et Belgique, 27 oct. 2011, req. n° 25303/08 (respect des droits de la défense et preuve recueillie grâce à l'entraide judiciaire),
- Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni, 15 déc. 2011, req. n° 26766/05 et 22228/06, Recueil des arrêts et décisions, 2011 (*preuve unique et déterminante et témoignage anonyme*) ;
- Fidanci c. Turquie, 17 jan. 2012, req. n° 17730/07 (*irrecevabilité des preuves obtenues en violation du droit à l'assistance d'un avocat*)
- Gaitanaru c. Roumanie, 26 juin 2012, req. n° 26082/05 (*la recevabilité des preuves relève du droit interne*),
- Vinter et autres c. Royaume-Uni, 9 juil. 2013, req. n° 66069/09 (*peine de perpétuité et droit à la dignité*).

#### B. Cour de justice de l'Union européenne.

- Erich Stauder c. Ville d'Ulm-Sozialamt, 12 nov. 1969, aff. 29/69, Recueil 1969, p. 419 (*droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*),
- Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 17 déc. 1970, aff. 11/70, Recueil 1970, p. 1128 (*droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*),
- J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes, 14 mai 1974, aff. 4/73, Recueil 1974, p. 491 (*droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*),
- Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur, 28 oct. 1975, aff. 36/75, Recueil 1975, p. 1219 (*référence expresse à la Convention EDH par la CJUE*),
- Hoffman-La Roche c. Commission des Communautés européennes, 13 fév. 1979, aff. 85/76, Recueil 1979, p. 461 (*respect des droits de la défense*),
- Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon), 20 fév. 1979, aff. 120/78, Recueil 1979, p. 649 (*libre circulation intracommunautaire des produits commercialisés*),
- National Panasonic (UK) Limited c. Commission des Communautés européennes, 26 juin 1980, aff. 136/79, Recueil 1980, p. 2033 (*droit à une procédure contradictoire*),
- IBM Corporation c. Commission des Communautés européennes, 11 nov. 1981, aff. 60/81, Recueil 1981, p. 2639 (*condition du recours en annulation*),
- AM & S c. Commission des Communautés européennes, 18 mai 1982, aff. 155/79, Recueil 1982, p. 1575 (*droit à bénéficier du secret de la défense*),

- Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé, 6 oct. 1982, aff. 283/81, Recueil 1982, p. 3415 (*théorie de l'acte clair*),
- Orkem c. Commission des Communautés européennes, 18 oct. 1989, aff. 374/87, Recueil 1989, p. 3283 (*droit à ne pas s'auto-incriminer*),
- Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 28 mars 1996, avis 2/94, Recueil 1996, p. I-1759 (*sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*).
- P c. S et Cornwall County Council, 30 avr. 1996, aff. C-13/94, Recueil 1996, p. I-2143 (*renvoi à la jurisprudence de la Cour EDH*),
- Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications et autres, 30 juil. 1996, aff. C-84/95, Recueil 1996 p. I-3953 (*légalité d'un règlement communautaire autorisant une saisie*),
- Baustahlgewebe GmbH c. Commission des Communautés européennes, 17 déc. 1998, aff. C 185/95 P, Recueil 1998, p. I-8417 (*respect du délai raisonnable de la procédure*),
- Montecani SpA c. Commission des Communautés européennes, 8 juil. 1999, aff. C 235/92 P, Recueil 1999, p. I-4539 (*présomption d'innocence et procédure de concurrence*),
- Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne, 25 juil. 2002, aff. C-50/00 P, Recueil 2002, p. I-6677 (*condition du recours en annulation*),
- Procédure pénale c. Maria Pupino, 16 juin 2005, aff. C-105/03, Recueil 2005, p. I-5285 (*question préjudicielle concernant un instrument du 3<sup>ème</sup> pilier*),
- Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission, 3 sept. 2008, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, Recueil 2008, p. I-06351 (*droits de la défense*),
- Ciprian Vasile Radu, 9 jan 2013, aff. C-396/11, non encore publié, *Europe* n° 3, Mars 2013, comm. N° 126, obs. Gazin (*mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux*),
- Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, Recueil 2013, non encore publié ; *Europe* n° 4, avr. 2013, comm. n° 166, obs. Gazin (*mandat d'arrêt européen et droits fondamentaux*),
- Commission européenne et autres c. Yassin Abdullah Kadi, 18 juil. 2013, aff. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P (*droits de la défense*),

## C. Juridictions nationales

### 1. Juridictions françaises.

#### *Juridictions judiciaires*

- Cass. crim., 31 janv. 1888, *Sirey* 1889, I, p. 241 (*interdiction pour le juge d'instruction de cacher son identité*),
- Cass. crim., 30 mars 1989, pourvoi n° 88-84661, non publié au bulletin (*valeur probante de l'aveu rétracté*)
- Cass. crim., 22 avr. 1992, pourvoi n° 90-85125, *Bull. crim.*, 1992, n° 169, p. 441 (*le fait pour des policiers de se cacher dans un placard n'est pas un procédé déloyal*),
- Cass. crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* 1993, n°210 ; *Dalloz*, 1994, p. 613, note Mascala (*recevabilité de la preuve déloyale produite par les particuliers*),



- Cass. crim., 6 avr. 1994, pourvoi n° 93-82717, *Bull. crim.*, 1994 n° 136 p. 302 (*recevabilité de la preuve déloyale produite par les particuliers*),
- Cass. crim., 23 août 1994, pourvoi n° 93-84739, *Bull. crim.*, 1994, n° 291, p. 711 (*l'observation avec des jumelles n'est pas un procédé déloyal*),
- Cass. Crim. (française), 28 juin 1995, pourvoi n° 94-85684, *Bull. crim.*, 1995, n° 242 p. 677 (*portée du principe du contradictoire*),
- Cass. crim., 24 juin 1997, pourvoi n° 96-85581, *Bull. crim.*, 1997, n°252, p. 861 (*contrôle de la légalité des actes effectués par les autorités de l'État requis*),
- Cass. crim., 30 mars 1999, pourvoi n°97-83464, *Bull. crim.* 1999, n° 59 ; Dalloz, 2000, p. 391, note Garé (*recevabilité de la preuve illégale*),
- Cass. crim., 19 avr. 2000, pourvoi n° 00-80.577, *Bull. crim.* 2000, n° 159, p. 465 (*nullité des actes étendue aux actes subséquents*),
- Cass. crim., 12 déc. 2000, pourvoi n° 00-83852, *Bull. crim.*, 2000, n° 369, p. 1113 (*illégalité de l'hypnose du témoin consentant*),
- Cass. crim., 28 nov. 2001, pourvoi n° 01-86467, *Bull. crim.*, 2001, n° 248, p. 823 (*illégalité de l'audition sous hypnose de l'accusé*),
- Cass. crim. 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85559 *Bull. crim.* 2002, n° 131, p. 482 (*validité du testing*),
- Cass. crim., 12 juin 2003, pourvoi n°02-81122, non publié au bulletin ; RSC, 2004, p. 427, obs. Buisson (*recevabilité de la preuve illicite ou déloyale produite par les parties privées*),
- Cass. crim., 1<sup>er</sup> oct. 2003, pourvoi n° 03-84.142, *Bull. crim.* n° 176 ; *AJ Pénal* 2003, p. 107, note Leblois-Happe (*recevabilité de la preuve déloyale produite par les particuliers*),
- Cass. crim., 13 oct. 2004, pourvoi n°00-86726, *Bull. crim.* 2004, n°243, p. 885 (*recevabilité de la preuve illégale recueillie par une autorité étatique*),
- Cass. Crim., 10 nov. 2004, pourvoi n° 03-87628, pourvoi n° 03-87628, *Bull. crim.*, n° 285, p. 1065 (*étendue du principe du contradictoire*),
- Cass. crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84837, *Bull. crim.*, 2006, n° 132, p. 482 (*contrôle de la régularité d'un acte effectué par des autorités étrangères*),
- Cass. crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83219, *Bull. crim.*, 2006, n° 202, p. 721 ; *Procédures* n° 12, déc. 2006, comm. Buisson, n° 278 (*provocation à l'infraction et irrecevabilité des preuves*),
- Cass. crim., 7 fév. 2007, pourvoi n° 06-87753, *Bull. crim.*, 2007, n° 37, p. 241 (*le fait d'offrir un connexion à un site pédopornographique est déloyal*),
- Cass. crim., 24 avr. 2007, pourvoi n° 06-88051, *Bull. crim.*, 2007, n° 108, p. 516 ; *Dalloz actualités* du 6 juin 2007, note Darsonville (*recevabilité de la preuve déloyale produite par les particuliers*),
- Cass. crim., 16 jan. 2008, n° 07-87633, *Bull. crim.*, 2008 n° 14, p. 47 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 55, p. 41, note Monnet (*provocation à la preuve et infraction préexistante*),
- Cass. crim., 4 juin 2008, *Bull. crim.*, 2008, n° 141 (*provocation à l'infraction et irrecevabilité des preuves*),
- Cass. crim, 27 jan. 2010, pourvoi n°09-83395, *Bull. crim.*, 2010, n° 16 ; *Dalloz actualités* 17 mars 2010, obs. Gayet (*recevabilité de la preuve déloyale produite par les particuliers*),
- Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n°10-17049, *Bull. crim.* 2011, n° 1 (*régularité de la garde à vue*),
- Cass. crim., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-84251, *Bull. crim.*, 2001, n° 97, *Procédures* n°7, juil. 2011, comm. 241, Chavent-Laclère (*irrecevabilité des déclarations incriminantes durant la garde à vue*),

- Cass. crim., 31 mai 2011, pourvois n° 11-81412, 10-88293 et 10-80034, *Bull. crim.*, 2011, n° 116 ; *Procédures* n° 7, juil. 2011, comm. 240, Chavent-Laclère (*annulation de garde à vue et actes subséquents*),
- Cass. crim., 22 nov. 2011, pourvoi n°11-84308, *Bull. crim.*, 2011, n° 234 ; *JCP*, n°3, 16 jan. 2012, p. 49, note Bonnet (*validité du recours à la géolocalisation*),
- Cass. crim., 7 déc. 2011, pourvoi n°11-80224, inédit (*recevabilité de la preuve déloyale*),
- Cass. com., 31 jan. 2012, pourvoi n°11-13097, *Bull.*, 2012, IV, n° 22 (*nullité des perquisitions décidées sur la base d'un document volé*),
- Cass. crim., 22 oct. 2013, pourvois n° 13-81945 et 13-81945, *Bull. crim.* 2013 (*invalidité des mesures de surveillance par géolocalisation décidées par le parquet*),
- TGI Paris, 30 déc. 2013, n° 13333000493, *Dalloz actualité*, 18 fév. 2014 (*accès au dossier et nullité d'un PV d'audition*),
- Cass. crim., 15 jan. 2014, pourvoi n° 13-84.778, *Dalloz actualité*, 31 jan. 2014, note. Winckelmuller (*compétence de la chambre de l'instruction dans la vérification du respect des conventions internationales*),

#### *Conseil Constitutionnel*

- Cons. Const., décision n° 80-127 DC du 20 jan. 1981, *JO* du 22 jan. 1981, p. 308 (*valeur constitutionnelle de la présomption d'innocence*)
- Cons. Const., décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *JO* du 19 juin 1999, p. 9018 (*présomption de culpabilité*)
- Cons. Const., Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juil. 2010, *JO* du 31 juil. 2010, p. 14198 ; *Droit pénal* n° 10, oct. 2010, comm. 13, Maron et Haas (*garde à vue*).

## 2. Juridictions belges.

- Cass. 10 déc. 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 66 (*exclusion des preuves irrégulièrement ou illégalement recueillies*),
- Cass. 2 juin 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 1032 (*délimitation de l'aveu judiciaire*),
- Cass, 7 fév. 1979, *Pas.*, I 1979, p. 665-667 (*provocation policière*),
- Cass., 17 jan. 1990, *Pas.* 1990, I, p. 588 (*recevabilité de la preuve illicite*),
- Cass. 17 avr. 1991, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, p. 94 et s. (*recevabilité de la preuve illicite*),
- Cass., 4 avr. 1994, *Pas.* 1994, I, p.1 (*recevabilité de la preuve illicite*),
- Liège (4<sup>ème</sup> ch. Corr.), 19 mai 1998, *J.T.*, n°5909, p. 9, note Kutu (*provocation policière*),
- Cass. (ch. réunies), 23 déc. 1998, *Pas.* 1998, I, p. 1256 (*recevabilité de la preuve illicite*),
- Cass., 27 fév. 2002, *Pas.* 2002, n° 2, p. 598 (*libre appréciation des preuves*),
- Cass., 5 mars 2002, *Pas.* 2002, n° 3, p. 636 (*libre appréciation des preuves*)
- Cass., 13 mars 2002, *Larcier Cassation*, 2002, p. 190 (*illégalité d'une commission rogatoire internationale et recevabilité de la preuve*),
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 14 avr. 2003, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, p. 617 (*recevabilité de principe de la preuve illicite – Antigone*),

- Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 23 mars 2004, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent*, p. 1061, obs. Schuermans (*recevabilité de principe de la preuve illicite*),
- Cass., (2<sup>ème</sup> ch. N), 24 mars 2004, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2005, n° 6, p. 661 (*proportionnalité entre illégalité commise et gravité de l'infraction*),
- Cass., (2<sup>ème</sup> ch. F), 9 juin 2004, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, n° 12, p. 1260 (*irrecevabilité de la preuve entachée d'illégalité ou irrégularité*),
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch. N), 16 nov. 2004, *Revue critique de jurisprudence belge*, 2007, n° 1, p. 36 (*recevabilité de la preuve illégale*),
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch. F), 2 mars 2005, *Journal des tribunaux* n°6174, 12/2005, p. 212 (*recevabilité de la preuve illégale ou déloyale*),
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch. F), 6 avril 2005, RG n° P.05.0218.F, *Larcier Cassation* 2005, Sommaire n° 767 (*examen de la recevabilité de la preuve transnationale*),
- Cass. 8 mai 2007, RG n° P.07.0129.N (*contrôle de la légalité des preuves transnationales*),
- TC Bruxelles, 8 déc. 2009, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2010/2, p. 60 et s. (*irrecevabilité de preuves « blanchies »*),
- CA Liège (4<sup>ème</sup> ch.), 12 jan. 2010, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2010, n° 10, p. 454 (*contrôle de la légalité des preuves transnationales*),
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 17 mars 2010, *Pas. belge*, p. 866 (*provocation policière*),
- CA Bruxelles, 10 déc. 2010, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2011/3, p. 138 (*irrecevabilité de preuves « blanchies »*),
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 31 mai 2011, *J.L.M.B.* 2011/31, p. 1524, obs. De Nauw (*irrecevabilité des poursuites et équité procédurale*)
- Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 3 avr. 2012, RG n° P.10.0973.N, *Pas.* 2012, n° 212, p. 740 (*discussion contradictoire des preuves*),
- Cour cons., 14 fév. 2013, arrêt n° 7/2013, *J.L.M.B.*, n°9, 2013, p. 557, obs. A. JACOBS et O. MICHIELS (*censure partielle de la loi Saldusz*)

### 3. Juridictions anglaises.

- R. v. Leatham [1861] 8 Cox CC 498 (*admissibilité de la preuve illégale*),
- Woolmington v DPP, [1935] AC 462, [1935] UKHL 1 (*charge de la preuve et présomption d'innocence*)
- R. v. Sang, [1980], A.C. 402 HL (*pouvoir discrétionnaire et exclusion de la preuve illicite*),
- R v. Parris, [1988] 89 Cr App R 68, CA (*pouvoir discrétionnaire et exclusion de la preuve illicite*),
- R v. Alladice, [1988] 87 Cr App R380, CA (*pouvoir discrétionnaire et exclusion de la preuve illicite*),
- R v. Looseley; Attorney Genral's Reference (n° 3 of 2000) [2001] 1 WLR 2060, HL (*recevabilité de la preuve illégale*),
- R v. WEST (Rosemary) [1996] 2 Cr App R. 374 CA (*admissibilité du oui-dire*)
- R v Horncastle & Others [2009] UKSC 14 (*définition du oui-dire*)
- Cadder (Peter) v. HM Advocate (2010) UKSC 43 (SC) (*garde à vue*).

### 4. Juridictions luxembourgeoises.

- CA Luxembourg, 28 fév. 2007, *Bull. droit et banque*, 2007, n° 40, p. 46 (*irrecevabilité de la preuve illégale ou déloyale*)

- Cass., 22 nov. 2007, n° 2474 (*irrecevabilité de la preuve illégale*)

# INDEX

Les numéros correspondent aux numéros des paragraphes.

## A

---

Accès au dossier : 62, 172 et s., 407  
Accusatoire : 23, 24, 30  
Acquis de Schengen : 296  
Adhésion à la Convention EDH  
Admissibilité de la preuve : 3, 76, et s., 85  
Aveu : 25, 28, 104 et s.  
Avocat (assistance) : v. droits de la défense

## B

---

Bad character : v. Preuve de la personnalité  
Beyond reasonable doubt : 59

## C

---

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 410, 411  
Circulation :  
- des personnes : 6 et s., 295 et s.  
- des preuves : 281, 334, 336  
Commission rogatoire internationale : 292  
Confiance mutuelle : 328 et s.  
Contradictoire (principe) :  
- définition : 62, 171  
- à l'audience : 113, 130, 177, 216, 240  
- avant l'audience : 172 et s.  
Contrôle juridictionnel :  
- de la preuve européenne : 263 et s., 351, 362, 368, 374, 383 et s.

- de la preuve nationale : 182, 187, et s., 195 et s.  
- de l'instruction : 187 et s.  
- CJUE : 377, 380 et s.

Convention EDH : 51

Coopération judiciaire : v. entraide judiciaire et reconnaissance mutuelle

Coopération renforcée : 354

Cour de Justice de l'Union européenne :  
légalité de la preuve : 377, 380 et s.

droits fondamentaux : 52, 440 et s.

Cour /Convention européenne des droits de l'homme :

- Adhésion UE : 412

- Rapport CJUE : 413 et s.

Criminalité transnationale : 5, 7

Cross-examination : 179

## D

---

Décision d'enquête européenne : 335, 343 et s.

Décision d'instruction européenne : v. Décision d'enquête européenne

Disclosure : 176

Double incrimination : 337

Droits fondamentaux :

- définition : 19

- droit à la liberté : 143, 144

- droit à la vie privée : 145, 146

- Interdiction de la torture : 28, 140 et s., 435

- UE : 52, 53, 410

- matière pénale : 19, 20, 38, et s., 139

Droits de la défense : 63

- droit à l'assistance d'un avocat : 54, 67, 68, 407, 439 et s.

- droit à l'assistance d'un interprète : 54, 71, 407
- droit à l'audition de témoins : 69, 437
- droit à l'information : 407
- droit au silence : 64, 65, 66, 438

---

## E

---

Écoutes téléphoniques : v. interception des télécommunications

Efficacité : 36, 37, 40, et s., 234

Egalité des armes : 61

ELSJ : 10

Entraide judiciaire : 12, 285

- directe : 295, 298, 301

- entraide primaire : 287

- entraide secondaire : 288

- intergouvernementale : 289

Equipes communes d'enquête : 306 et s.

Équité procédurale :

- appréciation : 205, 238

- définition : 48

- portée : 56, 147, 148

Espace pénal européen : 8, 9, 10, 299, 458

Espace Schengen : 6, 9, 295

Eurodefensor : 392

Eurojust : 310 et s., 378

Europol : 313

Exception d'illégalité : 417

Exclusionary rules : 88, 89, 228, 482

Expertise : 127, et s.

Extradition : 331

---

## F

---

Forum regit actum : 302, 308, 341, 345, 363 et s.

---

## G

---

Garanties procédurales

- UE : 403 et s., 419 et s.

- matière pénale : 53, 54

Garde à vue : 443 et s.

Gel des éléments de preuve : 333

Géolocalisation : 126

---

## H

---

Harmonisation : 360, 395, 454

- CEDH : 426 et s.

- droit pénal matériel : 456

- droit procédural formel : 398, 452, 461, 465 et s.

- par voie de directives : 408

- droit procédural matériel : 396 et s., 464

Hypnose : 158

---

## I

---

Inquisitoire : 26, 27, 30

Interception des télécommunications : 167, 168, 316

Intime conviction : 81, 129, 178, 207, 223

---

## J

---

Judiciarisation : 298, 336

---

## L

---

Légalité de la preuve :

- formelle : 137, 161 et s., 255, 366, 390, 452

- matérielle : 137, 138, 255, 390, 452

Liberté (droit à) : v. Droits fondamentaux  
Liberté de la preuve : 77, 78  
Locus regit actum : 302, 308, 341, 345, 363 et s.  
Loyauté : 149 et s., 214 et s.

## M

---

Magistrat de liaison : 309  
Mandat d'arrêt européen : 331  
Mandat européen d'obtention de preuves : 334, 339 et s.  
Marge nationale d'appréciation : 429  
Méthodes particulières d'enquête : 45,

## N

---

Nullités de procédure : 184 et s., 224

## O

---

Observation transfrontalière : 296  
Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) : 314, 315  
Oui-dire : 93, et s.

## P

---

Parquet européen : 312, 376, 477  
Perquisition : 165, 166  
Pertinence : 169 et s.  
Personnalité de l'accusé : 98, 99  
Plaider coupable : 88 et s., 107  
Polygraphe : 159  
Poursuite transfrontalière : 296  
Présomption d'innocence : 58, 59

Preuve :  
- biologique ou génétique : 4, 123  
- charge de la preuve : 59  
- définition : 1  
- européenne : 11, 12, 13, 282, 283  
- légale : 82, et s.  
- morale : 79  
- pertinence : 169  
- rationnelle et irrationnelle : 25, 28  
- technologique, électronique : 4, 124, 125  
- transnationale : v. européenne  
Procureur européen : v. *parquet européen*.  
Proportionnalité : 226, 247 et s., 391  
Provocation policière : 152 et s.

## R

---

Rapprochement des législations : v. harmonisation  
Recevabilité : 76, 133  
- CEDH : 433 et s.  
- de la preuve déloyale produite par les particuliers : 214 et s., 262  
- de la preuve légale : 3, 134  
- de la preuve illégale : 213, 223 et s., 434  
Reconnaissance mutuelle : 9, 13, 285, 324 et s., 397  
- confiance mutuelle : 328 et s.  
- définition : 323  
Recours en annulation : 417, 420  
Recours en carence : 417  
Recours en manquement : 416  
Renvoi préjudiciel : 416, 421  
Réseau judiciaire européen : 309

## S

---

Schengen (espace) : 6, 9, 295 et s.

Subsidiarité :

- recours CEDH : 428

Système d'information Schengen : 297

---

## T

---

Témoignage :

- anonyme : 111

- capacité : 100

- définition : 109

- vidéoconférence : 116 et s., 276 et s.,  
319

Territorialité : 355 et s., 454.

Théorie des fruits de l'arbre empoisonné :  
242 et s.

Traitement inhumain ou dégradant : v.  
droits fondamentaux

Transfèrement de détenus : 320

---

## U

---

Uniformisation : 395, 472

---

## V

---

Vérité : 2, 236 et s.

Vie privée : v. droits fondamentaux

Visioconférence : v. témoignage



# TABLE DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
§ 1. Prouver l'infraction, l'objectif de toute procédure répressive.....	5
§ 2. Prouver l'infraction transnationale : moteur de la construction de l'espace pénal européen.....	11
A. La lente émergence de l'espace pénal européen.....	11
1. L'internationalisation de la criminalité : source du développement de l'espace pénal européen.....	11
2. Le développement de la coopération judiciaire : ciment de la construction de l'espace pénal européen.....	15
B. La recherche et le recueil de la preuve de l'infraction transnationale dans l'espace pénal européen.....	21
§ 3 : Prouver l'infraction transnationale : la clé du succès de l'espace pénal européen.....	25
A. La légalité de la preuve transnationale : la confrontation des droits nationaux et du droit européen.....	26
B. La problématique de la recevabilité mutuelle des preuves pénales.....	27
<b>PREMIERE PARTIE - LA LEGALITE DE LA PREUVE « NATIONALE » : L'EROSION DES DISPARITES ENTRE LES REGIMES DES ETATS MEMBRES.....</b>	<b>31</b>
<b>TITRE 1 - LA RECONNAISSANCE COMMUNE DE PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PROBATOIRE.....</b>	<b>33</b>
<i>Chapitre 1 : La convergence des régimes nationaux par l'humanisation de la recherche de la vérité.....</i>	<i>35</i>
Section 1 : Le rapprochement spontané par la recherche d'une procédure équilibrée.....	36
§ 1 : L'équilibre entre accusatoire et inquisitoire : vers une procédure mixte et contradictoire.....	36
A. L'opposition des procédures accusatoires et inquisitoires sur les règles de preuve.....	37
1. Le modèle accusatoire.....	37
a. Caractéristiques et mise en œuvre.....	38
b. La consécration de l'aveu.....	39
2. Le modèle inquisitoire.....	41
a. Caractéristiques et mise en œuvre.....	41
b. De l'aveu obtenu sous la torture à l'instruction écrite.....	42
B. L'évaporation de la distinction accusatoire/inquisitoire dans l'humanisation et la modernisation de la procédure pénale.....	44
1. L'établissement d'un compromis : la consécration d'une procédure mixte.....	44
a. Les défaillances des régimes accusatoires et inquisitoires.....	44
b. La création d'un système répressif humain, ouvert au contradictoire.....	45

2. Le rapprochement progressif et autonome des procédures pénales.....	47
a. La phase précédant l'audience.....	47
b. L'audience et la décision juridictionnelle .....	49
§ 2 : L'équilibre entre efficacité et droits fondamentaux dans la recherche de la vérité .....	51
A. La nécessité d'un équilibre entre efficacité et protection des droits fondamentaux.....	52
1. L'apparente opposition de ces notions.....	52
a. L'efficace recherche de la vérité, condition de la protection de la société.....	52
b. Le respect des droits fondamentaux : la protection des libertés de l'individu... 54	
2. Deux notions convergeant vers une meilleure justice pénale.....	57
a. L'efficacité au service des droits individuels .....	57
b. Les droits fondamentaux au service de l'efficacité.....	59
B. Le déséquilibre en faveur de l'efficacité de la recherche de la vérité.....	60
1. L'instrumentalisation des droits fondamentaux .....	60
2. Les conséquences de ces dérives sécuritaires sur la question probatoire .....	64
Section 2 : Le rapprochement par la recherche d'une procédure équitable.....	68
§ 1 : Les sources du développement d'un modèle procédural universel.....	69
A. L'influence du droit international et européen des droits de l'homme.....	70
1. L'influence du droit international.....	70
2. L'œuvre considérable du Conseil de l'Europe .....	71
B. L'influence du droit de l'Union européenne .....	73
1. Les difficultés inhérentes aux compétences de l'Union européenne .....	74
2. Vers le développement d'une protection plus ciblée .....	75
§ 2 : Les principes essentiels du procès équitable régissant la matière probatoire .....	78
A. Les principes essentiels influant sur l'administration de la preuve.....	79
1. La présomption d'innocence.....	80
a. La charge de la preuve.....	80
b. Le recueil des preuves à charge et à décharge .....	82
2. L'égalité des armes et le principe du contradictoire .....	82
B. L'influence des droits de la défense sur la recherche de la preuve .....	86
1. Le droit au silence et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination .....	87
2. Le droit à l'assistance d'un avocat .....	90
3. Le droit à l'audition de témoin .....	92
4. Le droit à l'assistance d'un interprète.....	93
<i>Chapitre 2 : La convergence des régimes nationaux vers la libre admissibilité de la</i>	
<i>preuve pénale .....</i>	<i>97</i>
Section 1 : Vers l'uniformisation de la libre admissibilité des preuves.....	98
§ 1 : La consécration du principe de la libre admissibilité de la preuve .....	99
A. Liberté ou légalité de la preuve : une opposition dépassée.....	99
1. La liberté de moyens de preuves admissibles : un principe nécessaire.....	100
2. La légalité des moyens de preuve admissibles : un principe obsolète .....	102
B. Les limites du principe de la libre admissibilité de la preuve.....	103
1. La consécration indirecte du principe en France et en Belgique .....	103
2. L'application conditionnée du principe au Royaume-Uni.....	105
§ 2. Le caractère exceptionnel des preuves inadmissibles.....	108

A. L'inadmissibilité formelle : la preuve par oui-dire .....	108
1. L'interdiction de la preuve par oui-dire .....	108
2. La souplesse moderne à l'égard du oui-dire .....	110
a. La multiplication des exceptions .....	110
b. Le respect du procès équitable dans l'admissibilité du oui-dire .....	111
B. L'inadmissibilité matérielle : la personne de l'accusé et du témoin.....	112
1. Le mauvais caractère et la personnalité du défendeur .....	113
2. L'incapacité à témoigner .....	115
Section 2 : L'évolution commune des moyens de preuve admissibles .....	117
§ 1. La mutation des moyens de preuve traditionnels.....	117
A. L'aveu.....	118
1. Délimitation de la notion d'aveu .....	118
2. L'appréciation de la force probante de l'aveu .....	119
3. Des perspectives encourageantes au regard de l'aveu recueilli à l'étranger .....	121
B. Le témoignage.....	122
1. Le témoignage anonyme : l'ouverture à l'échange de preuve .....	123
a. Une nouvelle forme de production du témoignage .....	123
b. Les réticences quant au recours au témoignage anonyme .....	124
2. Le témoignage par visioconférence : une forme adaptée à l'enquête transnationale .....	127
a. Le conflit entre les nécessités de l'enquête et le respect de l'équité procédurale .....	127
i. Les raisons du recours à la visioconférence.....	127
ii. Les dangers du recours à la visioconférence .....	129
b. L'expansion inévitable de la visioconférence.....	130
§ 2. Le développement de nouveaux moyens de preuves .....	132
A. Le recours aux preuves techniques et scientifiques .....	133
1. La justification de l'évolution des moyens de preuves .....	133
2. De nouveaux moyens de preuves objectifs obtenus par des mesures d'investigations intrusives.....	134
a. La preuve génétique.....	134
b. La preuve électronique .....	135
c. La preuve technologique obtenue grâce à des méthodes particulières d'enquête .....	136
B. Les questions soulevées par l'admissibilité de ces nouveaux moyens de preuves .....	138
1. La neutralisation du pouvoir d'appréciation du juge pénal .....	138
a. La nécessaire intervention de tiers « experts » .....	138
b. La présomption de certitude des preuves objectives.....	140
2. La position défavorable de la défense face à ces nouveaux moyens de preuves ....	141
CONCLUSION DU TITRE 1. ....	145
TITRE 2 - LA MINIMISATION DES DIVERGENCES NATIONALES SUR LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE.....	147

*Chapitre 1 : La légalité de la preuve : condition de sa recevabilité et révélatrice de divergences nationales. .... 149*

Section 1 : La légalité dans l'administration de la preuve.....	150
§ 1. La convergence des systèmes quant au respect de la légalité matérielle. ....	151
A. Le respect des droits fondamentaux de l'individu.....	151
1. Le respect des droits substantiels. ....	152
a. La protection absolue de la vie humaine.....	152
b. La protection relative de la vie privée et de la liberté.....	155
ii. La violation nécessaire du droit à la liberté.....	156
ii. Enquête et protection de la vie privée : un couple inconciliable. ....	158
2. Le respect des droits procéduraux.....	160
B. La loyauté de la preuve.....	161
1. Le principe de loyauté.....	162
2. L'interdiction de moyens déloyaux pour obtenir la preuve.....	164
a. La provocation policière : un concept sujet à interprétation .....	164
i. Les fondements de l'interdiction de la provocation policière .....	165
ii. Le droit national face à la provocation policière.....	167
b. Les réticences quant à l'utilisation de procédés altérant le discernement.....	172
§ 2 : L'expression des divergences dans le respect de la légalité formelle.....	175
A. La légalité dans la recherche et l'obtention de la preuve.....	175
1. La nécessité d'un encadrement légal détaillé .....	176
2. Exemples de l'encadrement légal de l'obtention de la preuve.....	179
a. Les perquisitions.....	179
b. Les écoutes et enregistrements téléphoniques.....	182
B. La légalité dans la production de la preuve devant le juge. ....	185
1. La vérification de la pertinence de la preuve.....	185
2. Le partage et de la discussion de la preuve .....	187
a. Le respect du contradictoire avant l'audience : la communication de la preuve .....	187
i. L'accès au dossier d'enquête et d'instruction : un privilège pour la	
défense.....	188
ii. L'échange des preuves entre les parties.....	192
b. La discussion contradictoire des preuves pendant l'audience de jugement.....	195
Section 2 : Le contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve .....	198
§ 1. L'examen de légalité de la preuve avant la phase de jugement.....	199
A. L'examen de la légalité des preuves devant les juridictions de l'instruction : les nullités de procédure .....	200
1. La typologie des nullités de procédure.....	200
2. La mise en œuvre des nullités .....	202
a. Les recours prévus par la législation française .....	203
b. Les recours prévus par la législation belge.....	205
B. L'absence d'un véritable examen avant l'audience dans le système anglais.....	207
1. Un premier examen par le CPS.....	207
2. <i>committal for trial</i> .....	209

§ 2. L'examen de la légalité de la preuve dans la phase de jugement.....	210
A. L'exclusion de la preuve par le juge du fond .....	211
1. L'examen de la régularité par le juge du fond en France et en Belgique .....	211
2. Le juge du fond : juge de la recevabilité de la preuve au Royaume-Uni .....	212
B. Le juge pénal : quelle légitimité en tant que juge de la recevabilité de la preuve ? .....	215
<i>Chapitre 2 : La recevabilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit</i>	
<i>national, facteur de rapprochement des régimes nationaux .....</i>	<i>221</i>
Section 1 : Le déclin de la légalité de la preuve : un phénomène national.....	222
§ 1. La recevabilité de la preuve illicite : vers une quasi-totale liberté de la preuve.....	223
A. La preuve irrégulière recueillie par les parties privées .....	223
1. La recevabilité de la preuve déloyale rapportée par les parties privées en France .....	223
a. La recevabilité de la preuve déloyale : une création jurisprudentielle .....	224
b. Les inquiétudes suscitées par ce déséquilibre .....	225
2. L'indifférenciation des parties en Belgique et au Royaume-Uni .....	228
a. La solution retenue par la jurisprudence belge.....	228
b. Le régime anglais, favorable à la défense.....	230
B. La preuve illégale recueillie par les enquêteurs .....	230
1. Les ambiguïtés de la jurisprudence française .....	231
2. La consécration de la recevabilité de la preuve illicite en Belgique .....	233
a. La consécration du principe en Belgique .....	233
b. La portée limitée de la jurisprudence belge au Luxembourg.....	236
3. L'atténuation de la recevabilité de principe au Royaume-Uni .....	238
§ 2. La justification délicate de la recevabilité de la preuve illicite .....	240
A. Les raisons de la recevabilité de la preuve illégale.....	241
1. L'effectivité de la réponse pénale.....	241
2. L'efficacité de l'enquête .....	243
3. L'obsession de la vérité matérielle .....	244
B. Les mécanismes justifiant la recevabilité de la preuve illicite.....	245
1. Le respect du droit au procès équitable.....	246
a. Par une appréciation globale du critère de l'équité.....	246
b. Par la sacralisation du respect du contradictoire .....	248
2. Une application restrictive de la théorie des fruits de l'arbre empoisonné .....	249
3. Le renforcement du pouvoir d'appréciation des juges .....	253
4. La modulation de l'exploitation du principe de proportionnalité .....	254
a. La surexploitation du principe de proportionnalité.....	255
b. La sous-exploitation du principe de proportionnalité .....	257
Section 2 : Le déclin de la légalité de la preuve : un phénomène exacerbé par l'extranéité .....	258
§ 1 : La multiplication des risques d'atteinte à la légalité de la preuve .....	259
A. La complexification des règles d'administration de la preuve .....	259
1. L'irrégularité de la preuve en raison des différences procédurales .....	260
2. L'irrégularité de la preuve en raison de la multiplication des règles applicables .....	261
3. L'intervention d'une partie privée.....	262
B. Le difficile contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve étrangère .....	265

1. Le choix de la juridiction compétente.....	265
2. L'objet du contrôle juridictionnel de la légalité.....	266
3. Les entraves aux actions de la défense.....	267
§ 2 : Les positions nationales quant à la recevabilité de preuve obtenue à l'étranger .....	269
A. Les déficiences du droit français .....	269
B. La clarté apparente du droit belge.....	271
C. La simplicité du régime au Royaume-Uni .....	273
1. Le témoignage oral : le développement des alternatives .....	274
2. Les autres moyens de preuve .....	275
CONCLUSION DU TITRE 2 .....	279
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....</b>	<b>281</b>
<b>PARTIE 2 - LA LEGALITE DE LA PREUVE « EUROPEENNE » : UNE CONSTRUCTION</b>	
<b>INACHEVEE.....</b>	<b>283</b>
TITRE 1 - DE LA NÉCESSITÉ D'ÉQUILIBRER LES MÉCANISMES DE COOPÉRATION	
JUDICIAIRE .....	285
<i>Chapitre 1. Les déficiences du cadre normatif de l'obtention de la preuve européenne</i>	
.....	287
Section 1. La superposition des instruments d'entraide judiciaire.....	289
§ 1. L'entraide judiciaire classique : une coopération intergouvernementale .....	290
A. L'avènement d'une coopération judiciaire flexible et extensible .....	291
1. Un instrument d'envergure : la Convention européenne d'entraide judiciaire en	
matière pénale du 20 avril 1959 .....	291
2. La flexibilité et l'adaptabilité de la Convention.....	292
B. Les mesures relatives à l'obtention de la preuve .....	294
1. Une double forme d'entraide : la recherche et le transfert des preuves.....	294
2. Les limites de l'obtention de la preuve.....	296
§ 2. L'entraide judiciaire améliorée : une coopération directe et ciblée .....	297
A. Vers la judiciarisation de la coopération en matière pénale. ....	298
1. La modernisation graduelle de l'entraide judiciaire grâce à la Convention de	
Schengen.....	298
a. La création d'un laboratoire d'essai juridique : l'espace Schengen .....	298
b. Les apports en matière de coopération policière et judiciaire.....	300
i. Coopération policière.....	300
ii. Coopération judiciaire .....	303
2. La modernisation achevée de l'entraide judiciaire grâce à la Convention relative à	
l'entraide judiciaire du 29 mai 2000 .....	304
a. Le fruit d'un long processus de négociation .....	304
b. L'amélioration significative de l'entraide judiciaire .....	306
B. La mutation des mécanismes concrets de recueil de la preuve .....	309
1. La mutualisation des agents et des données nationales .....	309
a. Les équipes communes d'enquête. ....	309
b. Le développement des instruments intégrés.....	312

i. Le Réseau Judiciaire Européen.....	313
ii. Une magistrature européenne .....	314
iii. Europol .....	318
iiii. L'office européen de lutte anti-fraude (OLAF) .....	320
2. La participation active des autorités de l'État requérant dans l'exécution de la mesure d'investigation européenne.....	323
a. La facilitation de la recherche de preuve par les autorités de l'État requérant.....	323
i. La recherche de preuves.....	323
ii. L'utilisation des données.....	325
b. La facilitation du recueil des preuves par les autorités de l'État requérant.....	326
Section 2. La concrétisation lacunaire du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine de la preuve pénale .....	329
§ 1. L'enracinement du principe de reconnaissance mutuelle dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale.....	330
A. Le développement du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale .....	330
1. La consécration du principe en matière pénale.....	331
2. Un principe fondé sur la confiance mutuelle .....	334
B. L'influence limitée du principe de reconnaissance mutuelle sur la coopération judiciaire en matière pénale .....	337
1. L'évolution des instruments de coopération judiciaire relatifs à la phase pré-sententielle .....	338
a. Les instruments législatifs adoptés par les États membres .....	338
b. L'avenir de la coopération judiciaire : la décision d'enquête européenne .....	342
2. Vers l'objectivisation de la circulation des décisions judiciaires ? .....	344
§ 2. La recherche et le recueil de la preuve grâce aux instruments de reconnaissance mutuelle .....	349
A. Le mandat européen d'obtention de preuves : un instrument limité.....	349
1. L'obtention de preuves disponibles : une facette limitée de la coopération judiciaire .....	350
2. La recevabilité des preuves obtenues grâce au mandat européen d'obtention de preuves.....	352
B. La décision d'enquête européenne : une alternative réaliste à l'entraide judiciaire .....	354
1. La recherche et le recueil des preuves.....	354
2. La recevabilité des preuves recueillies grâce à la décision d'enquête européenne .....	356
<i>Chapitre 2. Le renforcement du contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve européenne .....</i>	<i>361</i>
Section 1. La nécessité d'un contrôle juridictionnel de la légalité de la preuve européenne .....	363
§ 1. La conséquence de la complexification des mécanismes de coopération judiciaire .....	363
A. L'enchevêtrement de règles, source de complexification de la légalité formelle.....	364
1. L'encombrement normatif du recueil de la preuve européenne.....	364
2. Un phénomène d'encombrement difficile à enrayer .....	366
B. Des mécanismes facilitant l'investigation transnationale bénéficiant aux autorités judiciaires .....	368

1. La place centrale des autorités judiciaires de l'État requérant/d'émission .....	369
a. L'extension des pouvoirs des autorités judiciaires.....	369
b. Le renforcement des motifs de refus, symptôme de la crainte de la puissance des autorités judiciaires .....	370
2. L'incertitude quant à la définition d'autorité judiciaire compétente .....	372
§ 2. La conséquence du développement du principe de reconnaissance mutuelle .....	374
A. La sous-estimation de l'impact de la reconnaissance mutuelle sur la recevabilité de la preuve.....	374
1. Le désintéressement de la question de la recevabilité de la preuve européenne et du contrôle juridictionnel .....	375
a. La dissociation de recevabilité de la preuve pénale et contrôle juridictionnel	375
b. La directive relative à la décision d'enquête européenne : vers le renforcement du contrôle juridictionnel du recueil de la preuve européenne .....	377
2. Les limites inavouées du principe de reconnaissance mutuelle quant à l'amélioration de la recevabilité de la preuve .....	379
B. La sous-estimation des turbulences traversées par le droit national de la preuve.....	381
1. Le déclin de l'importance de la légalité formelle.....	381
2. La recevabilité de la preuve illégale : une situation critiquable mais propice au développement de la coopération judiciaire .....	383
3. Le flou caractérisant la contestation de la preuve européenne devant les juridictions nationales.....	384
a. La difficile insertion de la preuve européenne dans le processus interne de contestation .....	384
b. L'ineffectivité du recours juridictionnel offert à la défense.....	385
Section 2. La mise en place d'un contrôle juridictionnel effectif de la preuve européenne .....	387
§ 1. Essai d'une construction d'un recours juridictionnel sur la base de la proposition de directive relative à la décision d'enquête européenne .....	389
§ 2 : La justification de la proposition .....	391
A. Le choix unique des juridictions nationales comme autorités compétentes .....	392
1. Les autorités chargées du contrôle juridictionnel : le recours aux juridictions nationales .....	392
a. La compétence justifiée des juges nationaux .....	392
b. La question de la création d'une juridiction pénale supranationale de l'enquête transnationale.....	396
2. La nécessité d'accompagner les juridictions nationales .....	397
a. L'intervention des organes ou réseaux de coopération .....	397
b. Le rôle limité de la CJUE à propos de la recevabilité de la preuve .....	399
B. Entre contrôle pré-transfert et contrôle post-transfert : la difficile détermination de l'étape adéquate .....	402
1. Le contrôle de la procédure de recueil préalablement au transfert de preuves .....	402
a. Le contrôle avant l'exécution de la décision d'enquête européenne .....	402
b. Le contrôle de la procédure après l'exécution de la décision d'enquête européenne .....	405
2. Le contrôle de la procédure de recueil postérieurement au transfert de preuves	406



C. Les effets du contrôle.....	408
D. Les critères du contrôle juridictionnel .....	408
E. L'accès au contrôle.....	411
CONCLUSION DU TITRE 1 .....	415
TITRE 2 - DE LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION DES LÉGISLATIONS PÉNALES PROCÉDURALES.....	417
<i>Chapitre 1 : L'harmonisation procédurale substantielle : l'harmonisation de la légalité matérielle par la protection accrue des garanties procédurales.....</i>	<i>419</i>
Section 1 : L'harmonisation « directe » et « indirecte » des garanties procédurales au niveau de l'Union européenne.....	420
§ 1. L'harmonisation « directe » législative.....	421
A. La nécessité de l'harmonisation directe des garanties procédurales.....	421
1. L'intérêt de l'harmonisation des garanties procédurales au regard de la preuve européenne.....	421
a. L'intérêt quant à l'obtention de la preuve européenne .....	422
b. L'intérêt quant au contrôle de la recevabilité de la preuve .....	424
2. Les difficultés d'une harmonisation directe des garanties procédurales.....	425
B. Les moyens de l'harmonisation directe : l'étude des instruments .....	428
1. La proposition de décision-cadre relative aux garanties procédurales : l'échec d'une approche globale.....	428
2. L'harmonisation des garanties procédurales concrétisée .....	431
a. Le succès d'une approche ciblée .....	431
b. Les limites de l'harmonisation par voie de directive.....	437
§ 2. L'harmonisation indirecte jurisprudentielle .....	439
A. Les limites substantielles de l'harmonisation prétorienne des garanties procédurales en matière répressive .....	440
1. Le développement parcellaire des sources communautaires .....	440
2. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme .....	443
a. La consécration de l'attachement de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme.....	444
b. Les rapports entre les deux juridictions des droits fondamentaux.....	445
i. La liberté préservée de la CJUE quant à la jurisprudence de la Cour EDH .....	446
ii. La CEDH, juge de la violation des droits fondamentaux par l'Union européenne.....	447
B. Les limites procédurales de l'harmonisation prétorienne des garanties procédurales en matière répressive .....	451
C. L'engagement de la CJUE au regard de la protection des garanties procédurales en matière pénale .....	457
1. Les premiers développements relatifs aux garanties procédurales dans l'UE .....	457
2. La protection des garanties procédurales en matière pénale .....	458
Section 2 : L'harmonisation « indirecte » grâce à l'action de la Cour européenne des droits de l'homme .....	463

§ 1. La fonction de rapprochement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale .....	465
A. L'impact de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation en matière pénale.....	465
B. Les limites de l'harmonisation indirecte.....	468
§ 2. Le rapprochement des régimes probatoires sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme .....	472
A. La position ambiguë de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de la recevabilité de la preuve pénale .....	473
1. L'abandon de la question de la recevabilité de la preuve aux juridictions nationales .....	473
2. L'encadrement indirect de la recevabilité de la preuve pénale .....	475
a. La recevabilité de la preuve obtenue en violation de l'article 3.....	475
b. La recevabilité de la preuve obtenue en violation de l'article 8 .....	476
c. La recevabilité de la preuve obtenue en violation de l'article 6 .....	478
B. L'influence de la jurisprudence « Salduz » sur la matière probatoire .....	480
1. L'assistance de l'avocat, condition de la recevabilité de la preuve ? .....	481
a. L'assistance de l'avocat dès les premiers interrogatoires de police dans la jurisprudence de la Cour.....	481
b. L'irrecevabilité de la preuve recueillie en méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat .....	484
2. La réception de la jurisprudence européenne par les autorités nationales.....	485
a. La difficile adaptation du régime français .....	486
b. La construction d'un régime de la garde à vue en Belgique .....	488
c. La censure de la procédure pénale écossaise par la Cour suprême du Royaume-Uni.....	490

*Chapitre 2. L'harmonisation procédurale formelle : l'harmonisation de la légalité formelle par l'édition de règles d'enquête communes.....* 495

Section 1. Les obstacles ayant freiné l'harmonisation procédurale formelle .....	496
§ 1. L'absence d'harmonisation de la légalité formelle : le résultat d'un choix politique .....	497
A. Le désintérêt de l'Union européenne au regard du rapprochement des règles procédurales.....	498
1. L'absence de base légale dédiée à l'harmonisation de la procédure. ....	498
2. Le développement des instruments relatifs au droit pénal matériel.....	501
B. L'harmonisation procédurale accessoire à la coopération judiciaire.....	502
1. L'harmonisation procédurale au service de la coopération judiciaire.....	503
2. L'harmonisation indirecte grâce aux instruments de coopération judiciaire .....	505
§ 2. L'absence d'harmonisation des règles de procédure : le résultat de contraintes techniques .....	507
A. Les contraintes liées aux spécificités des règles d'investigation nationales .....	508
1. La nature profondément nationale de la procédure pénale.....	508
2. L'importance des garanties procédurales.....	510
B. La délimitation de l'étendue de l'harmonisation.....	512

1. Une harmonisation globale de la procédure ou une harmonisation ciblée des mesures d'enquête .....	512
2. Une harmonisation limitée à l'obtention transfrontalière de la preuve .....	515
3. Le choix délicat d'imposer une sanction de la violation des règles formelles harmonisées.....	515
Section 2. Les perspectives limitées offertes par le traité de Lisbonne .....	518
§ 1. Les défaillances de la base légale .....	519
A. La prudence critiquable des dispositions du traité .....	519
1. L'harmonisation par l'édiction de règles minimales .....	519
2. Le respect des spécificités nationales, obstacle supplémentaire à l'harmonisation formelle .....	521
B. L'exigence de nécessité.....	522
§ 2. L'harmonisation rejetée dans le projet de Parquet européen.....	525
CONCLUSION DU TITRE 2. ....	529
<b>CONCLUSION DE LA PARTIE 2 .....</b>	<b>531</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>533</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>543</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>587</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>591</b>

## **La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen**

La recevabilité de la preuve est sans doute l'une des questions les plus importantes de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne, mais aussi une des plus complexes. Les difficultés relatives à l'utilisation d'une preuve recueillie dans un État membre, devant les juridictions répressives d'un autre État membre, semblent cependant avoir été sous-estimées par le législateur européen. En effet, l'amélioration de l'efficacité de la répression transnationale a été une des priorités de la politique criminelle de l'Union ces quinze dernières années. À ce titre, le renforcement des mécanismes de coopération judiciaire, y compris ceux visant à l'obtention de la preuve transnationale, a été privilégié. Grâce au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, fondé sur la confiance réciproque que les États membres se portent, les divergences et éventuelles incompatibilités entre les systèmes nationaux ont été tenues en échec, permettant ainsi la libre circulation des preuves dans l'espace pénal européen.

Cependant, cette justification théorique n'est pas suffisante pour assurer la recevabilité mutuelle des preuves, la bonne administration de la preuve pénale demeurant une question nationale, souverainement appréciée par le juge national. De plus, tant l'étude comparative des régimes probatoires nationaux que la présentation des instruments de coopération judiciaire montrent des déficiences profondes, appelant ainsi à une protection accrue et harmonisée des droits fondamentaux dans les procédures répressives au niveau européen, dans le but d'assurer la recevabilité mutuelle des preuves pénales dans l'espace pénal européen.

## **Admissibility of evidence in the European criminal justice area**

Admissibility of evidence is one of the most crucial and complicated issues in the European Union's area of freedom, security and justice. However, the difficulties regarding the use of evidence gathered in one Member State in proceedings in another Member State through the mechanisms of judicial cooperation seems to have been underestimated by the European Union legislator, and this despite the success of criminal proceedings with a cross-border character being considered a priority for the last fifteen years. Indeed, the EU's criminal policy has been striving for the strengthening of the efficiency of judicial cooperation between judicial authorities. This requires the improvement of the instruments dedicated to obtaining criminal evidence. Thanks to the principle of mutual recognition of judicial decisions in criminal matters, based on mutual trust between Member States, the differences between and potential incompatibilities of national systems should not be an obstacle to the free circulation of evidence in the EU criminal justice area.

However, this theoretical justification is not sufficient to ensure mutual admissibility of evidence, as the good administration of evidence remains a national issue, with a wide margin of appreciation accorded to the national judge. Furthermore, both the study of national procedural norms and the study of the European Union legal framework show deficiencies, requiring a coherent concept for the protection of fundamental rights in criminal proceedings at the EU-level. A better and harmonised protection of procedural guarantees is the path to ensure the mutual admissibility of evidence, overcoming national differences.

### **Mots clés**

Accès au dossier, Assistance de l'avocat, Aveu, Admissibilité, Confiance mutuelle, Coopération judiciaire, Décision d'enquête européenne, Droits de la défense, Droit au silence, Enquête, Entraide judiciaire, Équité procédurale, Espace de liberté, sécurité et justice, Garanties procédurales, Harmonisation, Instruction, Libre circulation, Loyauté, Mandat européen d'obtention de preuve, Preuve, Provocation policière, Recevabilité, Reconnaissance mutuelle, Schengen, Témoignage.

### **Key words**

Access to the file, Admissibility, Area of freedom, security and justice, Assistance of a lawyer, Confession, Entrapment, European Evidence Warrant, Evidence, Evidence investigation order, Fair trial, Freedom of circulation, Harmonisation, Investigation, Judicial cooperation, Loyalty, Mutual legal assistance, Mutual trust, Mutual recognition, Procedural guarantees, Rights of the defence, Right to remain silent, Schengen, Testimony.