

Procédure pénale

Leçon 4 : La preuve pénale

Marie NICOLAS-GRÉCIANO

Table des matières

Section 1. La charge de la preuve.....	p. 2
§1. La charge probatoire des autorités publiques.....	p. 3
A. La réunion des éléments de preuve.....	p. 3
1. Le procureur : une enquête impartiale.....	p. 3
2. Le juge d'instruction : une instruction à charge et à décharge.....	p. 4
3. La juridiction de jugement.....	p. 4
B. La démonstration de la culpabilité.....	p. 4
§2. La charge probatoire de la personne poursuivie.....	p. 4
A. Les présomptions de droit.....	p. 5
1. Les présomptions portant sur un élément matériel.....	p. 5
2. Les présomptions portant sur l'auteur.....	p. 6
3. Les présomptions portant sur l'élément moral.....	p. 7
4. Les exigences européennes et constitutionnelles.....	p. 7
B. Les présomptions de fait.....	p. 8
Section 2. L'obtention de la preuve.....	p. 10
§1. La liberté de la preuve.....	p. 10
A. Définition.....	p. 10
1. La liberté de rechercher et de produire des preuves.....	p. 10
a. Les parties publiques.....	p. 11
b. Les parties privées.....	p. 11
2. La liberté d'apprécier la preuve.....	p. 12
B. Domaine d'application.....	p. 13
§2. La licéité de la preuve.....	p. 14
A. La loyauté.....	p. 14
B. Les droits fondamentaux.....	p. 17
1. La vie privée.....	p. 17
2. Le secret professionnel.....	p. 19

Le droit de la preuve en matière pénale est marqué par un principe fondamental : la présomption d'innocence. La présomption d'innocence est le terreau dans lequel les règles relatives à la preuve sont conçues. Ce principe est souvent présenté de manière restrictive, comme ayant pour effet principal de faire peser sur l'accusation la charge de démontrer la culpabilité de la personne poursuivie. Or, la présomption d'innocence ne se limite pas à une règle de répartition de la charge de la preuve. Elle poursuit un enjeu supérieur en exprimant une conception de politique pénale, dans laquelle le citoyen (même s'il a commis une infraction pénale) se trouve dans une position où il peut se défendre face à l'État. Cette conception ne peut se trouver que dans les États démocratiques.

La présomption d'innocence recouvre deux dimensions. La première est procédurale : la présomption d'innocence détermine la partie devant supporter la charge de la preuve. La seconde dimension est substantielle : c'est le droit de chaque individu de ne pas être présenté comme coupable avant qu'une juridiction ne se soit prononcée, de manière définitive, sur sa culpabilité.

La présomption d'innocence trouve sa source dans plusieurs textes.

Au niveau européen, elle figure à l'article 6 §2 et 3 de la [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) (Conv. EDH) et à l'article 48 de la [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#) (CDFUE).

Au niveau constitutionnel, la présomption d'innocence apparaît à l'article 9 de la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen](#) (DDHC) de 1789. En réalité, cet article ne proclame pas la présomption d'innocence, mais il l'invoque comme un postulat d'où se déduit le droit proclamé. Il dispose en effet : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

La présomption d'innocence est également inscrite dans l'article préliminaire III du CPP. Dans le prolongement de cette disposition, l'article 137 al. 1 du CPP pose le principe selon lequel « *Toute personne mise en examen, présumée innocente, reste libre* ».

Autrement dit, dans la mesure où tout individu doit être présumé innocent, il convient de limiter l'exercice de la contrainte et de la privation de liberté à son endroit. Seule une décision de condamnation par la justice peut mettre un terme à cette présomption et conduire à l'exercice d'une contrainte ou privation de liberté légitime.

Ces dernières années, le droit de la preuve a connu un développement important et il devient central dans l'étude de la procédure pénale. Ce développement provient de l'apparition de nouveaux modes de preuve grâce aux nouvelles technologies (ex : géolocalisation) et à la science (ex : preuve ADN). Les principes entourant les règles de la preuve pénale se construisent également à travers le concept fondamental de loyauté. La preuve pénale est donc en pleine effervescence. Sont présentés successivement les règles relatives à la charge de la preuve (section 1), puis celles relatives à l'obtention de la preuve.

Section 1. La charge de la preuve

La question de la preuve revêt une importance particulière dans le procès pénal, ceci pour deux raisons.

D'abord, les conditions dans lesquelles les preuves peuvent être recherchées, produites, discutées et appréciées mettent en jeu les droits et libertés fondamentaux des individus, tels que la vie privée, la liberté d'information, la dignité de la personne, la présomption d'innocence et, plus généralement les règles du procès équitable. Par exemple, un individu dont le domicile est perquisitionné connaît une atteinte à sa vie privée et à son droit de propriété.

Ensuite, la finalité même du procès pénal est de rechercher la vérité judiciaire. Il est donc impératif de rassembler des preuves qui permettent de déterminer si la personne poursuivie est coupable ou non. Mais la

recherche de preuves commence en réalité bien avant le procès. En effet, des éléments de preuves, qualifiés d'indices, sont rassemblés au cours de l'enquête ou de l'instruction. Ces indices, en fonction de leur fiabilité, de leur nombre, détiennent des valeurs probantes différentes. Ils permettent de déterminer, à tous les stades de la procédure le statut qui doit être accordé à la personne poursuivie (suspect, témoin, témoin assisté, mis en examen). C'est dire l'importance de la preuve dans la procédure pénale.

Traditionnellement, la question de la charge de la preuve est régie par deux adages. Le premier est inscrit dans la maxime latine : *actori incumbit probatio*, ce qui signifie que la charge de la preuve incombe au demandeur. Le second, *reus in excipiendo fit actor* indique que le défendeur, lorsqu'il excipe (allègue) un moyen, devient demandeur. Dit autrement, la charge de la preuve des moyens de défense repose, sur le défendeur.

Il convient d'identifier, dans le procès pénal, la partie en position de demandeur et celle en position de défendeur. C'est le Ministère public (également dénommé : « parquet ») qui est en position d'accusateur et donc de « demandeur ». C'est lui qui est chargé de rapporter la preuve de la culpabilité de la personne poursuivie. La personne poursuivie (prévenu ou accusé) est en position de défendeur. Elle bénéficie de la présomption d'innocence et du droit de ne pas s'auto-incriminer. En principe, la personne poursuivie n'a aucune preuve à apporter dans le procès pénal. Néanmoins, si elle invoque des faits ou des circonstances pour sa défense (ex : l'existence d'une cause d'irresponsabilité pénale) ou encore un obstacle à la poursuite (prescription, amnistie, immunité) elle doit en rapporter la preuve.

Dans le procès pénal, la charge de la preuve repose donc en principe sur les autorités publiques (§1). Toutefois, ce principe connaît des exceptions en cas de présomptions de droit ou de fait. Ainsi, la charge probatoire de la personne poursuivie doit être examinée (§2).

§1. La charge probatoire des autorités publiques

En vertu du principe de présomption d'innocence, la charge probatoire repose sur les autorités publiques. Toutefois, cette charge n'est pas identique selon les acteurs et le stade procédural. Dans le système inquisitorial, une distinction est établie entre, d'une part, la réunion des éléments de preuve, d'autre part, la démonstration de la culpabilité.

A. La réunion des éléments de preuve

La charge de rassembler les éléments de preuve est partagée entre le Ministère public et le juge d'instruction. Dans le cadre d'une enquête (en cas de contravention ou de délit), c'est le procureur qui se charge de réunir les éléments de preuve. Dans le cadre d'une instruction (crime ou délit complexe), c'est le juge d'instruction qui assure cette charge. A l'audience, c'est la juridiction de jugement qui détient cette responsabilité.

1. Le procureur : une enquête impartiale

Initialement le procureur, dans son rôle d'accusateur, devait uniquement rassembler des preuves à charge, c'est-à-dire allant dans le sens de la culpabilité de la personne poursuivie. Cependant, au fur et à mesure des réformes successives, le procureur a – en raison de son efficacité – acquis de plus en plus de prérogatives et la part de l'enquête (face à l'instruction) s'est élargie.

Cette extension de l'enquête et des pouvoirs du procureur a conduit le législateur à imposer au procureur l'obligation de la conduire de manière impartiale (art. 31 du CPP modifié par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013).

Dès lors, le procureur doit théoriquement rassembler des preuves à charge et à décharge. Cette obligation d'impartialité apparaît toutefois comme un non-sens, puisque le procureur a le rôle d'accusateur et son rôle est de soutenir une accusation. Il semble donc peu réaliste d'attendre de cet acteur qu'il trouve des preuves pour soutenir son accusation au procès et celles qui prouvent son contraire.

2. Le juge d'instruction : une instruction à charge et à décharge

Le système inquisitoire impose aux juges d'instruction de réunir les éléments de preuve, à charge et à décharge (art. 81 du CPP).

Cette obligation de conduire une instruction impartiale s'explique par le fait que notre système est fortement déséquilibré. En effet, le procureur de la République et la personne poursuivie ne sont pas placés sur un pied d'égalité. Le premier, qui n'est d'ailleurs pas considéré comme une « partie » par le CPP, dirige la police judiciaire pendant l'enquête, exerce l'action publique et représente les intérêts de la société. Pour ce faire, il dispose d'importants moyens d'investigation dont la personne poursuivie et son avocat sont dépourvus. Ce n'est qu'à travers le recours à un juge indépendant et impartial (le juge d'instruction) tenu de s'assurer que le dossier comporte l'ensemble des éléments pouvant être invoqués « à charge et à décharge » que l'équilibre entre l'accusation et la défense peut donc être rétabli.

3. La juridiction de jugement

Une fois l'enquête ou l'instruction terminée, la juridiction de jugement est saisie. Cette juridiction doit apprécier si le dossier d'enquête ou d'instruction est complet ou s'il est nécessaire de prescrire des investigations complémentaires nécessaires à la manifestation de la vérité.

La juridiction de jugement peut donc continuer de rassembler des preuves au stade de l'audience. Cette règle s'applique devant le tribunal de police (art. 538 du CPP), le tribunal correctionnel (art. 434, 456 et 463 du CPP) et la cour d'assises (art. 283 et 310 du CPP).

Si la juridiction de jugement estime que le dossier est incomplet, elle peut soit ordonner un supplément d'information (Cass. crim., 11 avril 1995, pourvoi n° 94-81.925 ; Cass. crim., 25 novembre 1991, JCP 1992), soit elle doit relaxer le prévenu (tribunal correctionnel ou tribunal de police) ou l'acquitter (cour d'assises). Cette solution est dictée par l'adage *in dubio pro reo* (le doute profite à la personne poursuivie).

B. La démonstration de la culpabilité

Une fois les éléments de preuve réunis par le parquet ou, le cas échéant, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement, c'est au Ministère public de démontrer, au vu de ces éléments, que l'infraction reprochée est caractérisée.

Cette obligation découle du principe de la présomption d'innocence. En effet, la personne poursuivie n'a pas à prouver qu'elle est innocente, puisqu'elle est présumée être innocente tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable de manière définitive. C'est le Conseil constitutionnel qui a précisément affirmé que la règle selon laquelle la charge de la preuve incombe au Ministère public découle de la présomption d'innocence (Cons. const., déc. n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, § 33 – Sécurité et liberté ; Cons. const., déc. n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, Cour pénale internationale).

§2. La charge probatoire de la personne poursuivie

A titre d'exception, la charge de la preuve n'incombe plus au Ministère public mais revient à la personne poursuivie. Ce renversement de la charge de la preuve se produit lorsque la loi énonce des présomptions de faute. Ces présomptions ont pour effet de neutraliser la présomption d'innocence apparaissent difficile à rapporter. A côté de ces présomptions de droit, figurent des présomptions de fait qui permettent au juge de déduire l'élément intentionnel d'un comportement matériel.

A. Les présomptions de droit

En matière pénale, les présomptions de droit sont établies par la loi. Il s'agit d'un mécanisme probatoire qui permet de déduire un fait inconnu d'un ou plusieurs faits connus.

Le droit pénal connaît plusieurs mécanismes de présomptions de droit et celles-ci tendent d'ailleurs à se multiplier. Ces présomptions de droit prennent des formes variées portant soit un élément matériel, sur l'auteur et plus rarement sur l'élément moral. En tout état de cause, pour être valables ces présomptions doivent respecter les exigences européennes et constitutionnelles.

1. Les présomptions portant sur un élément matériel

Certaines présomptions portent sur l'un des éléments matériels de l'infraction afin de faciliter sa preuve. Tel est le cas en matière de blanchiment.

Le blanchiment est défini à l'article [324-1](#) du Code pénal comme « *le fait de faciliter par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* ».

La preuve de cette infraction s'avère difficile à rapporter, dès lors qu'elle résulte bien souvent de montages financiers très complexes (recours à des sociétés-écrans, à des comptes *offshore*) établis sur le territoire de plusieurs États, lesquels appliquent généralement strictement le secret bancaire.

Il est difficile de chiffrer le montant que représente le blanchiment d'argent. Dernièrement, la Cour des comptes a avancé que le blanchiment représente 3 % du produit intérieur brut (PIB) mondial et 1,3 % du PIB à l'échelle européenne, ce qui représente plusieurs centaines de milliards d'euros ([Rapport de la Cour des comptes sur l'évolution du dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux, 9 mars 2023](#)).

Pour lutter contre ce phénomène – lequel met en péril l'économie des États – le législateur essaye de renforcer la répression de cette infraction. L'un des mécanismes mis en place est une présomption inscrite à l'article [324-1-1](#) du Code pénal. Cette disposition prévoit que lorsque les conditions de réalisation d'une opération financière complexe ne trouvent aucune justification économique, les biens ou les revenus sont présumés être le produit d'un crime ou d'un délit.

La présomption établie porte sur l'origine illicite des biens, et non sur l'ensemble des éléments constitutifs du délit. Autrement dit, lorsque opération financière ne peut pas s'expliquer pour des raisons économiques, la loi présume que c'est parce que les mouvements financiers servent à cacher le fait que cet argent provient d'une infraction.

Cette présomption est simple, ce qui signifie que la personne poursuivie peut apporter la preuve contraire. En l'occurrence, elle devra fournir une justification économique au montage financier.

Une autre présomption de ce type est inscrite à l'article [225-6](#) du CP. Selon ce texte, est présumée proxénète la personne qui ne peut pas justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une autre personne se livrant habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec elle. Pour l'infraction de proxénétisme, la preuve est facilitée. Ainsi, l'enquêteur doit seulement établir la communauté de vie ou les relations habituelles, puis la réalité d'un train de vie.

Le législateur a donc établi une preuve indirecte du proxénétisme, laquelle est plus facile à apporter que la preuve directe. Dit autrement, à partir d'éléments factuels, la loi permet de présumer l'accomplissement de l'élément matériel du proxénétisme.

La loi du 23 janvier 2006 a généralisé cette présomption en créant un délit autonome de non-justification de ressources. Ainsi, l'article [321-6](#) du CP dispose que « *le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins 5 ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Cet article a introduit une présomption générale de recel fondée sur une infraction préalable inconnue.

Certes, présomption simple, mais il sera très difficile pour la personne de se défendre, dès lors qu'elle ne sait pas contre quoi exactement elle doit se défendre (la qualification de non-justification de ressources est très vague).

2. Les présomptions portant sur l'auteur

D'autres présomptions ne portent pas sur la matérialité de l'infraction, mais directement sur son auteur.

Ainsi, l'article [L. 121-2](#) du Code de la route indique que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est « *responsable pécuniairement* » des infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules ; infractions pour lesquelles une amende est encourue.

Cette présomption est simple, puisque le titulaire du certificat d'immatriculation – pour échapper à sa responsabilité pécuniaire – peut rapporter la preuve d'un événement de force majeure ou fournir des renseignements qui permettront d'identifier le véritable auteur de l'infraction (celui qui a mal stationné son véhicule).

Exemple

Par exemple, le titulaire du certificat d'immatriculation peut apporter la preuve du vol de son véhicule, établir que la personne identifiée comme l'auteur de l'infraction ne correspond pas à sa physionomie (Cass. crim., 17 février 2004, pourvoi n° [03-83.794](#)) ou produire l'attestation écrite d'un tiers qui témoigne qu'il se trouvait ailleurs au moment de l'infraction (Cass. crim., 1^{er} octobre 2008, pourvoi n° [08-82.725](#)).

La doctrine s'est interrogée sur la nature de cette présomption, dès lors que le texte parle « responsabilité pécuniaire ». S'agit-il d'une présomption de culpabilité (ce qui serait attentatoire aux droits et libertés fondamentaux des individus) ?

La Cour de cassation a été saisie de cette question concernant l'article [L. 121-3](#) du Code de la route, lequel prévoit que le titulaire de la carte grise du véhicule est « *redevable pécuniairement* » de l'amende encourue pour certaines infractions commises au volant (excès de vitesse, non-respect des signalisations imposant l'arrêt des véhicules, usage du téléphone tenu en main, franchissement des lignes continues, obligation du port du casque etc.). La qualification de présomption légale de culpabilité à l'égard du propriétaire du véhicule a été rejetée. Selon la Cour de cassation, le titulaire de la carte grise doit seulement payer l'amende (responsabilité pécuniaire), sans que les autorités de poursuites n'aient à démontrer qu'il a effectivement commis l'infraction (Cass. crim., 18 septembre 2012, pourvoi n° [10-88.027](#)).

Dans ce sens, le législateur a introduit à l'alinéa 2 de l'article L. 121-3 du Code de la route, cette précision : « *la personne déclarée redevable en application des dispositions du présent article n'est pas responsable pénalement de l'infraction* ». En d'autres termes, le titulaire de la carte grise doit payer l'amende, mais il n'est pas responsable pénalement. Quelles sont les conséquences concrètes de cette absence de responsabilité automatique ? Cela signifie en réalité que la présomption n'emporte pas la culpabilité, ni ses conséquences traditionnelles, c'est-à-dire pas inscription au casier judiciaire, pas de retrait des points sur le permis, par de prise en compte de cet acte pour le calcul de la récidive.

3. Les présomptions portant sur l'élément moral

Ce type de présomption est très rare, certainement parce que concernant l'élément moral, ce sont davantage des présomptions de fait qui sont exploitées par le juge (cf. *infra*).

Il existe toutefois une présomption de droit portant sur une partie de l'élément moral en matière de presse.

Exemple

Ainsi, l'[article 35 bis](#) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit « *Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur* ». Cette présomption porte sur le dol spécial de l'infraction, lequel ne doit pas être prouvé dans lequel où un individu a reproduit une imputation jugée diffamatoire.

4. Les exigences européennes et constitutionnelles

En principe, quelle que soit leur nature, les présomptions de droit sont admises par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) depuis sa décision *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988 (Série A, n° 141-A, req. n° [10519/83](#)).

Néanmoins, la CEDH soumet l'existence des présomptions à deux conditions : la gravité de l'enjeu et la préservation des droits de la défense.

La première condition est difficile à déterminer précisément. Il appartient au juge de déterminer au cas par cas si la présomption établie poursuit un enjeu suffisamment grave ou non.

La seconde condition tenant au respect des droits de la défense implique en réalité que la présomption établie soit une présomption simple. En effet, la personne poursuivie doit disposer de moyens pour renverser cette présomption.

Le Conseil constitutionnel adopte une position similaire. Ainsi, il considère qu'en « *principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive* ». Toutefois, des présomptions « *peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* ». Le Conseil semble donc tolérer les présomptions légales pour les infractions de faible importance (Cons. const., 16 juin 1999, déc. n° [99-411 DC](#)).

Exemple

A titre d'illustration, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions de la loi dite Hadopi 1 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Cette loi prévoyait la suspension de l'accès à Internet à l'encontre des personnes dont la ligne était utilisée pour commettre des actes de contrefaçon (téléchargements de musique, de films, échanges *peer to peer*). Pour échapper à cette sanction, le titulaire de l'accès à Internet devait « *produire des éléments de nature à établir que l'atteinte portée au droit d'auteur ou aux droits voisins procédait de la fraude d'un tiers* ». Autrement dit, l'utilisateur privé de sa ligne Internet devait prouver qu'il avait été piraté. Le Conseil a censuré ce dispositif consistant, selon lui, en « *un renversement de la charge de la preuve* » posant une « *présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à Internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit* » (Cons. const., 10 juin 2009, déc. n° [2009-580 DC](#)).

Plus récemment, en 2018, le pouvoir exécutif a tenté d'introduire une présomption irréfragable de non-consentement en cas de viol par un majeur sur un mineur de moins de 15 ans. Le Conseil d'État, dans un avis du 15 mars 2018, avait soulevé l'inconstitutionnalité d'une telle présomption. Cette présomption a donc été écartée. Sur ce sujet, la Chambre criminelle a eu l'occasion de rappeler indirectement qu'une telle présomption n'existe pas en droit français. Dans cette affaire, une victime alléguait plusieurs viols commis par des pompiers en 2019, alors qu'elle était âgée de 13 et 14 ans (Cass. crim., 17 mars 2021, pourvoi n° [20-86.318](#)).

La loi du 3 août 2018 a néanmoins facilité la preuve de la contrainte exercée par un majeur sur un mineur en cas d'agression sexuelle.

Ainsi, l'article [222-22-21](#) alinéa 2 du CP définit la contrainte de la sorte : « *Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur* ».

Le troisième alinéa ajoute : « *Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes* ».

La preuve de la contrainte (l'un des éléments matériel) est donc facilitée dans le cas d'agression sexuelle commise par un majeur sur un mineur.

B. Les présomptions de fait

Les présomptions de fait permettent au juge de déduire l'élément moral de l'infraction à partir d'un ou plusieurs faits matériels.

Elles facilitent le travail du juge lorsqu'il doit établir un élément complexe : l'intention ou non. Cet élément peut s'avérer difficile à établir, puisque le juge ne peut pas sonder le cœur et l'esprit de la personne poursuivie ; celle-ci peut d'ailleurs nier son intention afin que les faits soient requalifiés en une infraction moins grave et donc baisser la peine encourue.

Exemple

A titre d'illustration, la Chambre criminelle a considéré que le fait que l'individu ait épaulé son arme, dirigé vers le pare-brise d'un véhicule et tiré 5 coups de feu constituent des circonstances qui permettent d'établir l'intention de l'auteur de tirer des coups de feu (Cass. crim., 22 mai 1989, pourvoi n° [89-81.397](#)).

De même, les juges ont déduit l'*animus necandi* des circonstances matérielles (arme utilisée, nombre de coups tirés, localisation des coups) dans le cas où l'accusé a armé une carabine et tiré un premier coup de feu à travers la vitre de sa caravane en direction de son frère. Il est ensuite sorti de la caravane et a tiré à trois reprises sur le capot du véhicule de son frère avant de tirer le coup de feu mortel. Les expertises balistiques révéleront que le coup n'a pas pu partir de manière accidentelle, car il fallait l'armer deux fois (Cass. crim., 18 juin 1991, pourvoi n° [91-82.033](#)).

Les présomptions de fait constituent un instrument indispensable à la preuve des infractions intentionnelles, même si elles ne respectent pas strictement les exigences de démonstration de l'élément moral (celui-ci devrait être prouvé indépendamment de l'élément matériel). Néanmoins ces présomptions sont inévitables : elles permettent de faire face à la difficulté, quasi-insurmontable, de démontrer que l'auteur des faits était guidé par une intention coupable. Cet élément occulte, qui relève de la psychologie de l'auteur, peut donc être déduit à partir de faits apparents.

Section 2. L'obtention de la preuve

Il existe deux systèmes opposés permettant la production de la preuve en justice : d'une part, le système de la liberté de la preuve, d'autre part, le système des preuves légales.

Dans le premier système, la recherche des preuves est libre. Elle peut se faire par tout moyen, les preuves ne sont pas hiérarchisées et le juge n'est pas lié par les preuves produites devant lui.

A l'inverse, dans le second système, la preuve est légale, ce qui signifie que les parties ne peuvent produire en justice que les preuves qui sont autorisées par la loi. De plus, les preuves sont hiérarchisées entre elles, de sorte que certaines preuves prévalent sur d'autres. Enfin, le juge qui reconnaît l'existence de la preuve est lié par son contenu, autrement dit, il ne peut pas l'ignorer.

En France, la matière pénale est gouvernée par le système de la liberté de la preuve.

Ainsi, l'article 427 du Code de procédure pénale indique : « *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* ».

Ce texte fonde le système de liberté de la preuve pénale et son corollaire : l'intime conviction du juge.

Est-ce à dire que la preuve peut être obtenue sans respect d'aucune règle ? Par exemple, une perquisition peut-elle avoir lieu à tout moment, dans n'importe quel lieu, sans aucun témoin ?

En réalité, aux côtés du principe de liberté de la preuve, figure un autre principe. Certes la preuve pénale peut être recherchée par tout moyen, mais elle doit dans le même temps être conforme au droit. C'est le principe de licéité de la preuve. Dit autrement, les infractions peuvent être prouvées librement, mais les moyens employés pour rechercher et produire les preuves de l'infraction ne peuvent pas dépasser le cadre fixé par le Code de procédure pénale et la jurisprudence.

Le système probatoire est donc guidé par deux principes : celui de la liberté de la preuve (§1) et celui de la licéité de la preuve (§2).

§1. La liberté de la preuve

Le principe de liberté de la preuve doit être défini avant d'indiquer son champ d'application.

A. Définition

Le principe de la liberté de la preuve contient deux aspects complémentaires. D'abord, la liberté de rechercher et de produire la preuve en justice, ce qui signifie que les autorités publiques ou les parties au procès ont la liberté de rechercher tous les éléments qui participent à la découverte de la vérité et de les produire devant le juge. Ensuite, la liberté d'appréciation de la preuve offre la possibilité au juge de se laisser convaincre par une ou plusieurs preuves, ou considérer, à l'inverse, qu'un élément produit devant lui n'est pas suffisamment convaincant.

1. La liberté de rechercher et de produire des preuves

Cette liberté laissée dans la recherche et la production des preuves ne connaît pas la même application auprès des parties publiques et des parties privées.

a. Les parties publiques

La liberté de chercher et de produire la preuve se manifeste à tous les stades de la procédure et pour toutes les autorités publiques (police judiciaire, procureur, juge d'instruction).

Ainsi, l'article 14 du CPP attribue aux officiers de police judiciaire la charge de « *constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs* ».

Pour ce faire, la police judiciaire a la possibilité de recourir aux modes de preuve prévus par la loi, tout en conservant sa liberté.

Exemple

Par exemple, l'article L. 234-3 du Code de la route prévoit que les contrôles d'alcoolémie s'effectuent à l'aide d'un éthylotest. Toutefois, rien n'interdit de recourir à d'autres modes de preuve. L'état d'ivresse a ainsi pu être prouvé à l'aide de plusieurs témoins ayant constaté qu'un conducteur était endormi au volant, que son haleine sentait l'alcool, et qu'il avait un comportement « *bourru et sa prononciation était embarrassée* » (Cass. crim., 24 janvier 1973, pourvoi n° 72-90.691).

Quant au juge d'instruction, il bénéficie aussi de cette liberté dans la recherche de la preuve, en vertu de l'article 81 du CPP, qui lui impose de procéder « *à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité* ».

Cette liberté existe également devant la juridiction de jugement.

Exemple

Comme l'a rappelé l'Assemblée plénière dans l'affaire Papon qui a autorisé la projection de deux dépositions de témoins qui avaient eu lieu quelques années plus tôt dans le procès de Klaus Barbie (Cass., Ass. plén., 11 juin 2004, pourvoi n° 98-82.323).

b. Les parties privées

Les parties privées (personne poursuivi, partie civile) ont le droit de produire en justice toutes les preuves qu'elles ont pu rechercher, et ce même si elles ont été obtenues illégalement. Il s'agit d'une différence importante par rapport aux autorités publiques, lesquelles sont astreintes au strict respect de la loi. Cette distinction s'explique par le fait que les parties privées ne possèdent pas les pouvoirs conférés aux autorités publiques.

Cette tolérance à l'égard des parties privées (essentiellement la partie civile) se trouve dans la jurisprudence.

Exemple

A titre d'illustration, dans une affaire de meurtre sur une fillette, la mère de la victime avait procédé à l'enregistrement d'une conversation entretenue avec son ex-mari durant laquelle ce dernier reconnaissait le meurtre. Or, l'enregistrement de cette conversation privée est illégal, puisqu'il constitue l'infraction d'atteinte à la vie privée. Pourtant, les bandes magnétiques ont été produites devant la cour d'assises et le père condamné. La Cour de cassation a confirmé la condamnation au motif que les parties privées ont le droit de produire en justice des preuves obtenues illégalement (Cass. crim., 6 avril 1993, pourvoi n° 93-80.184).

Les preuves produites par une partie civile peuvent aussi provenir d'un vol.

Exemple

Par exemple, dans l'affaire HSBC, la Cour de cassation a ainsi admis que les fichiers volés par un employé soient saisis au cours d'une perquisition et utilisés ensuite dans le cadre de poursuites pénales pour fraude fiscale (Cass. crim., 27 novembre 2013, n° [13-85.042](#)).

De manière générale, la Cour de cassation applique la règle selon laquelle « *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (...). Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du CPP, d'en apprécier la valeur probante* » (Cass. crim., 15 juin 1993, pourvoi n° [92-82.509](#)).

Autrement dit, les juges ne peuvent pas prononcer l'irrecevabilité des preuves produites par les parties privées. Ces preuves doivent nécessairement être examinées par la juridiction de jugement. Cette jurisprudence est une faveur aux parties privées, lesquelles peuvent rechercher les preuves en violation de la loi (atteinte à la vie privée, au secret de l'instruction, vol, voire des violences même si cela n'a pas été expressément admis).

De plus, les parties privées peuvent recourir à des procédés déloyaux, en ce qu'il s'agit de pousser un individu à commettre une infraction.

Exemple

Par exemple, les associations de lutte contre le racisme utilisent la preuve dite par *testing* pour prouver des discriminations. Cette technique consiste à présenter des couples de types différents à l'entrée des clubs privés pour constater que les propriétaires opèrent une sélection discriminatoire en fonction de leur race ou de leur couleur de peau. Ce stratagème s'avère déloyal, car il provoque la commission des discriminations (sans l'intervention de ces associations, rien ne garantit que l'infraction aurait été commise). Cette pratique a d'abord été autorisée par la Cour de cassation sur le fondement de la liberté de la preuve accordée aux parties privées (Cass. crim., 11 juin 2002, pourvoi n° [01-85.559](#)), puis ce procédé a été légalisé par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances et figure désormais à l'article [225-3-1](#) du Code pénal.

Si les parties privées peuvent obtenir et présenter en justice des preuves obtenues illégalement, ce n'est pas sans conséquences juridiques. En effet, la preuve obtenue par la commission d'une infraction est susceptible d'entraîner des poursuites pénales à l'encontre de celui qui a commis cette infraction (vol, violation de domicile etc.).

Une seule exception jurisprudentielle a été établie : si la preuve a été recueillie dans le but d'exercer des droits de la défense en justice, l'auteur des faits est déclaré irresponsable pénalement.

Exemple

Par exemple, un salarié opposé à son employeur dans une instance prud'homale ne peut pas être poursuivi pénalement pour avoir reproduit des documents appartenant à son employeur lorsque cet acte était strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense (Cass. crim., 11 mai 2004, pourvoi n° [03-85.521](#) ; Cass. crim., 16 juin 2011, pourvoi n° [10-85.079](#)).

Récemment, la Chambre criminelle a étendu ce fait justificatif des droits de la défense en dehors du cadre d'une instance prud'homale.

Exemple

Ainsi, elle a jugé que lorsque la commission d'une infraction, en l'occurrence l'abus de confiance, est strictement nécessaire pour l'exercice des droits de la défense du prévenu, la relaxe de ce dernier s'impose (Cass. crim., 8 mars 2023, pourvoi n° [22-81.040](#)).

2. La liberté d'apprécier la preuve

La procédure pénale est gouvernée par l'intime conviction.

L'intime conviction signifie que les juges apprécient librement la culpabilité de la personne poursuivie au regard des preuves produites devant eux.

Les juges ne sont liés par aucune preuve. Aucune hiérarchie légale n'est établie entre les différents types de preuves (la loi ne dit pas que la preuve ADN a une valeur supérieure au témoignage). Les juges décident alors, sans contrainte, selon leur intime conviction, que telle preuve est plus convaincante que telle autre. Dès lors, même si le prévenu a avoué des faits, la juridiction reste libre de prononcer la relaxe en estimant que cet aveu est insuffisant (art. 428 du CPP).

Cependant, l'intime conviction ne dispense pas la juridiction de motiver sa décision (de culpabilité ou non culpabilité).

Selon l'article 485 du CPP, le jugement du tribunal correctionnel doit contenir des motifs qui « *constituent la base de la décision* ».

Exemple

Par exemple, la Chambre criminelle a rappelé que tout jugement de condamnation doit constater, à la charge du prévenu, l'existence de chacun des éléments constitutifs de chacune des infractions dont il le déclare coupable. Ainsi, pour dire que sont établis les faits d'agression sexuelle sur mineurs de quinze ans, les juges doivent caractériser l'élément intentionnel et dire en quoi les atteintes sexuelles auraient été commises sur les victimes avec violence, contrainte, menace ou surprise (Cass. crim., 25 janvier 2023, pourvoi n° 22-83.344).

Devant la Cour d'assises, cette motivation est inscrite dans une « *feuille de motivation* » annexée à l'arrêt. Quelle que soit la forme de la motivation, elle n'entre pas en contradiction avec l'intime conviction. La motivation impose seulement aux juges d'expliquer les raisons (preuves) qui les ont conduits à prendre leur décision.

L'intime conviction entre en jeu au moment de la délibération. C'est à cet instant que les juges apprécient la valeur probante des éléments produits devant eux. Toutefois, l'intime conviction ne signifie pas que le raisonnement des juges est approximatif ou arbitraire. Au contraire, elle permet aux juges de forger la certitude de la culpabilité ou de l'innocence de la personne poursuivie. Et si un doute subsiste, il doit profiter à cette personne et les juges ne peuvent pas prononcer de condamnation. C'est l'application de l'adage *in dubio pro reo* : le doute profite à l'accusé.

Si le système probatoire est gouverné par la liberté de la preuve, il existe toutefois des tempéraments. Ceux-ci apparaissent dans le domaine d'application.

B. Domaine d'application

Certains domaines échappent à la liberté de la preuve, ceux-ci sont alors régis par le système de légalité de la preuve (la loi indique les preuves autorisées).

D'abord, le principe de la liberté de la preuve ne s'applique pas pour les contraventions.

En effet, l'article 537 alinéa 1^{er} du CPP dispose que « *les contraventions sont prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports ou de procès-verbaux à leur appui* ».

Seuls deux types de preuves sont donc admis pour établir les contraventions : les procès-verbaux et rapports, d'une part, et les témoignages, d'autre part.

Si ces éléments ne sont pas produits devant le juge, la culpabilité de la personne poursuivie ne peut être établie. En revanche, si ces preuves existent, elles lient le juge. L'article 347 alinéa 2 du CPP prévoit en effet que « *les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire (...) font foi jusqu'à preuve du contraire* ».

Ici, l'intime conviction disparaît. Si les éléments de fait qui ressortent de procès-verbal ne sont pas contredits, le juge doit les tenir pour vrais.

Exemple

Par exemple, la Cour de cassation a censuré la décision d'une juridiction qui a refusé de sanctionner un dépassement de 1 km/h de la vitesse autorisée (constatée dans un procès-verbal) en se alléguant une marge d'erreur du radar. La Cour de cassation casse la décision du juge du fond qui n'a pas constaté que la preuve contraire aux énonciations du procès-verbal avait été rapportée dans les conditions prévues par la loi (Cass. crim., 9 novembre 2005, pourvoi n° [05-83.651](#)).

Le système de la preuve légale pour les contraventions a aussi des conséquences sur le prévenu. Si celui-ci veut échapper à sa condamnation, il est soumis au régime des preuves légales. Autrement dit, il ne peut apporter la preuve contraire que par écrit ou par témoins.

Néanmoins, à propos de l'écrit, la jurisprudence est stricte.

Exemple

Par exemple, lorsque le ticket d'horodateur est produit contre un procès-verbal de contravention, le juge pénal peut considérer que le ticket n'est pas suffisamment probant, car ce justificatif de paiement a pu être acquis pour un autre véhicule (Cass. crim., 13 décembre 2016, pourvoi n° [15-86.915](#)).

Ensuite, le système des preuves légales apparaît pour certains délits. C'est le cas dans le domaine des infractions routières.

Exemple

Par exemple, l'article [L. 235-1](#) du Code de la route punit le fait de conduire un véhicule après avoir fait usage de stupéfiants, dès lors que cet usage a été établi par une analyse sanguine ou salivaire. Le juge ne peut donc pas relaxer le prévenu uniquement parce qu'un médecin estime que la présence de stupéfiants était trop faible pour exercer une influence sur le comportement du conducteur (Cass. crim., 8 juin 2001, pourvoi n° [11-81.218](#)).

En conclusion, malgré ces différents exemples, le principe de la liberté de la preuve domine largement la procédure pénale. Pour éviter que cette liberté ne s'exerce au détriment des droits des parties, le CPP et la jurisprudence imposent que cette preuve soit recherchée de façon licite.

§2. La licéité de la preuve

Le principe de licéité de la preuve implique que la recherche, la production et l'appréciation des preuves pénales se fassent conformément au droit.

Cette conformité au droit signifie que, d'une part, l'établissement de certaines preuves est soumis à un cadre législatif très précis. Tel est le cas des perquisitions, des écoutes téléphoniques ou des procédures de sonorisation. Ces preuves sont des actes de procédure soumis à un formalisme lourd inscrit dans le code de procédure pénale. Ce cadre législatif sera étudié dans la partie du cours relative aux actes d'enquête.

La conformité au droit signifie, d'autre part, que la preuve doit être licite. La licéité recouvre deux aspects complémentaires : la loyauté et le respect des droits fondamentaux.

A. La loyauté

La notion de loyauté n'est pas expressément employée dans le Code de procédure pénale (cela sera peut-être le cas après la réécriture du CPP). C'est une jurisprudence ancienne qui a développé le principe selon lequel les preuves obtenues de manière déloyale par les autorités publiques sont irrecevables. Ce principe s'applique donc uniquement aux autorités publiques, et non aux parties privées.

Dès lors, quand est-ce qu'une preuve est déloyale ?

La preuve est déloyale lorsqu'elle a été obtenue par fraude ou au moyen d'un stratagème.

Exemple

Dans un arrêt du 12 juin 1952 (JCP G 1952, II, 7241), la Cour de cassation s'est prononcée sur le stratagème mis en place par un policier agissant sur commission rogatoire. Ce dernier a tenté de prouver les faits de corruption en sollicitant d'un témoin qu'il propose, par téléphone, le versement d'une somme d'argent à un fonctionnaire. Pendant le déroulé de la conservation, le policier consignait les propos du fonctionnaire suspecté. Selon la Chambre criminelle, « *l'opération exécutée de telle façon doit être considérée comme nulle. Elle a eu pour but et pour résultat d'éluder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction ou son délégué ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense* ».

La déloyauté dans cette affaire tient au fait que le policier n'a pas recueilli la preuve de façon passive, mais il a provoqué l'infraction. Sans l'intervention du policier, il n'est pas établi que l'infraction se serait produite.

Néanmoins, le principe de la loyauté n'interdit pas aux policiers de participer à la commission de l'infraction. Tel est souvent le cas dans les affaires de trafic de stupéfiants où des agents sont infiltrés dans des réseaux.

Où se situe alors la frontière dans le comportement des autorités policières ? La jurisprudence admet les agissements qui *ne déterminent pas l'infraction*, mais permettent simplement *d'en constater l'existence*. S'il s'agit seulement de constater les infractions, les preuves rapportées demeurent loyales.

Exemple

A titre d'illustration, l'intervention des policiers a lieu dans un contexte préexistant du trafic révélé par la rapidité avec laquelle les délinquants ont pu se procurer 350 kilos de cocaïne, un avion pour assurer le transport de la drogue, et des individus armés pour la réceptionner à l'atterrissage. Dans ce contexte, la Cour de cassation estime que les faits ne révèlent aucune machination de nature à déterminer les agissements délictueux (Cass. crim., 22 juin 1994, pourvois n^{os} [92-85.123](#), [92-85.124](#) et [92-85.637](#)).

En résumé, l'intervention policière est licite si elle provoque à la *preuve* et elle est illicite si elle provoque à l'*infraction*. Ce critère de distinction figure à l'article [706-81](#) al. 2 du CPP, lequel permet l'infiltration d'officier de police judiciaire (OPJ) et d'agent de police judiciaire (APJ) dans des réseaux de criminalité organisée, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une incitation à commettre des infractions.

De manière plus générale et en dehors du contexte des infiltrations policières, le principe de la loyauté pénale s'est fortement développé cette dernière décennie à chaque fois que les autorités usent de stratagèmes ou de ruses dans leurs enquêtes.

La jurisprudence applique la même distinction entre le stratagème conduisant à la provocation de l'infraction (déloyal) et celui conduisant à la provocation de la preuve (loyal).

Exemple

Dans un arrêt de principe, la Cour de cassation a censuré un stratagème policier qui a consisté à placer en garde à vue deux suspects dans des cellules contiguës et à dissimuler des micros pour enregistrer leurs propos lors des pauses prises au même moment. La Cour de cassation a affirmé que « *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* ». Elle ajoute que « *la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement des deux suspects dans des cellules contiguës et la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves* » (Cass. crim., 7 janvier 2014, pourvoi n° [13-85.246](#)). Cette affaire a donné lieu à l'intervention de l'Assemblée plénière, laquelle a confirmé la solution de 2014 (Cass., Ass. plén., 6 mars 2015, pourvoi n° [14-84.339](#)).

Cette jurisprudence a pour effet d'étendre le principe de loyauté, dès lors qu'ici les policiers n'ont pas provoqué à l'infraction (elle a déjà été commise, puisque des suspects sont placés en garde à vue), mais ont voulu provoquer à la preuve. A travers cette jurisprudence, on a pu penser que la loyauté ne se limitait plus aux

seules provocations policières, mais pouvait s'appliquer à tous les stratagèmes et ruses mises en place par les autorités policières.

Exemple

Dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de cassation a également retenu la déloyauté de la preuve dans une affaire célèbre dite du « Roi du Maroc ». Dans cette affaire, l'avocat du Roi avait alerté le procureur de la République français de faits de chantage dont son client était victime de la part de deux journalistes français. Après cette dénonciation, l'avocat avait organisé plusieurs échanges avec les journalistes et les avait enregistrés. Les OPJ ont assisté à toutes ces rencontres et dressé procès-verbal de leurs constatations avant d'arrêter les suspects (car il y avait eu échange d'argent à la fin du rendez-vous). La Cour, sans parler de provocations policières, a constaté que l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention des enregistrements par un particulier sans le consentement des intéressés. Cette participation était donc déloyale (Cass. crim., 20 septembre 2016, pourvoi n° [16-80.820](#)). Cette solution s'inscrivait dans la continuité de la jurisprudence relative à la sonorisation des cellules de garde à vue, dès lors qu'ici l'infraction avait déjà été commise, mais qu'un stratagème a été mis en place uniquement dans le but de récupérer des preuves.

Après la solution de la Cour de cassation, l'affaire a été renvoyée devant la chambre d'instruction. Or celle-ci a – contrairement à la décision de la Cour de cassation – refusé d'annuler les procès-verbaux de l'enregistrement de ces conversations. L'Assemblée Plénière a donc été réunie. Celle-ci a considéré que la chambre de l'instruction avait pu déduire des faits l'absence de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements litigieux. En d'autres termes, l'Assemblée plénière a déclaré que la loyauté de la preuve avait été respectée (Cass., Ass. plén., 10 novembre 2017, pourvoi n° [17-82.028](#)). La jurisprudence revient ainsi à sa solution classique consistant à distinguer entre provocation à l'infraction et provocation à la preuve. Un stratagème n'est pas en soi déloyal, il l'est uniquement s'il conduit à provoquer à l'infraction.

Plus récemment, la Cour de cassation a, à nouveau été saisie d'une affaire où le principe de loyauté était le point central.

Exemple

C'est l'affaire de la sextape du footballeur Valbuena. Dans cette affaire, le joueur a été menacé de voir divulguée une « sextape » dans laquelle il apparaîtrait. Il a porté plainte pour tentative de chantage. Afin de découvrir l'identité des auteurs, le procureur de la République a autorisé un officier de police judiciaire à négocier par téléphone avec la personne soupçonnée, en se faisant passer pour le mandataire de la victime alléguée. L'Assemblée plénière a été saisie de cette affaire. Dans un arrêt du 9 décembre 2019 (pourvoi n° [18-86.767](#)), elle répond que : *« toute méthode d'investigation qui contribuerait à provoquer la commission de l'infraction est proscrite, le stratagème ainsi employé étant alors de nature à entraîner la nullité des actes de procédure. En dehors de cette hypothèse, le recours, par les autorités publiques, à un stratagème tendant à la constatation d'une infraction ou l'identification de ses auteurs ne constitue pas, en soi, une atteinte au principe de loyauté de la preuve. Pour qu'une telle atteinte soit constituée, il est nécessaire que le procédé employé, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, ait pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie »*. En l'espèce, aucune atteinte au principe de loyauté n'a été constatée. Les autorités ont seulement agi pour provoquer la preuve et non l'infraction.

La jurisprudence s'est ainsi stabilisée en revenant à sa distinction originelle : une provocation policière à l'infraction est déloyale (irrecevabilité de la preuve), tandis qu'une provocation à la preuve est loyale (recevabilité de la preuve).

Exemple

Dans l'affaire dite Benalla, une vidéo montrant un homme donnant des coups à un autre lors d'un rassemblement a été diffusée sur les réseaux sociaux. Les journalistes ont remis l'enregistrement (dont la source n'a pas été identifiée) aux enquêteurs. La question s'est posée de savoir si les impératifs de loyauté et de légalité de la preuve s'appliquent aux journalistes. Toutefois, la jurisprudence a retenu qu'il n'est pas établi qu'ils ont concouru à la réalisation de l'enregistrement. En l'absence de preuve de déloyauté, ces enregistrements sont donc déclarés recevables. La Chambre criminelle saisit l'occasion de cet arrêt pour indiquer que les journalistes ne sont pas soumis aux impératifs de loyauté et de légalité de la preuve, car il s'agit de personnes privées, tiers au procès, et l'impossibilité de connaître l'origine des enregistrements sonores met en cause, non pas la régularité de la procédure, mais le contrôle de la valeur probante de ceux-ci (Cass. crim., 1^{er} décembre 2020, pourvoi n° [20-82.078](#)). Dans une autre affaire, la question de la loyauté du recours au procédé dit du « client mystère » a été posée. La loi permet à certains agents de l'administration spécialement habilités de faire usage d'une identité d'emprunt pour contrôler la vente de biens et services sur internet et établir la preuve d'éventuelles fraudes. Il s'agit, par exemple, de présenter un client potentiel comme gagnant effectif d'un cadeau qui n'est qu'hypothétique et dépend en réalité d'un tirage au sort. Selon la Chambre criminelle, ce procédé du « client mystère » n'est pas contraire au principe du procès équitable, à condition que l'agent ne provoque pas à l'infraction et que ce procédé n'ait pas pour objet ou effet de contourner ou détourner la procédure et de vicier la recherche de la preuve (Cass. crim., 27 juin 2023, pourvoi n° [22-83.338](#)).

S'ajoute à cette exigence de loyauté, l'obligation – pour les autorités publiques – de respecter les droits fondamentaux dans l'obtention de la preuve.

B. Les droits fondamentaux

La licéité de la preuve implique également le respect, par les autorités publiques, de plusieurs droits fondamentaux lorsqu'ils cherchent à obtenir des preuves. Par exemple, elles sont tenues de respecter le principe du contradictoire, lequel découle du droit à un procès équitable inscrit à l'article 6 §1 de la [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) (Conv. EDH) (cf. *supra*). En outre, doivent être respectée le droit à la vie privée et le secret professionnel. L'émergence de ces droits fondamentaux constitue un nouvel obstacle à l'obtention de la preuve.

1. La vie privée

L'article 8 de la Conv. EDH protège la vie privée des individus contre l'ingérence des États.

L'article 8 de la Conv. EDH stipule : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* »

Dans ce sens, le Code pénal incrimine les atteintes à la vie privée (art. [226-1](#) du CP). Le respect de la vie privée est également assuré par le Code de procédure pénale qui règlemente les écoutes téléphoniques et les perquisitions, mesures qui portent nécessairement atteintes à la vie privée.

La jurisprudence a évolué en matière de respect de la vie privée et des conséquences d'une atteinte à la vie privée sur la recevabilité des preuves.

Dans un premier temps, la Chambre criminelle était réticente à écarter une preuve sur le fondement d'une atteinte à la vie privée.

Exemple

Elle a ainsi jugé que l'observation au moyen de jumelles depuis l'extérieur d'une propriété ne constituait pas une atteinte à la vie privée (Cass. crim., 23 août 1994, pourvoi n° [93-84.739](#), *Bull.* 1994, n° 291). Dans ce sens également, la Chambre civile a considéré que des photographies anthropomorphiques et un relevé d'empreintes digitales recueillis à l'occasion d'une enquête ne portaient pas atteinte au droit à la vie privée, dans la mesure où ils étaient conservés par les services de police, que leur utilisation était limitée à leurs enquêtes tout en respectant les conditions prévues par la loi (Cass. civ. 2^{ème}, 18 décembre 2003, pourvoi n° [02-10.237](#), *Bull.* 2003, n° 404).

Toutefois, cette position s'opposait à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle garantit une protection efficace de la vie privée au cours d'une enquête pénale. Dans la célèbre décision *Kruslin c. France* du 24 avril 1990 (req. n° [11801/85](#), *Rec. CEDH*, 1990, série A, n° 176-A), la CEDH a condamné la France pour violation de la vie privée dans le fait que les écoutes téléphoniques réalisées au cours d'enquêtes pénales n'étaient pas autorisées par la loi. A la suite de cette condamnation, le législateur français a dû adopter un régime légal détaillé règlementant les écoutes téléphoniques lors d'enquêtes pénales (art. [100 et s.](#) du CPP).

Puis, la France a été condamnée pour avoir procédé à la sonorisation (pose de micros) de l'appartement d'une personne et du parloir d'une prison, lieux par nature destinés à abriter la vie privée (CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c. France*, req. n° [59842/00](#) ; CEDH, 20 mars 2006, *Wisse c. France*, req. n° [71611/01](#)). Ces décisions ne condamnent pas en soi le procédé de sonorisation. En revanche, la Cour européenne exige du droit français qu'il réglemente clairement le pouvoir d'ingérence des autorités dans la vie privée des personnes poursuivies, tout comme l'étendue et les modalités d'exercice de leur pouvoir d'appréciation dans ce domaine. Autrement dit, dans la mesure où la sonorisation porte atteinte à la vie privée, elle doit être encadrée par la loi. Tel est désormais les cas dans le Code de procédure pénale.

La CEDH s'est également prononcée sur la conformité à la vie privée de certains fichiers constitués pour des enquêtes pénales.

Exemple

Ainsi, le fichier des empreintes digitales n'était pas conforme à l'article 8 de la convention européenne (CEDH, *M. K. c. France*, 18 avril 2013, req. n° [19522/09](#)). En l'espèce, le requérant avait été relaxé dans le cadre d'une procédure pénale. Il se plaignait de la conservation de ses empreintes digitales malgré sa demande d'effacement dans le fichier. La CEDH a estimé que la conservation de ces données sensibles n'était pas strictement encadrée par la législation. Elle exige donc que le cadre légal soit suffisamment précis pour que cette ingérence dans la vie privée soit proportionnée à la gravité des infractions et aux nécessités des enquêtes.

S'agissant du fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), la CEDH a condamné la France pour violation de la vie privée, car « aucune différenciation n'est actuellement prévue en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction commise, et ce nonobstant l'importante disparité des situations susceptibles de se présenter dans le champ d'application de l'article 706-55 du CPP » (CEDH, *Aycaguer c. France*, 22 juin 2017, req. n° [8806/12](#)).

A travers ces décisions, la CEDH se montre exigeante quant au respect de la vie privée dans la recherche des preuves. Sous l'influence de cette jurisprudence, la Cour de cassation a, dans un second temps, accru son contrôle du respect de la vie privée lors d'enquêtes pénales.

Exemple

Dans un important arrêt du 21 mars 2007 (pourvoi n° [06-89.444](#)), la chambre criminelle a considéré, au visa de l'article 8 de la Conv. EDH, que le fait, pour des policiers, de photographier à leur insu les personnes se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée est irrégulier. Elle a également estimé que porte atteinte à la vie privée le fait pour des enquêteurs de photographier clandestinement, au moyen d'un téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée non visibles depuis la voie publique.

La Cour de cassation prend donc désormais en compte le respect de la vie privée au moment de la recherche de la preuve. Cette intégration du droit au respect de la vie privée dans l'obtention de preuve par la Cour de

cassation doit toutefois être relativisée, puisque, de manière pragmatique, il faut aussi que les enquêteurs puissent mener à bien leurs enquêtes.

Exemple

C'est ainsi que la jurisprudence a autorisé les policiers à prendre des photographies d'objets volés à travers l'ouverture supérieure d'une porte de garage, sans que cela ne porte atteinte à la vie privée (Cass. crim., 12 mars 2008, pourvoi n° [07-88.604](#)). Cette jurisprudence doit être interprétée de telle manière que des photographies portant uniquement sur des objets, et non sur des personnes, ni sur des données personnelles (ex : plaque d'immatriculation) ne sont pas protégées par la vie privée. De même, les enquêteurs peuvent tout à fait consigner dans un procès-verbal des « constatations visuelles à partir de points hauts situés à l'extérieur de la propriété » (Cass. crim., 25 juin 2014, pourvoi n° [14-81.647](#)).

Il apparaît donc, à travers cette jurisprudence fine, que si les policiers n'utilisent pas des moyens techniques (caméra, appareil photo etc.) ou s'ils visent des objets (ne pouvant conduire à l'identification directe des individus), les policiers peuvent regarder à l'intérieur d'une propriété et procéder à des constatations sans porter atteinte à la vie privée.

Exemple

Enfin, récemment, la Chambre criminelle a indiqué que le fait pour les enquêteurs, à l'occasion d'une filature, de prendre des photographies sur la voie publique, sans solliciter l'autorisation d'un magistrat, n'est pas assimilé à la mise en place d'un dispositif de captation et d'enregistrement continu d'images de personnes se trouvant dans un lieu privé. Ce procédé ne porte donc pas atteinte à la vie privée (Cass. crim., 6 avril 2022, pourvoi n° [21-84.092](#)).

La Chambre criminelle a récemment apporté des précisions en indiquant que la captation et la fixation, par une autorité publique, de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu public ne constituent pas en elles-mêmes une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée de cette personne. En revanche, seul l'enregistrement permanent ou systématique de données visuelles la concernant peuvent entraîner une atteinte au droit en cause (Cass. crim., 10 mai 2023, pourvoi n° [22-86.186](#)).

2. Le secret professionnel

La recherche de la preuve peut aussi se heurter au secret, lequel protège certaines professions (médecins, prêtres, journalistes...) ou au secret de l'enquête et de l'instruction. Face à ce secret, les autorités publiques ne peuvent pas obtenir certaines preuves.

S'agissant plus précisément du secret en matière de presse, l'article [109](#) du CPP prévoit que le journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans le cadre de son exercice professionnel peut conserver le secret de ses sources. Ce secret des sources est essentiel pour permettre aux journalistes d'exercer leur métier tout en garantissant la liberté de la presse.

La jurisprudence protège efficacement le respect des sources des journalistes. Au premier chef, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui rappelle que « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse » (CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° [17488/90](#)).

Exemple

Elle a ainsi condamné les États qui ont autorisé des perquisitions dans des locaux de presse afin d'y collecter des informations sur les sources des journalistes (CEDH, 28 sept. 2012, *Ressiot et a. c. France*, req. n° [15054/07](#) et [15066/07](#) ; CEDH, 18 avril 2013, *Saint-Paul Luxembourg SA c. Luxembourg*, req. n° [26419/10](#)). Ont aussi été condamnés les États qui ont placé sous écoute téléphonique des journalistes pour identifier leurs sources (CEDH, 22 novembre 2012, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B. V. et a. c. Pays Bas*, req. n° [39315/06](#)).

En France, c'est la loi n° [2010-1](#) du 4 janvier 2010 qui a consacré la protection du secret des sources en réglementant strictement les réquisitions, perquisitions, écoutes téléphoniques et témoignages des

journalistes. Malgré ce secret, dans plusieurs affaires, les enquêteurs ont essayé de le contourner afin d'obtenir des informations importantes.

Ces pratiques ont conduit à d'importantes décisions relatives aux relevés téléphoniques, appelés « fadettes » dans le jargon policier.

Exemple

Dans une affaire, un journaliste a révélé des informations pourtant couvertes par le secret d'instruction. Les enquêteurs ont alors voulu identifier la personne ayant divulgué ces informations à la presse, car elle a commis l'infraction de violation du secret d'instruction. Le procureur a requis l'identification des numéros de téléphone des personnes ayant correspondu avec le journaliste. Concrètement, le procureur voulait les factures détaillées du téléphone du journaliste pour identifier les numéros ayant correspondu avec lui et ainsi identifier sa source. La Chambre criminelle a annulé les réquisitions du procureur pour violation du secret des sources. Elle a estimé que l'atteinte au secret des sources n'était pas justifiée par l'existence d'un impératif prépondérant d'intérêt public et la mesure n'était pas strictement nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi (Cass. crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° [11-83.970](#)). Dans cette décision, la Chambre criminelle semble laisser ouverte la possibilité de porter atteinte au secret des sources, de manière exceptionnelle, s'il y a un impératif prépondérant d'intérêt public. Cette exception a été confirmée par la suite. Ainsi, dans une autre affaire, la Cour de cassation a reproché à la chambre de l'instruction d'avoir annulé les réquisitions « *sans s'expliquer suffisamment sur l'absence d'impératif prépondérant d'intérêt public pouvant justifier les mesures alors que la violation du secret de l'instruction invoquée imposait de rechercher les auteurs de cette infraction ayant porté atteinte à la présomption d'innocence* » (Cass. crim., 14 mai 2013, pourvoi n° [11-86.626](#)).

Si le respect des sources journalistiques est protégé en France, la jurisprudence laisse tout de même la possibilité d'obtenir des factures détaillées du téléphone d'un journaliste. Cette possibilité est toutefois examinée *in concreto* par les juges, lesquels doivent mettre en balance la nécessité d'identifier l'auteur de la violation du secret et la protection des sources. En tout état de cause, l'obtention de la preuve peut se trouver limitée en raison d'un secret qui lui est opposé.