Les indices en procédure pénale

Vincent Mermoz

▶ **To cite this version:**

Vincent Mermoz. Les indices en procédure pénale. Droit. Université Paris Saclay (COmUE), 2019. Français. ⟨NNT : 2019SACLS094⟩. ⟨tel-02161918⟩

HAL Id: tel-02161918

https://theses.hal.science/tel-02161918v1

Submitted on 21 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

HAL Authorization

université PARIS-SACLAY

NNT : 2019SACLS094

Thèse de doctorat

UNIVERSITÉ PARIS SUD
Comprendre le monde, construire l'avenir

Les indices en procédure pénale

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université Paris-Sud

École doctorale n°578 : sciences de l'homme et de la société (SHS)

Spécialité de doctorat : sciences juridiques

Thèse présentée et soutenue à Sceaux, le 6 juin 2019, par

Vincent MERMOZ

Composition du Jury :

Mme Haritini MATSOPOULOU Professeur à l'Université Paris-Sud	Directeur de thèse
M. Antoine BOTTON Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. André GIUDICELLI Professeur à l'Université de Corte	Rapporteur
M. Laurent SAENKO Maître de conférences à l'Université Paris-Sud	Président

La faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Mes plus sincères remerciements vont à Madame le Professeur Haritini MATSOPOULOU pour sa confiance, son aide et son soutien.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

§	Paragraphe
act.	Actualité
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJ famille	Actualité juridique famille
AJ pénal	Actualité juridique pénal
BO	Bulletin Officiel
Bull.	Bulletin
Bull. ass. plén.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en assemblée plénière
Bull. àv.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Civ. 1e	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
Ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
ch.	Chambre
chron.	Chronique

CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CMF	Code monétaire et financier
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
COJ	COJ
coll.	coll.
comm.	comm.
Cons. const.	Cons. const.
contra	Contraire
corr.	Correctionnel(le)
CPC	Code de procédure civile
c. pén.	Code pénal
c. proc. pén.	Code de procédure pénale
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
D. actu.	Dalloz actualité
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de
Doc. fr.	Documentation Française
Dr. pén.	Revue Droit pénal
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
J-Cl.	Juris-classeur

JAF	Juge aux affaires familiales
JCP G, E, N	Semaine juridique, édition Générale, Entreprise, Notariale
JORF	Journal officiel de la République française
jur.	Jurisprudence
Jur. prox.	Juridiction de proximité
Les Petites Affiches	Revue Les Petites Affiches
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observations
op. cit.	*Opere citato*, cité précédemment
p.	Page
pan.	Panorama
plén.	Plénière
pp.	Page à page
préc.	Précité
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rééd.	Réédition
Rep. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Rep. dr. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Req.	Requête
Dr. pén.	Revue de droit pénal
RFDA	Revue française de droit administratif
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJPF	Revue juridique personnes et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RIDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant(s)
sect.	Section
suppl.	Supplément
supra	Ci-dessus
civ.	Tribunal civil
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
Trib. adm.	Tribunal administratif
v.	Voir
vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE I – LA RECHERCHE DE L'INDICE

TITRE 1 – L'OBTENTION D'UN ELEMENT MATERIEL

CHAPITRE 1 - L'OBTENTION A L'AIDE DE MOYENS D'INVESTIGATION IMPOSES

CHAPITRE 2 - L'OBTENTION A L'AIDE DE MOYENS D'INVESTIGATION ADAPTES

TITRE 2 – L'OBTENTION D'UN ELEMENT PROBANT

CHAPITRE 1 - LA FIABILITE DU CONTENANT MATERIEL DE L'INDICE

CHAPITRE 2 - LA FIABILITE DU CONTENU INFORMATIONNEL DE L'INDICE

PARTIE II – L'EXPLOITATION DES INDICES

TITRE 1 – LE DECLENCHEMENT DES REPONSES PENALES

CHAPITRE 1 - LE DECLENCHEMENT DEDUIT D'UNE VRAISEMBLANCE INFRACTIONNELLE

CHAPITRE 2 - LE DECLENCHEMENT DESTINE A DELIMITER UN TROUBLE SOCIAL

TITRE 2 – L'ADAPTATION DES REPONSES PENALES

CHAPITRE 1 - L'ADAPTATION DEDUITE D'UNE GRAVITE INFRACTIONNELLE

CHAPITRE 2 - L'ADAPTATION DESTINEE A RESORBER LE TROUBLE SOCIAL

INTRODUCTION

1. Importance de la preuve en matière pénale. – L'exigence d'une justification dans la mise en œuvre de toute action humaine explique le rôle central qu'occupent, en droit, les questions afférentes à la preuve[1]. Seule une affirmation à la véracité démontrée demeure juridiquement perceptible. A l'inverse, « *ce qui est affirmé sans preuve peut être nié sans preuve* »[2]. Les propos d'Euclide confèrent un certain relief aux liens qui unissent la preuve à la démonstration d'une vérité. FAUSTIN-HELIE s'inscrit dans une direction similaire lorsqu'il discerne dans la preuve « *tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait ou d'une proposition* »[3]. DOMAT matérialise lui aussi très explicitement la proximité des relations entretenues entre la vérité et la preuve qu'il définit comme, « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »[4]. Axiome de la vérité, la preuve acquiert une envergure particulière en matière pénale où elle tend à démontrer la réalité d'un fait infractionnel[5] dans le but de justifier la condamnation prononcée[6]. Le mécanisme probatoire met ainsi en exergue une très nette

[1] Cet adage figure dans la majorité des ouvrages d'introduction générale au droit. Voir notamment TERRE, « Introduction générale au droit », *Dalloz*, collection « Précis », 10e édition, 2010, n° 559 et s. ; MAZEAUD et. CHABAS, « Leçons de droit civil », tome I : « Introduction à l'étude du Droit », *Montchrestien,* 12e édition, 2000 ; AUBERT et SAVAUX, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », *Sirey,* 17e édition, 2018, n° 219 ; FRISON-ROCHE, « Introduction générale au droit », *Dalloz*, collection *«* Travaux dirigés », 1996, p. 150 ; BEIGNIER et BLERY, « Cours d'introduction au droit », *Montchrestien*, 2006-2007, p. 285 ; PETIT, « Introduction générale au droit », *PUG* (Presses universitaires de Grenoble*),* collection « Le droit en plus », 6e édition, 2006, n° 166 ; COURBE, « Introduction générale au droit », *Dalloz*, collection *«* Mémento », édition, 2009, p. 109 ; MALAURIE et MORVAN, « Introduction générale », *Defrénois*, collection « Droit civil », 7e édition, 2018, n° 162 et s.

[2] V. aussi l'adage « *idem est non esse et non probari* », « ne pas être ou ne pas être prouvée c'est tout un » figurant dans la majorité des ouvrages consacrés à l'introduction générale au droit.

[3] FAUSTIN-HELIE, « Traité de l'instruction criminelle », *Plon*, 2e édition, 1867, Tome IV, n° 1763.

[4] DOMAT, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », *veuve Cavelier*, Tome I, 1771, p. 204 *in* ENCINAS DE MUNAGORRI*, «* Introduction au Droit », *Flammarion*, Champs Université, 2002, p. 277.

[5] MERLE et VITU, « Traité de droit criminel », *Cujas*, 1979, p. 151.

[6] THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé » ; Droits n° 23, 1996, p. 48.

différence d'objet entre la matière pénale et la matière civile, exclusivement en prise avec des litiges d'intérêts privés[7]. La preuve pénale se place ainsi au cœur d'un processus répressif visant à maintenir l'ordre social gravement troublé par la commission d'une infraction[8].

2. Difficultés de la preuve en matière pénale. – Conformément à la gravité de son objet, la preuve pénale recèle un désir paroxystique de vérité[9]. Cette vérité contribue en effet à légitimer davantage la sanction pénale prononcée, laquelle est susceptible d'emporter une privation de liberté dans l'éventualité d'une atteinte grave à la société. Il n'en demeure pas moins qu'une telle quête de vérité demeure audacieuse tant la recherche du fait prohibé semble hasardeuse. Ce fait juridique, inconnu avant sa survenance, rend impossible la pré-constitution d'une preuve telle qu'elle existe assez ordinairement en matière civile[10]. Le caractère humain[11], inhérent au droit pénal, se ressent plus encore dans le comportement de l'auteur d'une infraction, contribuant tant à masquer son action qu'à dissimuler toutes traces d'implication dans la commission d'une infraction. La dimension factuelle du droit pénal est à l'origine d'un doute persistant dans la poursuite des investigations. La réalité douteuse du fait infractionnel complique grandement l'établissement d'une vérité. La recherche d'une preuve à même de la matérialiser s'en trouve par conséquent malaisée. Dès lors que la vérité sur la réalité du comportement interdit ne peut apparaître de manière éclatante aux yeux des enquêteurs, la mise en œuvre des dispositions pénales doit s'accommoder du doute[12] dans la recherche de la preuve. Au risque d'engendrer une trop grande impunité, la protection de la société érigée au rang des objectifs du droit pénal ne peut attendre qu'une preuve pénale établisse la vérité[13]. L'action

[7] V. en ce sens, BOULOC, « Procédure pénale », *Dalloz*, collection « Précis », 26e édition, 2017, n° 4 ; GUINCHARD, FERRAND, CHAINAIS et MAYER, *«* Procédure civile », *Dalloz*, collection « Précis », 34e édition, 2018, n° 8 et s. ; BLINCHARD, LARGUIER et CONTE, *«* Procédure civile : droit judiciaire privé », *Dalloz*, collection « Mémentos », 20e édition, 2010, p. 1 s.

[8] KENNES, « Manuel de la preuve en matière pénale », *Mechelen Kluwer*, 2009. Le droit anglais y accorde une place importante, de nombreux manuels étant entièrement consacrés à son étude, v. par exemple MURPHY, « *Murphy on evidence »*, 10e édition, *Oxford*, OUP, 2008. ; CHOO, « *Evidence »*, 2e édition, Oxford, OUP, 2009. ; KEANE, GRIFFITHS et McKEONS, « *The Modern Law of Evidence* », 8e édition, *Oxford*, OUP, 2010. ; DENNIS, « *The Law of Evidence* », 4e édition, Londres, *Sweet & Maxwell*, 2010. V. également au sujet de la place du droit de la preuve dans les droits anglais, français et italiens, SPENCER, DELEUZE et 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 RASSAT, « Procédure pénale », *Ellipses*, collection. « Manuel Droit », 3e édition, 2017, p. 230.

[9] DELMAS MARTY, « La preuve pénale », *in* « Droits », n° 23, La preuve, 1996, p. 55.

[10] RASSAT, « Procédure pénale », *op. cit.*, p. 229. Il convient néanmoins de préciser qu'une pré-constitution de preuve est pareillement impossible en matière civile, lorsqu'elle vise des faits juridiques et non des actes juridiques.

[11] MALAURIE, « Le droit dans la littérature. Une anthropologie », 1997, *Defrénois*, p. 967.

[12] NAGOUAS-GUERIN, « Le doute en matière pénale », *Dalloz*, collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, p. 1.

[13] PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », *in* « La preuve », sous la direction de Catherine PUIGELIER, *Economica*, 2004, p. 195

investigatrice des magistrats et policiers[14] se doit d'être justifiée, avant même l'obtention d'une preuve capable d'établir la réalité des faits prohibés. La recherche de la preuve en matière pénale a, par conséquent, été organisée afin d'avancer au rythme de l'apparence infractionnelle progressivement caractérisée.

3. Recherche de la preuve en matière pénale. – Dès lors qu'elle commande aux enquêteurs – policiers, mais aussi juges d'instruction – d'agir afin d'établir une vérité judiciaire[15], la procédure pénale s'ordonne autour de la recherche d'une preuve[16]. Réglementée avec l'objectif d'échafauder la vérité d'un comportement humain, la procédure pénale se place au confluant d'intérêts divergents. Les points de crispation relatifs à l'obtention d'une preuve pénale trouvent nécessairement une résonnance particulière dans la politique du législateur. Un arbitrage se dessine entre les principes fondamentaux reconnus par l'Etat[17], à l'origine des aménagements dans l'administration de la preuve pénale. La transformation du système probatoire[18] témoigne plus encore des évolutions profondes de l'homme dans son rapport à la vérité[19]. Ancré aux prémices de l'histoire, le système accusatoire impose à l'accusé lui-même d'obtenir la preuve à même d'étayer son innocence[20]. La dimension accusatoire s'oppose en cela au système inquisitoire[21], déployé subséquemment à la reconnaissance par principe d'une présomption d'innocence. L'innocence postulée des personnes mises en cause fait désormais peser sur l'autorité publique la charge de démontrer la culpabilité. Elle implique la détermination d'une preuve au moyen d'éléments suffisamment probants pour renverser le jeu des présomptions[22]. La vérité judiciairement établie en sort grandie. Alors que les changements intervenus n'ont pas entamé la nécessité d'une preuve, les moyens d'y parvenir ont quant à eux profité d'une importante évolution. Aux ordalies[23] censées matérialiser le signe d'une

[14] FLAESCH, « Le doute du policier », *in* « Le doute et le droit », *Dalloz*, 1994, pp. 31 et 32.
[15] V. BEKAERT, « La manifestation de la vérité dans le procès pénal », *Bruylant*, 1972, p. 10
[16] RASSAT, « Procédure pénale », *Ellipses*, collection « Manuel Droit », 3e édition, 2017, p. 233 s.
[17] LEVASSEUR, « Le droit de la preuve en droit pénal français », *in* PERELMAN et FORIERS (édition), La preuve en droit, Bruxelles, *Bruylant*, 1981, p. 178 ; GUINCHARD et BUISSON, « Procédure pénale », 11e édition, *LexisNexis*, 2018, p. 553.
[18] V. sur ce point, « Les transformations de la preuve pénale », Actes du XXIIIe colloque de l'AFDP organisé par le Centre de droit pénal et de criminologie de l'Université de Paris Nanterre les 9 et 10 novembre 2017 avec le concours de la Cour de cassation, BEAUVAIS Pascal et PARIZOT Raphaële (sous la direction de), *LGDJ - Lextenso*, 2018.
[19] SPENCER, « La preuve, une question inclassable », Arch. de polit. crim. 1993, p. 37 et s.
[20] RASSAT, « Procédure pénale », *op. cit.*, p. 233 s.
[21] V. sur ce point, AMBROISE-CASTEROT, « De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire », thèse, Bordeaux, 2000.
[22] AMBROISE-CASTEROT et BONFILS, « Procédure pénale », *PUF*, collection « Thémis », 2e édition, 2018, n° 59, pp. 31-32.
[23] Le terme « *ordalie* » ferait référence à l'allemand « *gottesurteil »,* signifiant jugement de Dieu ; il trouve sa source étymologique dans le saxon « *ordeal »,* littéralement grand jugement.

intervention divine[24], ne demandant au juge « *point d'art ni d'effort de raisonnement* »[25] pour accéder à « *une vérité d'ordre surnaturelle* »[26] ont progressivement succédé les preuves légalement déterminées. Démocratisées avec l'ambition d'indiquer « *une vérité plus objective* »[27], les preuves devenues d'une origine exclusivement légale participent au désir de maintenir l'éloignement d'une quelconque intervention du juge. La reconnaissance d'une valeur probante aux seuls modes de preuve autorisés par le système de la preuve légale contribue en effet à limiter la liberté du juge dans son cheminement vers la vérité. La preuve légale résulte exclusivement d'un calcul arithmétique, arbitré par le juge, en faveur des seuls moyens légalement admis pour y parvenir : l'aveu, le témoignage, l'écrit et enfin l'indice.

4. Définition de l'indice. – Le terme indice trouve son origine dans l'étymologie latine *index* signifiant « ce qui indique ». Considéré à l'appui de cette référence, l'indice serait en mesure d'octroyer à son observateur une indication. Selon une approche similaire, la doctrine définit traditionnellement l'indice comme l'élément qui « *sans fournir une preuve immédiate, rend possible le fait recherché* »[28]. La notion d'indice viserait par conséquent « *un élément de preuve consistant en un fait, événements, objets, traces, dont la constatation fait présumer l'existence du fait à démontrer et qui se rattache aux présomptions* »[29]. La proximité de l'indice avec les présomptions se perçoit encore davantage lors d'une étude simultanée des deux concepts. L'indice devient le fondement matériel à partir duquel s'enclenche le processus intellectuel inhérent aux présomptions. Par ses effets, c'est-à-dire sa « *capacité à faire présumer* »[30], l'indice se rattache indéniablement à la catégorie des présomptions de l'homme. Il représente dans ce cas « *l'élément connu à partir duquel sera présumé un fait inconnu* »[31]. La distinction entre ces deux notions doit néanmoins s'établir strictement. Tandis que les

[24] V. LAINGUI et LEBIGRE, « Histoire du droit pénal, Tome II : La procédure criminelle », *Cujas*, 1979, p. 25 : ces supplices infligés à la personne mise en cause, considérés comme de véritables jugements de Dieu, sont majoritairement d'origine païenne et ont été principalement utilisés entre le VI[ème] et le XII[ème] siècle.
[25] MUYART DE VOUGLANS, « Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil canonique, et la jurisprudence du Royaume ; avec un traité particulier des crimes », Paris, chez *Le Breton*, Imprimeur du Roi, rue de la Harpe, M. DCC. LVII. (1757), p. 303.
[26] LAINGUI et LEBIGRE, « Histoire du droit pénal », Tome II : La procédure criminelle », *Cujas*, 1979, p. 26 ; V. aussi MERLE et VITU, « Traité de droit criminel, Tome II : Procédure pénale », *Cujas*, 5[e] édition, 2000.
[27] CHAUVAUD, « Le sacre de la preuve indiciale. De la preuve orale à la preuve scientifique (XIX[ème] – milieu du XX[ème] siècle) » *in «* La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours », LESMESLE (sous la direction de), *Presses Universitaires de Rennes*, collection « Histoire », 2003, p. 221
[28] CORNU, « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, *PUF*, collection « Quadrige », 12[e] édition, 2018
[29] V. notamment., Cass. crim. 12 mai 1992, n° 91-85236, *Bull. crim*. n° 187
[30] ESMEIN, « Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la Procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours », *Larose et Forcel*, 1891, p. 266 et s.
[31] GARRAUD, « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », *Sirey*, 1912-1929, tome 2, n° 493, *in* AMBROISE-CASTEROT et BONFILS, « Procédure pénale », *PUF*, collection « Thémis », 2[e] édition, 2018, pp. 198 – 199, n° 295,

présomptions du fait de l'homme impliquent un raisonnement d'anticipation[32] du connu vers l'inconnu[33], l'indice constitue le socle de cette connaissance présumée. La présomption s'apparente au mécanisme intellectuel d'interprétation nourrie par l'indice. Le raisonnement interprétatif inhérent aux présomptions s'appuie sur l'indice – connu – afin de déduire l'hystérèse d'un fait inconnu. L'identification de l'indice en tant que moteur du mécanisme intellectuel placé au cœur des présomptions se confronte hélas à une sévère aridité scientifique. Le silence gardé par la doctrine pénale sur la question des présomptions[34] – traditionnellement traitée par les civilistes – rejoint la faible considération accordée à l'indice par l'ancien droit criminel sous l'empire du système des preuves légales[35]. Relégué au rang des « preuves indirectes », l'indice ne peut, à cette époque, rivaliser avec l'aveu, le témoignage et l'écrit dont l'appartenance à la catégorie des « preuves directes » leur confère une valeur probante éminemment supérieure. Considéré comme « *probatio probatissima »* – la reine des preuves – l'aveu est érigé au firmament d'une hiérarchie légalement organisée. De manière insidieuse, l'attirance instinctive du juge pour l'aveu contribue à généraliser le recours à la torture. La valeur probante reconnue en faveur de l'aveu devient l'échappatoire aux lacunes probatoires, inévitables à l'établissement d'une culpabilité[36]. Pourtant, l'indice placé au centre des présomptions du fait de l'homme[37] concourt tout autant à pallier – certes moins directement – le doute inhérent à la recherche d'une vérité sur la commission du fait prohibé[38]. Négligé au regard d'un tarif légal en vigueur trop peu élevé, l'indice était toutefois déjà intégré au sein d'un processus intellectuel interprétatif, indispensable à l'établissement d'un pronostic de probabilité sur l'inconnu recherché[39]. Dès cette époque, où la preuve s'établit selon une valeur probante

[32] LALANDE, « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », *PUF*, collection « Quadrige », 1926, vol. 2, « Présomption »

[33] C. civil, art. 1349 anc. dont même la doctrine anglo-saxonne reprend la définition. Ainsi, d'après FRANCK et PROWS, "*a presumption stipulates that if on fact (or the commission, or omission, of an act) can be demonstrated, then another may (or must) be inferred from it"*. FRANCK et PROWS, "*The role of presumptions in international tribunals*", *The law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, n° 2, 2005 pp. 197–245, spéc. p. 200.

[34] MERLE, « Les présomptions légales en droit pénal », *LGDJ,* 1970*,* p. 1. Le Professeur MERLE commence sa thèse relative aux présomptions légales en droit pénal en citant la phrase du Professeur ROUX « *Le droit pénal répugne aux présomptions* ».

[35] ROLAND et BOYER, « Adages du droit français », 4e édition, *Litec*, 1999, n° 335 « *Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit* »

[36] BARRAINE, « Théorie générale des présomptions en droit privé », *LGDJ*, 1942, p. 2, § 3

[37] GARRAUD, « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », *Sirey*, 1912-1929, tome 2, n° 493, *in* AMBROISE-CASTEROT et Ph. BONFILS, « Procédure pénale », *PUF*, collection « Thémis », 2e édition, 2018, n° 295, pp. 198-199

[38] HECQUET, « Les présomptions de responsabilité en droit pénal », thèse, Lille 2, 2006, n° 13, p. 23.

[39] V. LARROUMET, « Droit civil – Introduction à l'étude du droit », Tome 1, *Economica,* collection « Droit civil », 6e édition, 2013, p. 90, n° 149. Selon cet auteur, la notion de présomption pourrait se définir par rapport au raisonnement interprétatif qu'elle implique : « *la présomption est une opération intellectuelle qui consiste à se fonder sur un fait connu, lequel permet de supposer l'existence d'un fait inconnu (…)* ».

légalement déterminée, la connaissance initiale du fait infractionnel ne peut se déduire des seuls aveux ou témoignages. Le juge doit au préalable être aiguillé dans ses recherches. Avant même l'obtention d'un aveu, s'organiseront impérativement les prémices d'une enquête destinée à faire la lumière sur la situation. En ce sens, l'indice ne peut – aujourd'hui comme hier – indiquer directement la culpabilité, bien qu'il demeure – depuis toujours – en capacité de faire présumer l'imputabilité du fait prohibé à l'encontre des personnes suspectées. Le pouvoir dont dispose l'indice semble à ce point lié de manière inéluctable à la logique juridique. Au travers de l'histoire, les moyens mis en œuvre afin d'obtenir une vision plus nette des infractions potentiellement commises révèlent systématiquement des indications sur une probable réalité. Le temps des ordalies est, à ce titre, particulièrement éloquent : considérées comme le signe d'une intervention divine[40], tant la victoire que la défaite des personnes soumises aux épreuves organisées indiquent « *une vérité d'ordre surnaturelle* »[41]. Or, la synonymie de l'indice renvoie justement au terme de « *signe* »[42] tandis que la définition donnée dans le langage commun s'apparente au « *signe qui révèle l'existence d'une chose* »[43]. Les épreuves divines organisées au sein de l'ordalie constituent le moyen d'obtenir une indication sur l'existence d'une culpabilité. Au fil des âges, l'indice se perpétue et seul change son visage. Prenant jadis la forme d'un « *signe de divinité »* sous le règne des ordalies, l'indice désigne indifféremment les « *événements, objets* [ou] *traces »* depuis l'élévation d'une preuve légale. Les traits de l'indice se reconnaissent à la capacité qu'il possède de rendre possible le fait recherché. Les effets attachés à l'indice sont convoités de tout temps, sans pourtant que quiconque ne parvienne à les expliquer. L'indice rend possible, dispose d'un pouvoir spécifique et s'intègre parfaitement au sein du raisonnement dialectique intrinsèque à la matière juridique. Les juristes usent des présomptions fondées sur l'indice aux fins de compenser les lacunes inhérentes à la preuve en matière pénale. Indéniablement, l'indice occupe une place centrale dans le processus probatoire. Pourtant, un constat de carence s'impose : les raisons pour lesquelles l'indice produit cet effet à la fois si caractéristique et par là même si commun, ne sont jamais explicitées. Sans doute trop prosaïque, l'indice s'est éclipsé à l'arrière-plan d'une preuve pénale devenue prépondérante par la gravité des conséquences juridiques qu'elle justifie. Un regard cette fois

[40] LEVY, « Dictionnaire de la culture juridique », ALLAND et RIALS, *PUF*, collection « Quadrillage Dicos Porche », 2003, V. « preuve », p. 1195
[41] LAINGUI et LEBIGRE, « Histoire du droit pénal », Tome II : La procédure criminelle », *Cujas*, 1979, p. 26
[42] http://www.cnrtl.fr/synonymie/indice
[43] http://www.cnrtl.fr/definition/indice

plus aiguisé aurait néanmoins pressenti l'enjeu universel d'une telle notion : depuis toujours, l'indice constitue le socle de la preuve.

5. Emergence d'une preuve libre. – Avec le souhait de restituer au juge la plénitude de son pouvoir d'interprétation, l'avènement de la preuve morale infirme les *diktats* légaux gouvernant la détermination d'une preuve pénale[44]. Dorénavant consacré aux articles 427 et suivants du code de procédure pénale, ce système probatoire laisse le juge forger librement son intime conviction sur la réalité du fait prohibé. Le législateur insiste d'ailleurs sur la progressivité du raisonnement interprétatif, indispensable à l'obtention « *méthodique* »[45] d'une intime conviction[46]. GARRAUD a lui aussi fait référence au travail de réflexion devenu l'apanage de la preuve pénale[47]. Erigée au rang des principes cardinaux de la procédure pénale[48], la liberté de la preuve renouvelle le processus probatoire dans son ensemble. La Cour de cassation admet sans équivoque la vigueur octroyée au principe selon lequel le juge « *apprécie souverainement la valeur des éléments de preuve régulièrement produits aux débats et sur lesquels se fonde sa conviction* »[49] . Fondée sur les aveux[50], les témoignages[51] ou encore les rapports d'expertise[52] susceptibles de conférer un nouvel éclairage aux faits recherchés, l'existence d'une preuve pénale est suspendue à la conviction du juge. Les termes de l'article 428 du code de procédure pénale brillent par leur clarté lorsqu'ils évoquent, à juste titre, que « *l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges* ». Il appartient désormais exclusivement au juge de déterminer la preuve, considérée comme le fruit d'une intime conviction sur la réalité des faits. La prédétermination légale des preuves est abandonnée tandis que les anciens modes de preuve plébiscités – aveu, témoignage et écrit – se

[44] CARBASSE, « Histoire du droit pénal et de la justice criminelle », 3e édition, *PUF*, collection « Droit fondamental », 3e édition, 2014, p. 400.
[45] DONNEDIEU DE VABRES, « Traité de droit criminel et de la législation pénale comparée », *Sirey*, 3e édition, 1947, p. 731
[46] C. pr. pén., art. 353 et 437
[47] GARRAUD, « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », tome 1, *Sirey*, 1907, n° 229 s.
[48] DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, n° 23, 1996, p. 55 : « La liberté de la preuve est le principe "cardinal" du système pénal dans la plupart des régimes européens, 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 »
[49] Crim. 23 janv. 1964, Bull. crim. n° 27. Voir également Crim. 17 janv. 1962, Bull. crim n° 42; Crim. 30 avr. 1964, Bull. crim n° 143 ; Crim. 18 mars 1965, Bull. crim n° 83 ; Crim. 28 oct. 1975, Bull. crim n° 228 ; Crim. 28 oct. 1981, Bull. crim n° 284 ; Crim. 11 juin 1985, Bull. crim n° 226.
[50] Crim. 31 mai 1949, Bull. crim. n° 193 ; Crim. 17 janv. 1952, Bull. crim. n° 19 ; Crim. 18 déc. 1956, Bull. n° 846 ; Crim. 7 mai 1968, Bull. crim. n° 140 ; Crim. 18 déc. 1968, Bull. crim. n° 352. Aussi, en vertu du principe de l'intime conviction, des arrêts sont venus reconnaître que l'aveu était divisible, c'est à dire qu'il pouvait être que partiellement retenu (Crim. 3 fév. 1934, Sirey, 1935. I. 145 ; Crim. 20 mars 1974, Bull. crim. n° 123).
[51] Crim. 27 mars 1931, Bull. crim. n°93 ; Crim. 13 janv. 1960, Bull. crim. n° 17.
[52] Crim. 12 juin 1958, Bull. crim. n° 459 ; Crim. 29 juin 1960, Bull. crim. n° 345 ; Crim. 7 fév. 1962, Bull. crim. n° 85 ; Crim. 8 nov. 1973, Bull. crim. n° 412

réduisent expressément à des moyens pour le juge de forger son intime conviction[53]. Certains auteurs reprennent à leur compte cette prédétermination légale des modes de preuve, évoquée en référence à une « classification séculaire »[54]. Le législateur de son côté s'interdit désormais toute allusion envers un quelconque ordonnancement, si bien que l'œuvre initiée revêt un caractère purement doctrinal. Le renouvellement d'une classification ancienne[55] suppose au préalable un travail de qualification, indispensable au regard de la variété des éléments probatoires à distinguer. La manière de procéder à l'ordonnancement connaît par conséquent quelques nuances, tenant à l'intégration d'un élément probatoire identifié au sein de telle ou de telle autre catégorie[56]. L'expertise se trouve ainsi parfois distinctement consacrée[57], suivant la volonté doctrinale de rendre compte d'une place grandissante que lui accorde la pratique. L'hypothèse élaborée par l'expert – fruit d'une interprétation des faits à l'aune des connaissances dont il dispose – trouve son utilité dans la nécessité d'éclairer l'autorité investigatrice. L'expertise apporte une indication et constitue, en cela, un indice[58] amené à forger l'intime conviction du juge sur la réalité d'un comportement prohibé imputable à la personne visée. L'indépendance catégorielle de l'expertise n'aurait logiquement pas lieu d'être tant les effets qu'elle engendre s'apparentent à ceux reconnus en faveur de l'indice. Un raisonnement quelque peu différent s'oppose également à la reconnaissance dissociée d'une rubrique composée des perquisitions et saisies. Les indices révélés par la mise en œuvre de ces deux outils[59] confortent la distinction entre les moyens techniques et les moyens intellectuels de parvenir à la preuve. Les perquisitions et saisies représentent un moyen de parvenir à la preuve grâce au procédé employé, assimilé en ce sens à une technique d'investigation. Les indices qu'elles ont pour objectif d'obtenir constituent le socle d'une intime conviction forgée

[53] « Tout peut faire farine au moulin de la démonstration : témoignages, présomptions, indices matériels, aveux, etc. », V. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 636.
[54] Voir notamment : CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, « Procédure pénale », *Armand Collin*, collection « U », 2002, n° 48 ; FOURMENT, « Procédure pénale », *Larcier*, collection « Paradigme », l4ème édition, 2013, n° 76 s. ; STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC, « Procédure pénale », *Dalloz*, collection « Précis », 19e édition, 2004, n° 133 s.
[55] ESMEIN, « Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la Procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours », *Larose et Forcel,* 1891, p. 266 et s.
[56] V. notamment MERLE et VITU, « Traité de droit criminel, Tome 2 : Procédure pénale », *Cujas*, 5e édition, 2001, n° 169
[57] V. notamment LARGUIER et CONTE, « Procédure pénale », *Dalloz*, collection « Mémentos », 24e édition, 2016, p. 268. Cette approche se retrouve également dans certains ouvrages de procédure civile, V. en ce sens, GUINCHARD qui consacre une partie indépendante aux « mesures d'instruction exécutées par un technicien », GUINCHARD (sous la direction de), « Droit et pratique de la procédure civile », *Dalloz*, collection « Dalloz Action », 9ème édition, 2017 – 2018, n° 342.181. Cette présentation est issue du plan du Code de procédure civile qui distingue, au sein de son titre VII intitulé « l'administration judiciaire de la preuve », les pièces et les mesures d'instruction, parmi lesquelles celles réalisées par un technicien, la preuve littérale et le serment judiciaire.
[58] V. LAGNEAU, « De l'expertise à base scientifique comme moyen de preuve en procédure pénale », thèse de doctorat, Paris, collection « Domat », *Montchrestien*, 1934, p. 35
[59] MERLE et VITU, *ibidem*

par le juge et deviennent, à cet égard, un moyen intellectuel de parvenir à la preuve. La confusion ne saurait dès lors être permise entre les moyens d'investigation, instaurés dans l'optique d'obtenir un indice, et les moyens de preuve au sens strict, tels qu'ils sont mentalement interprétés par le juge afin de forger son intime conviction. Dans le même prolongement d'idées, l'expertise en tant qu'opération d'une part ne se confond pas avec l'expertise en tant que finalité d'autre part. L'opération d'expertise, d'abord, vise le processus par lequel l'expert analyse et interprète des données placées en dehors du champ de compétence des magistrats. Il s'agit ici d'un procédé d'investigation par lequel l'autorité investigatrice demande à un tiers – l'expert – d'apporter un savoir manquant à la bonne compréhension des faits de l'espèce. La finalité de l'expertise, ensuite, se matérialise par un rapport au sein duquel l'expert évoque les résultats des analyses entreprises. Il s'agit alors de l'interprétation du sachant, livrée à la connaissance d'une autorité – policiers ou magistrat selon le cadre légal au sein duquel la mesure a été ordonnée – dans l'optique d'apporter un regard supplémentaire sur la réalité du fait infractionnel. L'expertise contribue à faire avancer la découverte d'une vérité judiciaire, en tant que procédé d'investigation d'abord, et en tant que moyen de preuve ensuite. Bien qu'ils permettent tous deux de parvenir à la preuve, le procédé d'investigation – dans sa dimension technique – s'oppose au moyen de preuve – dans sa dimension intellectuelle – à la source d'une intime conviction. La libre appréciation des éléments d'information portés à la connaissance du juge, sur lesquels se fonde sa certitude intime d'une réalité infractionnelle, oblige à considérer chacun d'eux comme des moyens moraux de parvenir à la preuve. Ces éléments seront interprétés afin de déterminer une preuve intellectuelle, autrement dénommée preuve morale. Ils représentent l'unique moyen pour le juge de parvenir à la preuve, en ce sens où ils fondent sa conviction, et ne peuvent qu'indiquer une hypothèse probable en l'absence d'une telle conviction. La dimension morale de la preuve crée une parfaite identité entre l'indice et les moyens de preuve, tous deux liés par les effets analogues dont ils disposent. L'élément porté à la connaissance du juge devient un moyen de preuve lorsqu'il possède la capacité de l'indice à « rendre possible » le fait infractionnel, tandis qu'il se cantonne à n'être qu'un indice sans jamais pouvoir établir la vérité en l'absence d'une conviction du juge. La préoccupation doctrinale dans l'établissement d'une classification des moyens de preuve perd nécessairement de son intérêt au regard d'un processus probatoire exclusivement engendré par l'obtention d'une intime conviction. Les éléments susceptibles de convaincre s'apparentent tous à des indices par leur capacité à indiquer au juge une hypothèse sur le déroulement des faits.

6. Prééminence des indices. – L'avènement d'une preuve « morale », intellectuellement déterminée par le juge, engendre une nette distinction entre la « notion » de preuve pénale et « l'action » qui consiste à prouver. La preuve établissant la vérité des faits ne doit jamais se confondre avec le processus d'interprétation nécessaire à l'obtention d'une intime conviction. La matière pénale octroie un éclairage singulier à la preuve qui constitue la finalité d'un raisonnement porté sur un contenu informationnel[60]. En l'absence d'intime conviction, ces informations disposent d'effets similaires à l'indice, ne faisant « *qu'indiquer une piste probab*le »[61]. La confiance suscitée par la science a toutefois amené un débat doctrinal concernant la pérennité d'une intime conviction du juge confrontée à la fiabilité d'une « preuve scientifique ». Le postulat consistait à considérer la force de persuasion d'un élément issu du progrès scientifique, telle qu'une empreinte génétique, afin de s'interroger sur sa capacité à outrepasser le filtre de l'interprétation inhérent à l'obtention d'une intime conviction. Les réminiscences d'une preuve directe, cette fois d'origine scientifique, obligeaient à la distinguer des simples indices dont seule résultait une indication sur la possibilité des faits. L'analyse attentive du postulat implique toutefois un double constat. D'une part, la capacité de persuasion d'un élément issu de la science demeure intrinsèquement liée à la sensibilité de l'observateur. En ce sens, la force probante revêt une dimension psychologique éminemment subjective. Cette force relève ainsi d'une appréciation personnelle, similaire au raisonnement interprétatif durant l'élaboration d'une intime conviction sur la réalité des faits. Malgré la présence d'éléments scientifiques, la réflexion intellectuelle de l'observateur constitue une étape indispensable à la détermination d'un éclairage sur la réalité des faits. D'autre part, la capacité de persuasion d'un élément scientifique dépend de la fiabilité qui lui est attachée. L'élaboration d'une empreinte génétique à partir d'un prélèvement de cellules répond à un processus complexe dont il importe de garantir le déroulement sans risquer de contaminations extérieures. L'utilisation de procédés techniques tels que le cinémomètre – afin d'obtenir une mesure de vitesse – ou l'éthylomètre – destiné à révéler une mesure d'imprégnation alcoolique – obéit pareillement au respect d'un protocole réglementaire indispensable à la fiabilité des mesures obtenues. La difficulté à maintenir une confiance infaillible dans les éléments issus d'un progrès technique ou scientifique contraint la reconnaissance d'une marge d'erreur. L'homme de science évalue la fiabilité du résultat des analyses qu'il réalise tandis que le constructeur des instruments de mesure mis à la disposition des forces de l'ordre prévoit un taux de précision des données révélées. Ces précautions empêchent de voir plus qu'une indication dans les informations

[60] FARTUNOVA, « La preuve dans le droit de l'Union européenne », *Bruylant*, 2013, p. 26.
[61] BUISSON, « L'acte de police », thèse, Lyon, 1998, p. 547.

obtenues. De tels éléments se rapprochent inéluctablement des indices « *qui, sans fournir une preuve immédiate de la culpabilité, la rendent probable avec l'aide du raisonnement* »[62]. Amenés à nourrir une intime conviction, les éléments scientifiques interprétés disposent d'une capacité à indiquer un possible déroulement du fait infractionnel recherché, au même titre que n'importe quel indice, sans jamais être en mesure d'atteindre par eux-mêmes le rang de preuve. Les informations qu'ils renvoient sur une présence humaine – s'agissant des empreintes génétiques – ou sur le dépassement d'un seuil autorisé – s'agissant d'une mesure de vitesse ou d'imprégnation alcoolique – ne peuvent se passer du raisonnement interprétatif de l'homme afin de déterminer la réalité d'une infraction imputable aux personnes mises en cause[63]. L'informatisation croissante de nos sociétés, et par là même des procédés d'investigation, a néanmoins permis le développement d'algorithmes censés remplacer l'intervention humaine en matière d'identification des auteurs d'infractions au Code de la route. L'autonomisation souhaitée dans la réalisation d'une correspondance simple entre, d'une part, la prise de vue déclenchée par le fait infractionnel et, d'autre part, le titulaire du certificat d'immatriculation administrativement enregistré se confronte, inévitablement, aux limitations techniques d'une intelligence très artificielle. Alors que la découverte d'une vérité sur le déroulement du fait infractionnel s'établit à travers la mise en œuvre d'un mécanisme intellectuel, la preuve directe – d'origine technique ou scientifique – ne saurait exister. La réalité d'un comportement prohibé se détermine progressivement, au fil de l'interprétation des indices. Le contenu informationnel indiqué à leurs observateurs – magistrats ou policiers – donne ainsi naissance à une vérité strictement judiciaire.

7. Absence de vérité judiciaire absolue. – Les informations issues de l'interprétation des indices obtenus renseignent les autorités investigatrices sur la commission de faits susceptibles de recouvrir la définition légale d'une infraction. Fruit du raisonnement porté sur ce contenu informationnel, la preuve pénale matérialise l'intime conviction du juge sur la réalité du comportement infractionnel. Le code de procédure pénale organise ainsi la recherche de la preuve à travers l'encadrement des mesures d'investigation destinées à révéler des traces, objets et faits intéressants la commission d'une infraction[64]. La certitude graduée du fait prohibé s'acquiert selon un processus intellectuel d'interprétation nourri des indices recherchés au cours des investigations. Pareils indices se perçoivent comme les éclats d'une réalité factuelle

[62] DONNEDIEU DE VABRES, *in* BUISSON, « L'acte de police », thèse, Lyon, 1998, p. 547.
[63] TOURNIER, « L'intime conviction du juge », 2003, *PUAM*, n° 343, p. 291
[64] BENILLOUCHE, « Les objectifs du procès pénal », *in* GIUDICELLI-DELAGE (dir.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *Société de législation comparée*, 2006, p. 20

parsemée, à partir desquels se forge la conviction d'un observateur. L'intime conviction consiste dans l'obtention d'une certitude purement subjective, construite à l'aune d'un savoir interprété à partir des seuls indices obtenus. Au même titre qu'un observateur quelconque, le juge obtient sa conviction d'une réalité qu'il déduit des informations contenues au sein des indices dont il a connaissance. La vérité établie par la preuve pénale s'apparente nécessairement à une vision tronquée de la réalité, subjectivement déterminée selon les connaissances alors en vigueur durant les investigations[65]. De manière inévitable, la construction judiciaire d'une vérité fondée sur les indices préalablement révélés se confronte au doute[66]. *Ersatz* de réalité, la vérité ne peut jamais être qu'une « *certaine sorte de vérité* »[67]. La vérité absolue se montre hors de portée précisément en raison du doute, « *emblématique de la condition humaine dans son rapport au savoir* »[68] . Les juges anglo-saxons, imprégnés de la culture du *Common Law*, sont plus coutumiers d'une vérité judiciaire construite dans un rapport de probabilité au savoir[69]. Il leur est ainsi demandé de statuer « *beyond reasonable doubt* », c'est-à-dire, au-delà du doute raisonnable[70]. La considération d'une vérité judiciaire absorbée de doute s'entrevoit, en filigrane, dans l'encadrement par le code de procédure pénale des mesures d'investigation. Leur mise en œuvre est en effet conditionnée à l'interprétation d'une apparence infractionnelle, devenue suffisamment vraisemblable au regard des indices obtenus à l'encontre des personnes visées. Justifiées par les indices préalablement révélés, ces mesures ordonnées dès l'enquête de police reposent sur le processus d'interprétation inhérent à l'obtention par le juge d'une intime conviction. Dès lors que « *dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre LA vérité* »[71], l'action investigatrice doit s'instaurer malgré la persistance du doute sur la réalité du fait

[65] FABBRI et GUERY, « La vérité dans le procès ou l'air du catalogue », *RSC* 2009, p. 343, selon ces auteurs, « *La vérité judiciaire n'est que la solution donnée au litige, en relation avec des formes de procédure détournent le procès d'une vérité absolue qui n'existe pas* ». V. également MOCCIA, « Vérité substantielle et vérité du Procès » traduit de l'italien par MANACORDA et MARQUIS, *Déviance et société*, 2000, vol. 24, n° 1, p. 109 ; LANDOWSKI, « Vérité et véridiction en droit », *Droit et société*, 1988, p. 47. Pour ce dernier auteur : il ne s'agit plus de révéler la vérité des états de choses réels – vérité en soi –mais de construire une réalité – une réalité qui fasse sens pour le droit.

[66] V. sur le caractère nécessairement relatif de la preuve, GHESTIN et GOUBEAUX, « Droit civil, Introduction générale », 1995, *LGDJ*, n° 563 : « *Si toute preuve tend à établir la vérité, en matière juridique, c'est la vérité judiciaire, à la fois relative et irrévocable, à laquelle conduit la preuve* ».

[67] THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », in La preuve, Droits, n° 23, 1996, p. 41 et s.

[68] CESARO, « Le doute en droit privé », Paris 2003, *édition Panthéon Assas*, p. 19

[69] Il s'agit d'une probabilité comprise entre 75 % (PAPADOPOULOS, « La preuve : vérité ou vraisemblance ? », *in* GARAPON et PAPADOPOULOS, Juger en Amérique et en France, 2003, *Odile Jacob*, p. 131) et 90 % : TARUFFO, « Rethinking the Standards of Proof » American Journal of Comparative Law, 2003, n° 51, p. 659-677, spéc. p. 670, in F. GIRARD, Essai sur la preuve dans son environnement culturel, *PUAM*, 2013, n° 7, p. 36.

[70] Cour Suprême des Etats-Unis, Patterson v. New-York, United States Supreme Court Reports 1977, n° 32, p. 197. Le même standard est appliqué en Angleterre : MCBRIDE, '*Is the Civil "Higher Stannard of Proof" a Coherent Concept?'*, *Law, Probability & Risk* 2009, n° 8, pp. 323–351.

[71] CARBONNIER, « Droit civil, introduction », 2002, *PUF*, 27e édition, p. 298, n° 173.

prohibé[72]. Le raisonnement intellectuel mené sur les indices autorise l'enquêteur à quantifier la probabilité du fait infractionnel afin de justifier la mesure coercitive. La souplesse du dispositif, indispensable à l'efficience du droit[73], ne peut toutefois se départir d'un encadrement légal destiné à préserver une stricte proportion entre la coercition déployée par la mesure d'investigation et l'apparence infractionnelle caractérisée. Le stade procédural au sein duquel les mesures sont ordonnées influence nécessairement la rigueur des justifications requises à leur mise en œuvre. L'enquête de police connaît un cadre légal naturellement plus souple que celui de l'information judiciaire, eu égard à la prégnance grandissante du fait infractionnel recherché.

8. Justification des mesures d'investigation par les indices. – Signe de l'adaptation du droit aux évolutions de la société, les mesures d'investigation s'imprègnent progressivement des progrès techniques et scientifiques réalisés[74]. La modernisation incessante des procédés mis en œuvre au cours des investigations[75] reflète la suprématie des questions relatives à la preuve en matière pénale, et à travers elle, la volonté d'améliorer la découverte d'une vérité sur les faits visés par le droit pénal[76]. Ces mutations ont, d'une part, enrichi le contenu informationnel vecteur d'indication sur le possible déroulement du fait infractionnel[77]. Au premier rang des indices d'origine scientifique, l'empreinte ADN issue des découvertes réalisées dans le domaine de la biologie génétique se montre capable d'indiquer – avec une fiabilité élevée[78] – la présence

[72] CORNU, « Rapport de synthèse », *in* « La vérité et le droit », Actes de conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, Association Henri Capitant, *Economica,* 1989*,* p. 217 ; V. NAGOUAS-GUERIN, « Le doute en matière pénale », *Dalloz*, collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, p. 1 selon laquelle : *« D'une certaine manière, tout engagement humain procède d'un doute aussi nécessaire que dangereux, surgissant tant sur les sentiers de la connaissance que sur ceux de l'action »*. A rapprocher des propos tenus par CESARO, Le doute en droit privé, 2003, *édition Panthéon Assas*, p. 17, pour qui le doute apparaît *« comme la fin de l'entreprise de recherche de la vérité, telle une conclusion »*.

[73] CARBONNIER, « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 2001, *LGDJ*, p. 8.

[74] GORPHE, « L'appréciation des preuves en justice – Essai d'une méthode technique », *Sirey*, 1947, p. 13 et s.

[75] Il peut d'ailleurs s'agir des enquêtes administratives en lien avec le renseignement où la loi du 24 juillet 2015 a autorisé le recours aux logiciels espions et aux *IMSI Catchers,* tandis que la loi du 3 juin 2016 a intégré cet arsenal moderne au sein des investigations judiciaires lorsqu'elles apparaissaient toutefois justifiées par un critère de gravité.

[76] V. en ce sens, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoyant l'extension des moyens d'investigation les plus intrusifs – parmi lesquels les interceptions téléphoniques, la cyber-infiltration ou encore la sonorisation, la fixation d'image et la captation informatique – sous couvert d'une simplification dans la mise en œuvre de leur régime juridique. V. néanmoins sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censurant partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

[77] L'élargissement des techniques modernes les plus attentatoires aux libertés individuelles correspond à une tendance de fond de notre procédure pénale, entamée avec la Loi Perben II et vivifiée par la Loi URVOAS, qui aboutit à une constante mise en balance entre les contraintes budgétaires et l'efficacité des investigations.

[78] 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

humaine. Une telle information s'avère bien sûr insuffisante pour établir – à elle seule – la vérité sur la commission d'une infraction. Toutefois, l'indice ainsi révélé pourrait tout de même se voir auréolé d'une confiance surestimée lorsqu'il se trouve apprécié par un observateur inaverti[79]. La modernisation des techniques d'investigation engendre, d'autre part, un gain d'efficacité vis-à-vis d'une criminalité captive à l'informatisation croissante des échanges humains[80]. De nouvelles formes de délinquances, mieux dissimulées, apparaissent[81] tandis que le législateur réglemente l'utilisation de moyens d'investigation plus intrusifs afin d'y faire face[82]. Bien que leur instauration se justifie par la nécessité d'obtenir des indices sur une activité infractionnelle occulte, ces procédés intrusifs inquiètent[83] autant qu'ils exigent un encadrement strict[84]. La preuve librement déterminée par le juge suppose en effet une obtention réglementée[85] des indices qui la fonde. Le principe de légalité revêt une importance capitale en matière pénale puisqu'il contribue à garantir la fiabilité de l'indice à travers la réglementation de sa recherche[86]. En limitant tout abus des autorités, l'obligation de justification dans la mise en œuvre d'une action investigatrice rationalise le comportement humain au cœur de l'enquête. La rigueur des justifications inhérentes à l'utilisation des mesures d'investigation s'intensifie

[79] 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, *La documentation française*, 2000, p. 22 et s. ; Sur les risques de correspondance fortuite et la valeur probante des comparaisons d'ADN, voir COQUOZ et TARONI, « La preuve par l'ADN - La génétique au service de la justice », 2e édition, *Presses polytechniques et universitaires romandes*, 2006, p. 244 et s.

[80] ROUSSEL, « L'emploi de l'informatique dans l'administration de la preuve », *Droit pénal*, n° 9, étude 11, sept. 2005, § 25. V. aussi à propos de la Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement qui réglemente dans le cadre de l'enquête administrative des procédés d'investigation particulièrement intrusifs et attentatoires aux libertés individuelles, PARIZOT, « Surveiller et prévenir… à quel prix ? », JCP G 2015, n° 1077, p. 1086

[81] OLINET et MARTIN-CHENUT, « La preuve cybernétique », *in* GIUDICELLI-DELAGE (dir.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *Société de législation comparée*, 2006, p. 225.

[82] Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice vise d'ailleurs à étendre les procédés d'investigation réglementés dans le domaine du renseignement par la loi du 24 juillet 2015 et dans le domaine de la criminalité organisée par la loi du 3 juin 2016, conformément à une tendance de montée en puissance de l'enquête amorcée depuis plusieurs années au détriment d'une information judiciaire devenue trop coûteuse.

[83] 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 », *Cujas*, 2006, p. 412. V. plus récemment encore concernant le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, à propos duquel un avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNDCH) publié le 20 novembre 2018 s'inquiète d'une tendance installée depuis la loi Perben II du 9 mars 2004 consistant dans une montée en puissance du ministère public au rang de quasi « juge de l'enquête », sans toutefois être corroborée par une indépendance aussi marquée que ne le justifieraient les pouvoirs coercitifs lui étant reconnus. A ce titre, la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censure partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

[84] 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 », *Cujas*, 2006, p. 774.

[85] 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.

[86] GUINCHARD et BUISSON, « Manuel de Procédure pénale », *Lexis Nexis*, 11e édition, 2018, p. 583

selon leur caractère attentatoire envers les libertés et droits fondamentaux dont chacun est titulaire[87]. L'apparition de nouvelles formes de criminalité représente un défi pour le législateur qui s'oblige, dès les premiers stades de l'enquête, à doter les autorités d'un arsenal facilitant la recherche d'une vérité tandis que le caractère intrusif des procédés impose, corrélativement, un régime légal suffisamment cadrant pour évincer le risque d'abus[88]. L'organisation plus occulte des réseaux criminels, en lien avec l'informatisation croissante de nos sociétés, contraint les autorités publiques à recourir aux mesures d'investigation les plus intrusives sans toutefois que l'atteinte portée aux libertés individuelles des personnes visées ne puisse s'accommoder de l'inertie du législateur dans leur encadrement. Un équilibre doit s'instaurer entre la souplesse du cadre de l'enquête, opposé à la justification trop rigoureuse des mesures coercitives, et la nécessité de préserver les libertés individuelles reconnues aux personnes qui – bien que soupçonnées – sont toujours présumées innocentes. Désireux de préserver la rapidité d'action des autorités investigatrices confrontées aux associations de malfaiteurs les plus graves, le code de procédure pénale augmente considérablement les procédés intrusifs actionnables dès l'enquête de police. La montée en puissance de l'enquête[89] tend toutefois à vider de sa substance l'information préparatoire, expliquant sans doute par la même occasion le recul statistique du recours à instruction. Ce jeu des vases communicants entre enquête de police et instruction judiciaire ne peut supprimer l'obligation d'une justification dans la mise en œuvre des mesures d'investigation. Objet de la mise en état, les indices constituent un instrument juridique privilégié aux fins d'autoriser les actes procéduraux. L'infraction vraisemblable qu'ils indiquent légitimise en effet la contrainte susceptible d'être ultérieurement instaurée.

9. Justification des mesures procédurales par les indices. – Dès lors qu'il organise la mise en œuvre des mesures d'investigation coercitives, le code de procédure pénale multiplie les références aux indices. L'article 80-1 du code de procédure pénale conditionne la mise en examen à la présence, contre la personne visée, « *d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi* »[90]. De la même manière, le statut de témoin assisté de la personne mise en cause se justifie, aux termes de l'article 113-2 du même code, par la présence à son encontre d'indices « *rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou*

[87] PRADEL, « Procédure pénale », *Cujas*, collection « Référence », 2017, p. 303.
[88] V. en ce sens, JHERING, « ennemie *jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* »
[89] 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.
[90] Art. 80-1 alinéa 1 du c. proc. pén. tel que modifié par l'article 10 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, en vigueur le 1er janvier 2001

complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi ». L'existence « *d'indices graves ou concordants* » rendant vraisemblable la participation infractionnelle des personnes visées autorise par ailleurs les autorités à conserver leur empreinte génétique au sein du fichier national automatisé des empreintes génétiques, le FNAEG[91]. Le déclenchement du mandat de comparution, d'amener ou encore d'arrêt repose pareillement sur la caractérisation « *d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission d'une infraction* »[92]. Explicitement visés par le législateur dans les dispositions précitées, les indices fondent une vraisemblance infractionnelle et justifient le déclenchement de mesures procédurales. Les effets de l'indice, sa capacité à rendre possible le fait infractionnel, sont mis à profit des autorités dans leur recherche d'une conviction sur la réalité des faits, non pas aux fins de déterminer la preuve – prérogative exclusive du juge – mais par nécessité de poursuivre l'action investigatrice malgré leur doute. Certains auteurs évoquent à ce propos le raisonnement par inférence par lequel policiers, procureur et magistrat instructeur utilisent les indices préalablement obtenus afin de présumer une réalité vraisemblable sur le déroulement des faits infractionnels qu'ils recherchent[93]. Au même titre que l'intime conviction du juge se nourrit d'indices afin d'établir la preuve, le raisonnement de l'enquêteur se forge à partir des indices qu'il interprète. De ce processus intellectuel résulte une apparence, laquelle autorise le déclenchement d'une réponse pénale dès qu'elle se rapproche d'une probable réalité infractionnelle. L'apparence vraisemblable fondée sur les indices, telle qu'elle est exigée par le législateur, noue d'ailleurs des rapports étroits avec la probabilité arithmétique[94]. Si le sens commun s'oppose à distinguer la vraisemblance d'une probabilité[95], leur fondement constitue pourtant une différence frappante : tandis que la probabilité – à consonance arithmétique – trouve sa source dans les nombres, la vraisemblance – à dominante dialectique – se fonde sur des indices. La quantification d'une apparence vraisemblable implique la réunion d'indices et c'est précisément en ce sens qu'il est fait référence aux indices graves et concordants par le code de procédure pénale. Guidés par les indices qu'ils interprètent tout au long des investigations, les enquêteurs agissent malgré le

[91] C. pr. pén., art. 706-54, al. 3

[92] L'article 122 alinéa 3 du code de procédure pénale dispose que « le mandat de comparution, d'amener, ou d'arrêt peut être décerné à l'égard d'une personne à l'égard de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'une infraction… ».

[93] L'inférence doit être comprise en tant qu'opération « *consistant à admettre une proposition en raison de son lien avec une proposition préalable tenue pour vraie* ». L'ambiguïté du terme « présomption » en droit — et surtout dans la matière pénale — explique la préférence de certains auteurs pour l'utilisation du terme « inférence », en référence appuyée à la terminologie de la logique formelle. V. en ce sens, PERELMAN, « Logique juridique, Nouvelle rhétorique », *Dalloz*, 2e édition, 1999, n° 1, pp. 1-2.

[94] GENY, « Science et technique en droit privé positif », tome III, 1914-1924, *Sirey*, n° 239, p. 359.

[95] Dictionnaire « Le grand Larousse illustré », définition du mot « probable », *Larousse*, 2017, p. 928.

doute sur la réalité du fait infractionnel[96]. Le législateur mentionne continuellement, quoique de manière plus implicite, l'interprétation intellectuelle des indices afin de justifier le déclenchement d'une mesure procédurale. Des « *raisons plausibles de soupçonner qu'un individu a commis ou tenté de commettre une infraction* » seront requises à l'instauration d'un placement en garde à vue[97], à la réalisation d'un contrôle d'identité[98], à la mise en œuvre d'un mandat de recherche[99] ou encore à l'ouverture d'une enquête de flagrance[100]. La référence aux indices autorise ainsi la reconnaissance d'un statut protecteur, palliant l'absence de « parties » – au sens strictement juridique du terme[101] – durant la phase d'enquête. Alors que l'enquête se montre de plus en plus répressive, l'action publique non encore déclenchée ne peut contribuer à limiter avec déraison le respect d'une innocence présumée. Le désir de souplesse aux prémices d'une procédure pénale s'associe parfaitement aux indices pour justifier une coercition à mesure que se caractérise l'apparence graduelle du fait infractionnel. Malgré des termes moins précis, la formulation retenue évoque les « *raisons plausibles de soupçonner* » en résonance aux « *indices rendant vraisemblable* ». La proximité sémantique entre la dimension plausible et le caractère vraisemblable de l'infraction ne laisse aucun doute quant à la nécessité d'un raisonnement interprétatif fondé sur les indices[102]. Les juges de la Cour de cassation visent d'ailleurs les « *indices apparents* » afin de caractériser le soupçon plausible sur la commission du fait flagrant[103]. Il importe aux juges du fond de contrôler la mise en œuvre de mesures

[96] PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », *in* « La preuve », *Economica*, 2004

[97] Art. 62-2 al. 1 c. proc. pén. : « La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ». Art. 61-1 al. 1 c. proc. pén., s'agissant de l'audition libre : « La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée… ».

[98] Art. 78-2 c. proc. pén. : « Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1° peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner : qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction… ».

[99] Art. 122, al. 2 c. proc. pén.

[100] Art. 70, al. 1er c. proc. pén.

[101] V. sur ce point, 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 ? », *Droit pénal*, avr. 2009, n° 4

[102] DEFFERRARD, « La suspicion légitime », *LGDJ*, 2000, n° 9, p. 7.

[103] Cass. crim. 2 février 1988, n° 87-81147, Bull. crim. n° 52 ; Cass. crim. 8 novembre 1989, n° 89-80728, Bull. crim. n° 406 ; Cass. crim. 23 mars 1992, n° 90–85217, Bull. crim. n° 123; Cass. crim. 22 avril 1992, n° 90-85125, Bull. crim. n° 169 ; Cass. crim. 1er oct. 2003, n° 03-84142, Bull. crim. n° 176 ; Cass. crim. 2 mai 2007, n° 07 - 81 517, Bull. crim. n° 112 ; Cass. crim. 5 oct. 2011, n° 11-81125, Bull. crim. n° 195.

procédurales, engendrées par les indices d'un comportement délictueux[104], non pas simplement possible,[105] mais vraisemblable[106].

10. Contrôle des mesures procédurales par les indices. – La Chambre criminelle de la Cour de cassation insiste sur la caractérisation d'une apparence infractionnelle suffisamment probable afin de justifier les mesures procédurales mises en œuvre[107]. La commission flagrante du fait prohibé doit ainsi résulter d'un indice « *apparent* »[108]. Le caractère apparent de l'indice produit des conséquences rigoureuses puisqu'il fonde la mise en œuvre du régime plus coercitif de l'enquête de flagrance[109]. La doctrine pénaliste souligne l'importance que revêt l'indice apparent en procédure pénale[110], au point de regretter son absence au sein des dispositions légales applicables à l'enquête de flagrance[111]. L'explication d'une telle carence tient sans doute à l'évidence du caractère visible de l'indice utilisé pour fonder l'instauration d'une telle enquête[112]. Bien que l'existence d'un indice apparent fasse l'objet d'un contrôle juridictionnel, il demeure en pratique que le policier s'en remet nécessairement à ses sens – perception visuelle, auditive et olfactive – afin de percevoir des indices laissant présumer la vraisemblable commission d'une infraction flagrante[113]. Par l'interprétation des indices dont il a connaissance, l'enquêteur estime la probabilité du fait infractionnel encore inconnu[114]. Une référence légale à l'indice apparent en tant que justification de l'enquête flagrante[115] reviendrait à inscrire dans les textes le fondement d'un raisonnement intellectuel inévitable en pratique. Les dispositions du code de procédure pénale mentionnant explicitement « *les indices rendant vraisemblable* »[116] ou encore les « *indices graves ou concordants rendant vraisemblable* »[117] reposent d'ailleurs sur une logique identique, permettant le contrôle de l'apparence vraisemblable au moyen des indices qui en sont à la source. Avec une attache plus implicite

[104] Chambre d'accusation de Douai, 26 avril 1991, *Droit pénal* 1992, n° 215, 3e espèce, note MARON.
[105] CA Colmar, 12 novembre 1948, *D*. 1949, p. 72
[106] ROUSSEL, « Suspicion et procédure pénale équitable », *L'harmattan*, 2010, p. 43.
[107]Cass. crim. 7 février 2001, n° 00-86367, Bull. Crim. n° 40; Cass. crim., 4 janvier 1982, n° 80-95198, Bull. Crim., n° 2; *JCP G,* 1982, IV, p. 106
[108] Cass. crim. 22 janvier 1953, Isnard, Cinque et Dumont, *JCP*, 1953, II, 7456 ; Cass. crim. 30 mai 1980, Bull. Crim. n° 165 ; Cass. crim. 26 avril 1983, n° 81-90699, Bull. Crim. n° 117.
[109] NAGOUAS-GUERIN, « Le doute en matière pénale », *Dalloz*, collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, n° 117, p. 77.
[110] MATSOPOULOU, « Les enquêtes de police », *LGDJ*, collection « Bibliothèque Des Sciences Criminelles », 1996, p. 98, n° 112
[111] SANCHEZ, « Flagrance, apparence et provocation ou la souplesse des règles de preuve », *D*. 2004, p. 1845.
[112] DECOCQ, MONTREUIL et BUISSON, « Le droit de la police », *Litec*, 2e édition, 1998, p. 310.
[113] GUINCHARD et BUISSON, « Manuel de Procédure pénale », *Lexis Nexis*, 11e édition, 2018, n° 680, p. 555
[114] V. sur ce point BUISSON, « L'acte de police », thèse, Lyon, 1998, pp. 537 à 544.
[115] CONTE, « L'apparence en matière pénale », thèse, Grenoble II, 1984, tome I, p. 679
[116] C. proc. pén., art. 113-2.
[117] C. proc. pén., art. 80-1, 122 et 154-2

aux indices, la locution « *raisons plausibles de soupçonner* »[118] confère davantage de souplesse aux autorités investigatrices qui peuvent alors mettre en œuvre une mesure procédurale sur le seul fondement d'une appréciation subjective des indices. Il est à ce titre particulièrement frappant de constater la régression du législateur dans son choix de substituer l'expression « *raisons plausibles* » à celle « *d'indices faisant présumer* ». Le gain d'objectivité permis par la référence explicite aux indices était d'autant plus crucial qu'il s'agissait d'autoriser des mesures particulièrement sensibles telles que le contrôle d'identité ou le placement en garde à vue. L'assouplissement du cadre légal durant l'enquête[119] contribue sans aucun doute à expliquer les raisons de cette reformulation. Le mouvement initié par le législateur se comprend au regard des impératifs d'efficacité qui irriguent une procédure confrontée, dès la phase d'enquête, aux agissements d'une criminalité plus insidieuse. Le gain d'efficacité souhaitée ne doit toutefois pas coïncider avec l'éviction d'une vérification tenant aux conditions d'instauration des mesures procédurales. Le recours explicite aux indices contribuerait – du moins en théorie – à intensifier le contrôle des mesures initiées. En pratique, il semble néanmoins difficile à certains auteurs de distinguer une hiérarchie entre « *les raisons plausibles de soupçonner* » et « *les indices graves ou concordants* », préférant évoquer des « *paliers de vraisemblance* »[120]. Une lecture attentive des dispositions laisse tout de même percevoir une plus grande objectivité dans la mise en œuvre des mesures procédurales explicitement fondées sur des indices « *graves* » et « *concordants* ». La présomption du fait de l'homme, au cœur du raisonnement tenu par l'observateur, résulte textuellement des indices de sorte qu'un contrôle du socle objectif à la source de la vraisemblance peut s'organiser. Dans le cas où seules des « *raisons plausibles* » sont exigées, l'apparence infractionnelle vraisemblable connaît un fondement beaucoup plus imprécis[121] en ce sens où l'observateur fait part de son appréciation personnelle sans devoir étayer les indices qui en sont à l'origine. La justification de ces mesures résulte des seules informations subjectivement interprétées, au mépris des indices dont elles proviennent

[118] Par exemple, article 61-1 code de procédure pénale ; art. 62 code de procédure pénale ; article 62-2 code de procédure pénale ; art. 78-2, alinéa 1 du code de procédure pénale ; art. 154, alinéa 1 du code de procédure pénale.
[119] Il s'agit d'ailleurs d'une tendance de fond initiée par la loi du 9 mars 2004, puis renforcée avec celle du 3 juin 2016, visant à assouplir le cadre légal des mesures policières. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice tend à maintenir la montée en puissance de l'enquête sous couvert d'une plus grande efficacité des investigations, mais aussi sans doute d'une gestion budgétaire optimisée. V. néanmoins sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censurant partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.
[120] GUERY et CHAMBON, « Droit et pratique de l'instruction préparatoire », *Dalloz*, collection « Dalloz Action », 10e édition, 2018 – 2019, n° 191, p. 11. V. également : GUERY, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G* 1998, I, p. 140.
[121] V. en ce sens, LEROY, « Garde à vue : le droit à l'avocat », *Gaz. Pal*., 30 juillet 2013, n° 211, p. 19.

nécessairement. A l'occasion de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité ayant trait à la justification du contrôle d'identité, la Cour de cassation saisie a systématiquement opposé un refus de transmettre motivé par la similarité des termes en vigueur « *raisons plausibles* » avec ceux antérieurs « *indices faisant présumer* ». Plus exactement, cette reformulation résulterait, selon elle, d'une mise en conformité au regard de la formulation plébiscitée par l'article avec l'article 5-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme[122]. Cette même convention prône pourtant l'effectivité d'une justice équitable et équilibrée, à travers, notamment, la mise en œuvre – objectivement justifiée – d'une coercition strictement encadrée.

10.1 Effectivité de l'équilibre procédural. – Afin d'être justifiée, la contrainte déployée au cours de la procédure se doit d'engendrer une restriction proportionnée[123] envers les libertés individuelles des personnes visées[124]. La vraisemblance du fait infractionnel, telle qu'elle résulte d'une interprétation des indices préalablement obtenus, constitue ainsi un palier autorisant la mise en œuvre corrélative de mesures coercitives[125]. L'équilibre procédural entre l'atteinte vraisemblable aux intérêts sociaux d'une part et l'atteinte subséquente aux libertés de la personne suspectée se trouve par conséquent préservé. La répression érigée demeure intrinsèquement liée au caractère suspect d'une personne[126]. Pris dans un sens large, le caractère suspect d'une personne vise moins un statut particulier qu'une participation infractionnelle devenue « plausible » ou « vraisemblable » au regard des indices révélés[127]. Il s'agit dans ce cas de reconnaître une place spécifique aux individus mis en cause, sans pouvoir les considérer strictement au rang de « parties » à l'enquête en l'absence d'un déclenchement de l'action publique à ce stade. Le compromis, éminemment sensible, entre la souplesse inhérente aux

[122] Cass. crim., 17 août 2011, n° 11-90063, Cass. crim., 31 août 2011, n° 11-90069 ; Cass. crim., 13 sept. 2011, n° 11-90079

[123] Les principes de nécessité et de proportionnalité figurent d'ailleurs parmi les principes directeurs du procès pénal inscrits au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

[124] Notamment la vie privée, particulièrement menacée par une montée en puissance sans précédent de l'enquête, à travers la mise en œuvre des procédés d'investigation intrusifs instaurés par la loi du 3 juin 2016 dont le recours se trouve vulgarisé avec le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. V. sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, par laquelle les Sages censurent partiellement la loi, et notamment les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

[125] GIRARD, « Essai sur la preuve dans son environnement culturel », Tome I, *PUAM*, 2013, n° 260, p. 462.

[126] Cass. crim., 30 mai 1980, n° 80-90075, Bull. crim. n° 165, et Cass. crim. 22 janvier 1953, ISNARD, CINQUE et DUMONT, *JCP* 1953, II, 7456. La chambre criminelle avait alors censuré la contrainte déployée par un policier à l'encontre d'un individu qu'il soupçonnait de prendre des paris clandestins.

[127] Cass. crim,. 4 janvier 1982, n° 80-95198, Bull. crim. n° 2 ; *JCP G*, 1982, IV, p. 106 ; Cass. crim., 22 janvier 1953, *JCP*, 1953, II, 7456 ; Cass. crim., 26 avril 1983, n° 81-90699, Bull. crim. n° 117. Il est des cas où la vraisemblance de la réalité infractionnelle fait débat, Cass. crim. 26 mai 2004, n° 04-82053

phases d'enquête d'une part, et la nécessité de préserver l'effectivité d'une innocence présumée d'autre part, contraint le législateur à instaurer un socle embryonnaire de droits au fil des indices laissant présumer la commission d'une infraction. Le code de procédure pénale utilise un vocable particulièrement riche afin de décrire la situation d'une personne dont le comportement infractionnel est présumé. La personne simplement suspectée[128] peut ainsi devenir soupçonnée[129], tandis qu'il est parfois fait référence à des termes voisins tels que personne « mise en cause »[130], personne poursuivie[131] ou mise en examen[132]. Soucieux de maintenir un équilibre procédural d'ensemble, le législateur suspend la mise en œuvre de certaines mesures procédurales attentatoires envers les libertés individuelles à la qualification spécifique d'une apparence infractionnelle[133]. La référence textuelle explicite aux indices ferait peser sur l'autorité publique une obligation de matérialiser plus nettement le socle objectif à partir duquel l'interprétation subjective se déduit. La vraisemblance du fait condamné ne résulte plus uniquement des seules informations filtrées à travers l'esprit d'un observateur, elle doit désormais se fonder sur des indices expressément visés. Aux fins de qualifier plus objectivement l'apparence probable d'un comportement interdit, le législateur vise la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction[134], les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer à une infraction[135], les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé à l'infraction[136] ou encore celles à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation à une infraction[137]. Seul ce dernier fondement, atteignant le palier de vraisemblance le plus élevé, justifierait le déploiement des restrictions les plus marquées envers

[128] Art. préliminaire, III alinéa 1er du c. proc. pén. ; art. 706-81 alinéa 2 du c. proc. pén.
[129] L'art. 53 alinéa 1er du c. proc. pén. s'agissant de l'enquête de flagrant délit. L'art. 43 alinéa 1er du c. proc. pén. s'agissant des attributions du procureur de la République et l'art. 52 du c. proc. pén. s'agissant cette fois des attributions du juge d'instruction. L'art. 77 du c. proc. pén. s'agissant de l'enquête préliminaire et enfin, l'art. 154 du c. proc. pén. s'agissant de l'instruction.
[130] V. not. l'art. 113-2 al. 2 du c. proc. pén. s'agissant du témoin assisté
[131] V. art. préliminaire, III, alinéa 1er ; art. 99-2 du c. proc. pén. ; art. 306, al. 2 et 3 ; article 400, al. 5 c. proc. pén. ; art. 800-2 c. proc. pén. ou encore art. D 490 c. proc. pén
[132] V. l'art. 80-1 du c. proc. pén. s'agissant de l'information judiciaire ; les art. 58, al. 6, 7 et 10 ; 82, al. 3 ; 82-1, al. 3 ; 91, al. 1er et 223, alinéa 1er du c. proc. pén. s'agissant de l'exercice de l'action publique ; l'art. 567-2 du c. proc. pén. s'agissant des voies de recours ou encore, s'agissant des procédures particulières, les art. 664 et 669 du c. proc. pén. par exemple. Il est à noter que le terme de « mise en examen » a remplacé celui d'« inculpé » depuis la loi du 4 janvier 1993
[133] Il incombe ainsi au législateur de veiller au maintien d'un équilibre entre la gravité du fait infractionnel apparent et l'importance de l'atteinte engendrée envers les libertés individuelles des personnes visées.
[134] Art. 60 c. proc. pén. et article 75-2 c. proc. pén.
[135] Art. 113-2, al. 2 c. proc. pén
[136] Art. 105 c. proc. pén
[137] Art. 80-1, al. 1er c. proc. pén., art. 122, al. 3 c. proc. pén.

les libertés individuelles des personnes soupçonnées. Les indices graves ou concordants de participation à la commission d'une infraction autorisent, aux termes des dispositions de l'article 706-54 du code de procédure pénale, la conservation de l'empreinte génétique[138] des personnes ainsi suspectées[139]. Sans doute par conscience de l'atteinte portée envers les libertés individuelles de personnes simplement suspectées, le législateur soumet l'inclusion des empreintes génétiques à l'obtention d'un consentement[140], dont l'autonomie semble toutefois assez limitée sous la menace d'une sanction en cas de refus[141]. La gravité des faits reprochés, tels qu'ils ressortent vraisemblablement de l'interprétation portée sur les indices obtenus, contribue à maintenir l'équilibre global d'une procédure pénale. Tiraillée entre les intérêts divergents de chacune des parties – selon une acception large du terme – la recherche d'une vérité judiciaire se nourrit des indices, qu'elle instrumentalise par la suite afin de justifier l'avancement d'un processus probatoire nécessairement progressif.

10.2 Efficacité du processus probatoire. – Dès lors que les indices rendent possible l'infraction, objet des recherches organisées par la procédure pénale, ils se situent à la source d'une apparence infractionnelle. Le législateur fait état de cette apparence, condition d'une progression dans la découverte judiciaire d'une vérité à mesure qu'elle s'intensifie. Les indices émaillent l'action des autorités investigatrices en tant que vecteurs d'une apparence. Ils guident le cheminement à travers les différentes phases procédurales jusqu'à l'obtention d'une preuve. L'enquête, dirigée sous l'impulsion du ministère public, devra engendrer la saisine du magistrat instructeur lorsque suffisamment d'indices confirmeront la vraisemblance d'une infraction imputable à la personne suspectée[142]. La vérité judiciaire se construit graduellement, par une interprétation des indices à chaque stade procédural, passant de l'enquête à l'instruction jusqu'au jugement. Les phases réglementées par le code de procédure pénale reposent chacune

[138] V. sur ce point : AMBROISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », *in* « Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit », *Dalloz*, 2007, p. 19.
[139] On retrouve la même logique s'agissant des fichiers d'antécédents judiciaires le « TAJ » — traitement des antécédents judiciaires — (art. 230-7 c. proc. pén.), ou des fichiers d'analyse sérielle (art. 230-13 et s. c. proc. pén.). En effet, les art. 230-7 et 230-13 du c. proc. pén. permettent de mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel contenant des informations sur les personnes à l'encontre desquelles existe « des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission des infractions mentionnées au 1° du même art. 230-6 ». V. sur ce point : BUISSON, « Fichiers d'analyse sérielle », *Procédures*, n° 7, 2012 ; comm. 234 ; BUISSON, « Traitement d'antécédents judiciaires », *Procédures*, n° 3, 2014, comm. 91.
[140] V. sur ce point : AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », *in* « Mélanges offerts à Jean PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », *Cujas*, 2006, p. 30.
[141] Art. 55-1 al. 3 et art. 706-56 II du c. proc. pén. La question du consentement des personnes mises en cause semble également se poser concernant les procédures rapides de jugement telles qu'elles ont, d'ailleurs, été étendues par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice sous couvert de simplification, mais plus encore d'une meilleure maîtrise budgétaire.
[142] GIRARD, « Essai sur la preuve dans son environnement culturel », Tome I, *PUAM*, 2013, n° 260, p. 463.

sur des indices. Leur consistance détermine la poursuite du processus intellectuel d'obtention d'une intime conviction sur la réalité du comportement prohibé. La preuve pénale s'élabore au gré des indices obtenus à chaque stade qu'organise la procédure pénale. L'efficacité du processus probatoire gagnerait ainsi à mieux appréhender le fonctionnement des indices qui en constituent le moteur. Il ne s'agit pas de s'immiscer dans le mécanisme d'interprétation par lequel se forge l'intime conviction, mais plutôt de soutenir la mise en œuvre d'une méthode[143], rationnelle, afin d'obtenir une vérité judiciaire plus objective. Le principe de liberté d'une preuve pénale déterminée à partir d'une multiplicité d'informations ne peut se passer d'un tri à opérer entre, d'une part les indications qui méritent d'être retenues et, d'autre part, celles qui n'inspirent pas une confiance suffisante. Il incombe à l'observateur d'apprécier les indices portés à sa disposition sans se laisser happer par une force probante surfaite, au risque de réitérer les divagations d'une preuve directe avantageusement disparue avec l'instauration du code de procédure pénale. L'aura reconnue aux éléments probatoires scientifiques, sans doute justifiée par le renouveau des informations indiquées, ne signifie pas pour autant qu'ils doivent se passer du filtre de l'intime conviction. A titre d'exemple patent, la réalisation d'une empreinte génétique par l'homme de science exige une attention soutenue de l'observateur sur le respect des normes garantissant la fiabilité des informations indiquées au sein du rapport qu'il produit. Reconnaître le caractère perfectible d'une empreinte génétique créée par l'homme de science revient à l'associer aux indices soumis à l'interprétation de l'homme de droit. La passion d'une force probante démultipliée cède à la raison du doute. Par la reconfiguration d'un processus probatoire centré sur les indices, savoirs scientifiques et juridiques auront chacun une meilleure opportunité de s'exprimer dans leur domaine respectif. Libérée du rapport malaisé entre des connaissances parfois mises en concurrence, la construction d'une vérité judiciaire s'en trouve apaisée. Aucun élément probant ne peut dépasser le rang d'indice sans avoir préalablement emporté la conviction du juge. *A contrario*, l'élément obtenu au cours des investigations mérite un intérêt lorsqu'il revêt la qualité d'indice. Les effets reconnus aux indices, grâce auxquels se profile la possibilité d'un fait prohibé, sont au cœur de leur utilité procédurale. Le mécanisme grâce auquel la preuve est obtenue se fonde sur les indices afin de quantifier la vraisemblance d'une apparence infractionnelle. L'aptitude des indices à faire présumer la réalité d'un fait transcende d'ailleurs leur variété. Tous les indices disposent de cette capacité à divulguer une

[143] PERLEMAN, « Logique juridique, Nouvelle rhétorique », *Dalloz*, 1999, p. 173, n° 94. Cet ouvrage est paru initialement en 1979, dans la collection « Méthode du droit » dirigée par Jean CARBONNIER ; GADARMER, « Vérité et méthode, les grandes lignes d'une herméneutique philosophique », *édition du Seuil*, 1996, p. 511, n° 489.

éventualité favorable. Bien qu'elle ne puisse se départir de l'interprétation humaine, une telle aptitude mérite tout de même d'être expliquée tant elle constitue le moteur d'un mécanisme tourné vers l'obtention d'une preuve. La procédure pénale conçoit, en effet, le processus probatoire comme un raisonnement dialectique formulé sur la découverte d'une vérité judiciaire[144]. Les indices en sont à la source afin de justifier sa progression. Comprendre le fonctionnement de l'indice revient à comprendre la construction d'une conviction à l'origine de la preuve. Identifier l'essence de l'indice autorise à rationaliser le processus probatoire, et au-delà même, la procédure pénale dont il constitue la pierre angulaire.

11. Identification de l'indice. – Alors qu'ils imprègnent l'entier cheminement organisé par la procédure pénale jusqu'à établir la vérité d'un comportement prohibé, les indices n'ont jamais fait l'objet d'une étude d'ensemble dans cette matière. Trop souvent confondus avec la preuve qu'ils engendrent, les indices pâtissent d'un manque de visibilité. « *Tout* » serait indice[145] puisque seul le juge établit la preuve selon son intime conviction. La dimension « morale » ou « intellectuelle » de la preuve pénale rendrait sans doute insignifiant de s'attarder à étudier les indices en procédure pénale. Pourtant, la mise en commun des indices produit cette vraisemblance dont le législateur se sert pour équilibrer la procédure pénale, autorisant l'action investigatrice tout en fixant la limite coercitive à ne pas dépasser. Les effets reconnus aux indices deviennent indispensables au bon déroulement d'une procédure pénale. D'une part, parce qu'elle ne peut se départir d'un doute sur la réalité du fait infractionnel. D'autre part, parce qu'elle ne peut risquer de tomber dans l'immobilisme d'une trop grande prudence à agir. Les indices constituent alors le fondement d'une conviction intimement partagée par le juge, au sens strict, mais plus généralement encore par n'importe quel enquêteur chargé d'apprécier la dimension infractionnelle d'une situation. L'universalité des indices en procédure pénale mérite qu'une étude soit menée afin d'expliquer cette capacité à « *rendre possible* ». Ancrée dans le sens commun, la notion d'indice suggère son aptitude à « *révéler* » ou encore à « *laisser supposer* »[146]. En ce sens, l'indice devient la « *pièce d'un puzzle* »[147] à reconstituer. Quiconque s'intéresse à l'indice parvient à concevoir le pouvoir dont recèle l'indice, mais peu – sinon personne – ne se penche sur les raisons à même de l'expliquer. L'indice devient « *un de ces*

[144] MITTERMAÏER, « Traité de la preuve en matière criminelle », 1948, p. 69 ; GORPHE, « Les décisions de justice, étude psychologique et judiciaire », *Sirey*, 1952, p. 123.
[145] AMBROISE-CASTEROT et BONFILS, « Procédure pénale », *PUF*, collection « Thémis », 2e édition, 2018, n° 59, pp. 31-32.
[146] Définition du CNRTL, v. http://www.cnrtl.fr/definition/indice
[147] BEAUVOIR, « Mandarins », 1954, p. 410

mots de la langue ordinaire qui constituent la langue du droit »[148] sans que l'on ne comprenne véritablement comment s'engendrent les mesures juridiques qu'il fonde. La conception carencée du processus par lequel « *tout* » deviendrait indice est d'autant plus grave qu'elle concerne la matière pénale. L'interprétation personnelle de l'observateur – magistrat ou policier – se porte sur l'indice afin de justifier la mise en œuvre d'une mesure susceptible de devenir coercitive pendant l'enquête, attentatoire aux libertés durant l'instruction et privative de liberté au stade du jugement. Plus qu'en tout autre domaine, l'indice revêt en procédure pénale une importance capitale. Identifier l'indice revient à déterminer ce qu'il est véritablement. Une grande latitude est laissée au juge dans la détermination de la preuve puisqu'elle demeure liée à l'obtention d'une intime conviction sur la réalité du fait infractionnel. Le juge forge sa conviction grâce à l'indice en raison de sa capacité à rendre possible le comportement réprimé dont il cherche à établir la réalité. Dès lors que tous les éléments utilisés par le juge sont des indices, « *tout* » ne peut être indice précisément parce que l'indice représente le seul élément capable de « *rendre possible* ». Transparaît alors l'ambiguïté d'une notion observée à tort avec le dédain de l'ordinaire. Afin de devenir indice, l'élément considéré doit disposer d'un pouvoir spécifique. Propre à l'indice, l'aptitude à rendre possible rejoint la confiance que lui porte son observateur. L'analogie avec le puzzle d'une réalité dissimulée sied parfaitement à l'indice qui constituerait ainsi la pièce à partir de laquelle une vérité se profile. L'indice semble correspondre à la réalité d'un fait prohibé et mérite d'être considéré. A l'inverse, l'élément ne parvenant pas à éveiller la confiance restera muet aux yeux de son observateur. A travers ces exemples se jalonne la qualité revêtue par l'indice. Il s'agirait d'un élément suffisamment probant pour susciter le crédit des personnes amenées à l'interpréter dans le but de déduire une hypothèse sur la commission d'un fait incriminé. La fiabilité octroie à l'élément considéré la qualification d'indice et constitue, par conséquent, un critère à la reconnaissance de cette qualité d'indice. Au-delà d'une conceptualisation trop théorique, il importe en pratique de réglementer la mise en œuvre des procédés d'investigation afin qu'ils soient en mesure de révéler des indices, perçus en tant qu'éléments dotés d'une fiabilité suffisante pour susciter la confiance de leur observateur. Les procédés d'investigation se mêlent d'ailleurs souvent aux indices sans que leur relation ne soit jamais tirée au clair. Un lien très étroit unit l'aveu à l'interrogatoire tandis que le témoignage serait l'apanage de l'audition. Aveu et témoignage s'arrogent la qualité d'indice dès que leur fiabilité les autorise à s'insérer dans un raisonnement dialectique tourné

[148] SAINT RIALS, « Les standards, notion critique du droit », *in* « Les notions à contenu variable en droit », 1984, *Buylant*, p. 29

vers la quantification d'une probabilité infractionnelle. Interrogatoire et audition s'apparentent davantage aux outils, réglementés par le législateur et mis en œuvre par les enquêteurs. Ils seront destinés à révéler la parole des personnes interrogées d'une part, auditionnées d'autre part. Alors que l'enquêteur constate la commission d'une infraction à travers ses perceptions sensorielles, les moyens d'investigation sont indispensables afin de rendre la parole des personnes entendues tangible au sein de la procédure pénale. La question d'une confiance dans l'élément susceptible de revêtir la qualité d'indice ne se pose qu'à condition de le percevoir à travers ses facultés sensorielles. Le caractère matériel de l'indice s'inscrit en préalable aux interrogations sur son caractère probant. L'indice suscite une confiance suffisante pour rendre possible, certes, mais il dispose avant cela d'une matérialité perceptible aux sens de son observateur. Inévitable en pratique, l'expertise rend perceptibles des connaissances excédant le domaine de compétence du profane. Doit ainsi se distinguer la mission d'expertise, par laquelle un sachant procède aux opérations ordonnées, et le rapport d'expertise, finalité du raisonnement intellectuel interprétatif mené par l'homme de science sur les faits dont il a connaissance. Destinataire du rapport, le juge apprécie la conjecture avancée par l'expert et interprète la signification dans la détermination d'une vérité judiciaire sur le comportement prohibé. L'hypothèse du sachant retracée dans le rapport d'expertise s'apparente à un indice dont la mission d'expertise a permis l'élaboration. Durant son déroulement, la mission représente le procédé ayant permis de rendre perceptible le rapport d'expertise – devenu indice – apte à forger une intime conviction sur la réalité du comportement prohibé. La spécificité de l'expertise consiste moins à rendre perceptible l'indice dans une dimension sensorielle qu'intellectuelle. L'accroissement du recours à l'expert tient davantage d'un désir pour l'autorité judiciaire d'appréhender intellectuellement un indice élaboré à partir de connaissances dont elle ignore la signification. L'attrait grandissant envers l'identification génétique d'une présence humaine ne s'oppose d'ailleurs pas aux approximations liées à la méconnaissance du processus qui en est à l'origine. L'empreinte génétique résulte, en effet, d'une interprétation portée sur une succession de nucléotides propres au génome d'un être humain. L'interprétation suppose, outre le prélèvement d'une souche de gênes, des connaissances spécifiques relevant du domaine scientifique. L'identification génétique, seule utile aux enquêteurs, vise encore l'opération ultérieure de comparaison entre deux empreintes préalablement réalisées. Le résultat de l'identification repose ainsi sur une hypothèse de correspondance entre deux empreintes, réalisées à partir d'une interprétation menée sur une succession de nucléotides, enserrés au sein des gènes présents dans la souche prélevée. La longueur de l'opération présage de sa complexité, au point qu'une marge d'erreur est appliquée aux résultats délivrés. L'identification

par empreinte génétique rend possible la présence humaine autant qu'elle impose à l'autorité judiciaire d'interpréter un indice devenu tangible grâce aux avancées de la science. Le fait rendu possible par l'indice, les indications qu'il laisse présumer, et plus généralement le contenu informationnel par lequel se devine la réalité d'un comportement prohibé, résultent de la qualité d'un élément tangible d'une part, et suffisamment probant d'autre part. S'intéresser à l'indice, identifier ce qu'il est dans l'optique de comprendre son mode de fonctionnement, revient à déterminer son essence. L'indice n'est pas un *ersatz* de preuve puisqu'il en représente les prémisses. Forgée au gré des indices, l'intime conviction propulse l'indice au commencement de la preuve. Moteur du processus probatoire, l'indice est nécessairement connu tant la poursuite d'un cheminement procédural implique d'y avoir recours. La banalité du raisonnement interprétatif fondé sur l'indice jusqu'à l'obtention d'une preuve confère à la notion une parfaite transparence. Pourtant, derrière une appréhension trop surfaite de l'indice se cache une complexité inabordée. Déterminer l'essence de l'indice oblige l'appréhension des critères qui identifient l'indice. La capacité de l'indice à rendre possible, exprimant la qualité que revêt l'indice, s'explique par la confiance que suscite son appréhension matérielle. La diversité des indices se recoupe dans l'unicité de leur qualité : tous disposent d'un caractère matériel par lequel ils deviennent tangibles et tous disposent d'un caractère probant par lequel ils suscitent la confiance de leur observateur. L'indice, en tant que qualité reconnue à l'élément probatoire, transcende la pluralité des formes qu'il serait susceptible de revêtir. Les contours de l'indice s'identifient à travers le contenant matériel qu'il revêt, s'agissant tant d'une empreinte génétique, d'un rapport d'expertise ou encore d'une conversation interceptée. Tandis que le contenu informationnel de l'indice est laissé à libre appréciation du juge qui forge sa conviction, sa matérialité et sa fiabilité demeurent immuables à la manière d'une notion cadre[149].

12. Recherche de l'indice, exploitation des indices. – Réglementé par le code de procédure pénale, le cheminement vers la preuve se tisse au gré des indices. Interprétés afin de fonder la vraisemblance d'une participation infractionnelle, les indices sont qualifiés par le législateur et justifient la mise en œuvre de mesures procédurales. A travers les critères alternatifs ou cumulatifs de « gravité » et de « concordance » des indices requis, une hiérarchie s'instaure dans la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle. L'instauration d'une mesure attentatoire aux libertés individuelles ainsi que son adaptation exigent la réunion suffisante d'indices rendant vraisemblable la commission d'une infraction. Les indices sont exploités par le code de procédure pénale de manière à préserver l'équilibre général entre la

[149] V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 756.

coercition déployée et la vraisemblance d'un comportement prohibé[150]. En tant que moyens de forger une conviction sur la réalité du fait incriminé, les indices sont à la source d'une preuve. Le lien entre la preuve et l'indice se comprend lorsque s'envisage le processus d'interprétation au cœur de l'intime conviction. En l'absence de conviction sur la réalité d'une infraction, tous les éléments interprétés sont des indices rendant simplement possible l'infraction. L'indice laisse présumer la réalité d'un fait et dispose en cela du pouvoir de rendre possible l'inconnu. Cette aptitude, inhérente à l'indice, aide l'observateur à se forger une conviction sur la certitude de ce qu'il perçoit à travers ses capacités tant sensorielles qu'intellectuelles. Une multitude d'éléments devra ainsi faire l'objet d'une interprétation afin d'indiquer l'hypothèse d'un fait infractionnel vraisemblable. Les éléments se rejoignent par leurs effets et se distinguent par la forme qu'ils prennent. Au travers de leur diversité, les indices disposent d'une même capacité à rendre possible. L'indice se recherche en tant que dénominateur commun des indices. La qualité intrinsèque de l'indice transcende la particularité des formes. Les pluriels s'effacent derrière la conceptualisation du singulier. Fiabilité et matérialité apparaissent comme les deux conditions *sine qua non* aux effets de l'indice. L'autorité investigatrice recherche ainsi *l'indice* au sein d'une pluralité de représentations revêtues par *les indices*. La première partie de l'étude met en exergue cette dualité dans la recherche de l'indice. Elle consiste à appréhender, d'une part, la recherche de l'indice au moyen des procédés d'investigation placés à la disposition des autorités afin d'obtenir un élément disposé à rendre possible le fait infractionnel. Elle concerne, d'autre part, la recherche de l'indice dans son essence – en tant que concept – à l'origine de son pouvoir convoité durant l'entière procédure pénale afin d'endiguer le doute sur la réalité du comportement prohibé. La deuxième partie s'attache plus prosaïquement à considérer l'exploitation des indices par la procédure pénale. Le législateur organise la détermination progressive d'une vérité selon les indices obtenus durant les investigations. Les indices constituent l'outil procédural privilégié pour maintenir un niveau de coercition équilibré selon la vraisemblance infractionnelle qu'ils permettent de caractériser. Soucieux de préserver la

[150] Le maintien d'un équilibre procédural semble d'ailleurs mis à mal ces dernières années en droit pénal, marqué par une tendance de fond visant à accroître la puissance de l'enquête dans un contexte de crispation budgétaire. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice marginalise encore davantage l'information judiciaire en s'attachant à conférer au Ministère public des pouvoirs d'investigation particulièrement intrusifs, sans toutefois exiger l'apparence d'une particulière gravité infractionnelle. A ce titre, la décision du Conseil constitutionnel, n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censure partiellement la loi, et notamment les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

temporalité du cheminement procédural légalement organisé, la recherche de l'indice (Première partie) représente un préalable obligatoire à l'exploitation des indices (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE :

LA RECHERCHE DE L'INDICE

DEUXIEME PARTIE :

L'EXPLOITATION DES INDICES

PARTIE I – LA RECHERCHE DE L'INDICE

13. Qualités déterminantes de l'indice. – Ayant pour mission de constater l'infraction à même d'avoir été commise, l'enquêteur recherche systématiquement les faits susceptibles de la caractériser. Qu'il s'agisse d'un bruit, d'une odeur ou encore d'un comportement, l'enquêteur perçoit un élément, à partir duquel il déduit un possible lien avec la commission d'une infraction. Si la constatation d'une infraction résulte d'une déduction des faits susceptibles de la caractériser, l'objet des investigations vise à obtenir un indice. Appartenant à la catégorie des présomptions de l'homme, l'indice est la qualité reconnue à l'élément disposant d'une capacité à indiquer, à rendre possible. Cette capacité à faire présumer semble intrinsèquement liée à la confiance qu'il suscite chez son observateur. L'enquêteur a confiance dans l'élément, au point de croire en l'apparence que ce dernier délivre. Toutefois, le caractère probant n'explique pas exclusivement la qualité de l'indice. La matérialité de l'élément, indispensable à son appréhension, est un préalable à toute déduction. L'appréhension de l'indice se situe au cœur du mouvement législatif entamé avec la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité[151] avec l'objectif d'étendre les procédés d'investigation mis à disposition des enquêteurs. Le renforcement des pouvoirs d'investigation est d'ailleurs expressément inscrit dans la loi du 3 juin 2016[152] avec l'instauration, dans le domaine judiciaire, de techniques spéciales issues de la loi du 24 juillet 2015[153] relative au renseignement administratif. Initialement limités aux comportements les plus graves, ces procédés d'investigation tendent à connaître un mouvement d'extension à travers l'assouplissement des conditions légales relatives à leur mise en œuvre. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice propose, à cet égard, d'étendre le recours aux moyens d'investigation les plus intrusifs tout en harmonisant le régime légal leur étant applicable[154]. La volonté législative d'ériger l'enquête en tant que phase principale dans la découverte d'une vérité judiciaire fondée sur les indices devient singulièrement prégnante. Elle se comprend d'ailleurs au regard des contraintes budgétaires qui alimentent, par la même occasion, le désir

[151] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
[152] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[153] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
[154] V. néanmoins sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censurant partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

de généraliser le progrès des techniques d'investigation afin de gagner en efficacité. Cette tendance de fond confère aux magistrats du parquet une position hégémonique, sans néanmoins s'accompagner des garanties d'indépendance dont dispose pourtant un juge d'instruction plus que jamais marginalisé. Dans l'attente d'un véritable « juge de l'enquête », apte à concilier célérité dans l'obtention des indices et protection des libertés individuelles, l'équilibre procédural demeure actuellement sous le contrôle du seul Juge des libertés et de la détention récemment renforcé[155]. Déterminer l'essence de l'indice, à travers la recherche des critères susceptibles d'unifier la notion, revient à envisager, dans un premier temps l'obtention d'un élément matériel (Titre 1), puis dans un deuxième temps, l'obtention d'un élément probant (Titre 2).

TITRE 1 – L'OBTENTION D'UN ELEMENT MATERIEL

14. Appréhension matérielle de l'indice. – La constatation d'une infraction consiste à rechercher les faits susceptibles de la caractériser. L'indice désigne ainsi la qualité reconnue à l'élément matériel, permettant de délivrer l'apparence du fait infractionnel. Outre la confiance qu'il suscite chez son observateur, l'élément revêtant la qualité d'indice doit être susceptible d'appréhension. L'indice comprend ainsi un contenant formel – *matériellement appréhendé* – au sein duquel le contenu informationnel – *intellectuellement apprécié* – délivre une apparence infractionnelle.

15. Modernisation des investigations. – L'informatisation grandissante de nos sociétés, portée par l'émergence d'un important progrès technique, engendre une profonde mutation des échanges. Tirant profit d'un accroissement des modes de communication, de nouvelles formes de délinquance mieux dissimulées s'organisent. Face à ce constat, le législateur instaure des moyens d'investigation plus intrusifs dans le domaine de la criminalité organisée[156]. Destinés à améliorer l'obtention des indices de culpabilité dès les premiers temps de l'enquête, ces procédés renforcés sont progressivement laissés à disposition des magistrats du parquet[157]. Le ministère public voit ses pouvoirs coercitifs étendus, tandis que l'ouverture d'une information

[155] La loi organique n°2016-1290 du 8 août 2016 érige le Juge des libertés et de la détention en tant que juge spécialisé nommé par décret du Président de la République après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature.
[156] Ce mouvement de grande ampleur a été initié avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[157] La généralisation des procédés d'investigation au stade de l'enquête résulte de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

judiciaire devient, par ricochet, moins utile. Un mouvement paradoxal se dessine entre, d'une part, l'extension du recours aux moyens d'investigation les plus attentatoires aux libertés individuelles, et d'autre part, l'affaiblissement des facultés de contrôle confiées à l'autorité judiciaire. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice s'inscrit dans cette volonté législative d'augmenter l'efficacité des investigations, au détriment d'un encadrement suffisant[158]. La consécration statutaire du juge des libertés et de la détention[159] ne peut raisonnablement suffire à lui conférer un rôle de contre-pouvoir, tant son intervention dans l'enquête de police demeure ponctuelle.

16. Justification des moyens d'investigation. – La liberté de la preuve confère au juge pénal la faculté de forger son intime conviction à partir de tout élément probatoire. La légalité de la preuve impose néanmoins de justifier l'utilisation des procédés utiles à l'obtention de chaque élément probatoire. Le législateur, lui-même, peut aussi imposer des techniques d'investigation spécifiques. La retranscription, au sein d'un procès-verbal, des informations inhérentes à la constatation des infractions se justifie par l'appréhension écrite des indices durant la mise en état de l'affaire pénale. L'élaboration d'une mesure d'alcoolémie, au moyen d'un éthylomètre ou d'une analyse sanguine, autorise la caractérisation d'infractions liées à la consommation d'alcool. Le progrès technique contribue, enfin, à imposer le recours aux méthodes d'expertise dès lors qu'une compétence singulière favorise la révélation d'un indice. Bien qu'ils soient imposés au nom d'un objectif particulier, les procédés d'investigation s'adaptent schématiquement selon leur capacité à révéler, ou à recueillir, un indice. Notamment, l'expertise ou l'éthylomètre représentent des moyens destinés à révéler un indice, tandis qu'un procès-verbal participe à son recueil. L'indice nourrit un lien tout à fait déterminant avec les moyens d'investigation mis en œuvre au cours de la mise en état, lesquels peuvent être imposés d'une part (Chapitre 1), ou adaptés d'autre part (Chapitre 2).

[158] V. cependant la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censurant partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

[159] Depuis la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature

Chapitre 1 - L'obtention à l'aide de moyens d'investigation imposés

17. Limites à la perception des indices. – Alors qu'une infraction se constate à partir des faits qui la caractérisent, la mise en état consiste pour l'enquêteur à rechercher les indices susceptibles de les rendre possibles. Une telle recherche impose parfois l'assistance des moyens d'investigation énumérés dans le Code de procédure pénale. Seuls ceux susceptibles d'engendrer une restriction aux libertés individuelles connaissent un régime spécifique. Ces procédés s'apparentent à des « actes réglementés », distingués des « pratiques policières » développées pour faciliter le travail de terrain. Identifiés comme des « actes réglementés » ou des « pratiques policières », ces moyens d'investigation désignent des « techniques » mises en œuvre dans le but d'obtenir des indices. L'objectif d'efficacité, au cœur des investigations liées à la constatation d'infractions clandestines, n'est pas seul en cause pour exiger le recours aux moyens d'investigation. L'équité procédurale impose également leur instauration, strictement encadrée, au nom de l'équilibre des intérêts en présence. L'obtention d'un élément matériel se situe alors au confluant d'intérêts divergents, représentés par l'efficacité des investigations d'une part (Section1), et l'effectivité d'une innocence présumée (Section 2) d'autre part.

Section 1 – Les moyens imposés par l'efficacité des investigations.

18. Extension du champ des moyens d'investigation. – Face aux limites éprouvées par les enquêteurs, confrontés aux formes plus insidieuses de criminalité, la loi du 9 mars 2004[160] tente d'augmenter l'efficacité des investigations par la réglementation de procédés plus attentatoires aux libertés individuelles. La prévention des actes de terrorisme a parallèlement engendré l'adoption des lois du 24 juillet 2015[161] relative aux renseignements, et du 30 octobre 2017[162] renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Désormais, le code de la sécurité intérieure octroie aux autorités administratives des techniques destinées au recueil de renseignements. Il faudra toutefois attendre la loi du 3 juin 2016[163] pour que les enquêteurs soient dotés d'avancées techniques similaires. En proposant d'étendre encore davantage le

[160] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[161] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
[162] Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (1)
[163] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

champ des mesures policières, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prolonge cette montée en puissance de l'enquête[164].

19. Extension du champ des connaissances. – La mutation des communications a favorisé l'apparition d'une délinquance plus difficile à endiguer. Le progrès technique à l'origine de ces transformations a, parallèlement, permis la découverte d'un important socle d'informations. De nouvelles indications utiles aux investigations voient le jour. Il est désormais envisageable de retracer les déplacements d'une personne au moyen des indices issus de la science, ou encore d'avoir des indications précises sur le possible déroulement d'une infraction. Le recours croissant à l'expertise tient à cette volonté d'accéder aux connaissances d'un sachant. Qu'il s'agisse de considérer le renouvellement de la délinquance d'une part, ou du savoir mis à disposition des enquêteurs d'autre part, le recours aux moyens d'investigation devient obligatoire à l'obtention d'indices issus du progrès technique (§1), ou de la criminalité clandestine (§2).

§ 1 – L'obtention d'indices issus du progrès technique

20. Recours imposé à l'expertise. – Les enquêteurs ont très tôt été intéressés par les avancées en matière d'identification. Le groupe sanguin a – *pour la première fois* – permis d'identifier la présence humaine sur les lieux de l'infraction. Des procédés d'identification plus précis sont ensuite apparus, utilisant le matériel biologique systématiquement laissé par le passage de l'homme. Ce nouveau contenu informationnel ne peut être appréhendé par l'enquêteur s'il ne dispose pas des connaissances adéquates. Le recours au service d'un spécialiste devient obligatoire. L'obtention d'un indice d'identification demeure conditionnée à l'interprétation de données par le spécialiste.

21. Recours imposé aux instruments de mesure. – Le progrès technique a permis la mise au point de capteurs électroniques, destinés à accompagner la perception sensorielle de l'homme. Conscient du gain d'efficacité apporté, le législateur généralise le recours aux appareils de mesure aux fins de constater certaines infractions. Plébiscité au nom d'une plus grande efficacité des investigations, l'indice issu du progrès technique impose, par conséquent,

[164] V. à cet égard la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censurant partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières. Cette décision était d'ailleurs attendue dans la mesure où les Sages de la rue Montpensier ont toujours veillé à la justification suffisante des moyens d'investigation intrusifs au regard du principe de proportionnalité. Il semblait dès lors compliqué de laisser le seul Ministère public autoriser de telles techniques coercitives sans caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans prévoir un contrôle suffisant d'un juge indépendant ensuite.

la mise en œuvre de procédés d'investigation. Ces derniers sont indispensables au décryptage des données scientifiques (A), tandis qu'ils représentent l'unique moyen de révéler des mesures précises (B).

A. Les procédés destinés à décrypter des données scientifiques

22. Appréhension des données scientifiques. – La découverte d'un inédit contenu informationnel confère à l'homme de l'art un positionnement singulier au sein des investigations[165]. Faute de disposer des connaissances adéquates, l'enquêteur ne peut appréhender les indices d'origine scientifique sans l'aide d'un spécialiste. Le rôle du sachant consistera à déchiffrer les données utiles à la vérité judiciaire[166]. Par la signification qu'il apporte à ces données, le rapport d'expertise devient un indice. La capacité de l'indice à délivrer une apparence infractionnelle demeure, dans ce cas, soumise à l'intervention d'une tierce personne[167]. Le nouvel éclairage apporté par l'expert aux faits infractionnels explique son influence indéniable dans la solution judiciaire. Pour autant, le savoir qu'il met en œuvre comporte inévitablement une part de doute. L'existence d'une marge d'erreur dans l'élaboration du rapport interdirait à l'enquêteur d'en tirer une conséquence supérieure à n'importe quel autre indice. Puisque l'expert devient l'intermédiaire obligé du profane, la contradiction dans la création du rapport d'expertise serait bénéfique à l'éclosion de la vérité[168]. Le mythe d'une réponse infaillible s'étiole lorsque les investigations se trouvent confrontées aux interprétations concurrentes. L'immixtion du contradictoire dans le déroulement de l'expertise s'inscrirait dans la recherche d'une enquête plus efficace, palliant les incertitudes liées à toute entreprise d'interprétation.

[165] LETURMY, De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale, *AJ pénal* 2006. 58
[166] Crim. 6 oct. 1986, Bull. crim. n° 270 ; Crim. 20 déc. 1972, Bull. crim. n° 295 ; Crim. 9 juill. 2003, *JCP* 2003. IV. 2672
[167] HÉLIE, Traité de l'instruction criminelle, t. IV, n° 1889 ; GARRAUD, Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale, 6 vol., 1906 à 1929, Sirey ; vol. 1, n° 318
[168] Le droit à une procédure contradictoire – présent à l'article préliminaire du Code de procédure pénale – a trouvé une répercussion dans l'expertise avec la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

B. Les procédés destinés à révéler des mesures précises

23. Appréhension des données numériques. – Le progrès technique a permis l'obtention de données numériques issues d'une perception traitée électroniquement. Les capacités sensorielles de l'homme sont progressivement concurrencées par des dispositifs de traitement du signal, dotés de capteurs fonctionnant en parfaite autonomie. Conscient des apports que présente la précision des appareils de mesure, le législateur a généralisé leur utilisation au cours des investigations. Qu'il s'agisse d'alcoolémie ou de vitesse, la révélation d'une donnée numérique supérieure aux prescriptions légales coïncide, presque instantanément, avec la caractérisation d'une infraction. Bien que l'éthylotest puisse déceler la consommation d'alcool[169], l'impossibilité pour l'enquêteur de déterminer précisément l'alcoolémie du conducteur[170] implique d'en assister la perception au moyen d'un éthylomètre ou, subsidiairement, par la réalisation d'un examen biologique[171]. Soumis à une procédure d'homologation[172], l'éthylomètre est un appareil destiné à mesurer la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré. La constatation d'infractions, liées au dépassement d'une certaine vitesse, se trouve pareillement facilitée par l'utilisation d'un cinémomètre[173]. La liberté probatoire, propre à la matière pénale, autorise l'enquêteur à s'aider d'autres procédés d'investigation[174] destinés à révéler une mesure numérique[175]. Il importe pourtant d'atteindre une précision adéquate, inaccessible tant aux sens naturels de l'homme[176], qu'à la lecture d'un compteur analogique[177]. Par la fiabilité de l'indice qu'il révèle, l'appareil homologué s'inscrit dans la quête d'efficacité des investigations. L'installation de cinémomètres autonomes, capables de recouper plusieurs données à l'aide d'un algorithme informatique, autorise également un gain d'efficacité dans la constatation des infractions. Peu à peu, les rôles respectifs de l'homme et de la machine s'inversent. La perception de l'homme, assistée par la machine, laisse place à une perception de la machine contrôlée par l'homme. La précision des mesures, obtenues sans intervention de l'homme, a d'ailleurs permis la sous-traitance du constat des

[169] C. route, art. L 234-3, L. 234-9
[170] C. route, art. L. 234-1 et R. 234-1
[171] C. route, art. L 234-4, L. 234-9
[172] C. route, art. R. 234-2
[173] Arr. 7 janv. 1991 relatif à la construction, au contrôle et aux modalités techniques d'utilisation des cinémomètres de contrôle routier
[174] Cass. crim. 7 avr. 1987, *Jur. auto* 1987. 328 ; Cass. crim. 19 avr. 1988, *Jur. auto* 1988. 337 ; Cass. crim. 5 févr. 1992, n° 91-82.658, *Jur. auto* 1992. 289 ; Cass. crim. 3 juin 1992, *Jur. auto* 1992. 413
[175] Cass. crim. 29 sept. 1999, *D*. 2000. 374, note CERE; *Dr. pénal* 2000, comm. 31, obs. ROBERT
[176] S'agissant d'un calcul de distance effectué par les agents de police : CA Toulouse, 23 mars 2000, *JCP* 2001. IV. 1131
[177] En l'espèce le tachymètre d'un véhicule : Cass. crim. 5 févr. 1992, *Jur. auto* 1992.289

excès de vitesse[178]. Les cinémomètres sont ici embarqués dans des véhicules spécifiquement équipés[179] conduits par des prestataires privés[180].

§ 2 – L'obtention d'indices issus d'une criminalité clandestine

24. Renforcement des moyens d'investigation. – L'informatisation de la société a engendré une métamorphose des moyens de communication. L'outil internet intensifie les échanges sous forme de données numériques, aisément dissimulables aux enquêteurs. Le législateur se trouve contraint d'adapter les moyens d'investigation afin d'aider la révélation d'indices de culpabilité. Un mouvement législatif de fond parcourt le droit pénal ces dernières années avec la volonté affichée d'améliorer l'efficacité des investigations judiciaires, initialement dans la lutte contre une criminalité organisée. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice propose d'assouplir la mise en œuvre des moyens d'investigation les plus intrusifs. Il s'agit d'obtenir plus rapidement des indices sur le déroulement d'une potentielle infraction. Amenés à se prononcer sur la conformité constitutionnelle du projet de loi, les Sages de la rue Montpensier ont – dans leur décision du 21 mars 2019[181] – censuré les dispositions relatives à l'extension des mesures policières. Une telle décision demeure sans surprise, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a toujours veillé à maintenir une justification suffisante des moyens d'investigation intrusifs au regard du principe de proportionnalité. Comment, dès lors, raisonnablement laisser au seul procureur de la République la charge d'autoriser des techniques si coercitives, sans les limiter à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans prévoir un contrôle suffisant d'un juge indépendant ensuite.

25. Affaiblissement du contrôle judiciaire. – Lorsque les investigations portent sur la recherche d'infractions occultes, il n'est pas envisageable pour l'enquêteur d'avancer à visage découvert. L'obtention d'indices de culpabilité oblige à surprendre les malfaiteurs sur le vif. À cet égard, le législateur instaure progressivement des moyens d'investigation plus intrusifs dès les premiers temps d'une enquête en lien avec la criminalité organisée. A ce stade, leur autorisation est confiée au Ministère public. Dès lors qu'est maintenue une hiérarchie politique

[178] Ministère de l'intérieur, « Mise en service en Normandie des premières voitures-radar conduites par un opérateur privé », communiqué de presse du 20 avril 2018
[179] Angélique Négroni, « Le radar mobile embarqué, nouvelle arme de la police », *Le Figaro*, 28 février 2013
[180] Ministère de l'intérieur, « Précisions sur le marché d'externalisation de la conduite des voitures-radar », communiqué de presse du 17 mai 2018
[181] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

du parquet, la montée en puissance de l'enquête ne s'accompagne pas de garanties suffisantes concernant les libertés individuelles qui sont en jeu. Plus généralement, le mouvement législatif visant à ostraciser le juge d'instruction, au profit d'un parquet disposant dorénavant d'un large panel de techniques intrusives, s'amplifie un peu plus à chaque réforme, au risque toutefois de s'éloigner du critère de proportionnalité pourtant exigé par le Conseil constitutionnel[182]. L'accroissement corrélatif du rôle conféré au Juge des libertés et de la détention – tel qu'il s'entrevoit à la lecture du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice – ne peut en faire un véritable « juge de l'enquête » tant son intervention est ponctuelle. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés précisément en ce sens, par la censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[183]. Sans surprise, le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité est nécessairement méconnu par une loi qui octroie au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans en assurer le contrôle adéquat par un juge indépendant ensuite. L'efficacité placée au centre des investigations commande le recours aux procédés d'investigation plus intrusifs (A), tandis que l'atteinte aux libertés individuelles qu'ils engendrent devient un défi pour le législateur chargé de renouveler leur réglementation (B).

A. La mise en œuvre de procédés d'investigation intrusifs

26. Action policière renforcée. – La mutation des échanges, intervenue avec la démocratisation de l'outil internet, implique l'adaptation des méthodes d'investigation. Un régime d'exception s'inscrit dans le paysage législatif, avec la volonté de faciliter la constatation de faits constitutifs d'infractions clandestines. Depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004[184], le procédé d'infiltration[185] permet ainsi à l'enquêteur de s'immiscer, sous une identité d'emprunt, dans les méandres d'une activité criminelle clandestine. L'identité d'emprunt prend d'ailleurs la forme d'un pseudonyme lorsque l'infiltration est réalisée sur une plate-forme de communications électroniques[186], utilisée aux fins de commettre des infractions en lien avec la

[182] Cons. const., DC n° 2004-492 du 2 mars 2004, cons. 19 et DC n° 2013-679 du 4 décembre 2013, cons. 75.
[183] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[184] Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[185] C. pr. pén., art 706-81
[186] Procédé d'investigation instauré par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

prostitution des mineurs[187], la mise en péril des mineurs[188] et la traite des êtres humains[189]. Destinée à provoquer la révélation des éléments matériels dissimulés au sein d'une activité occulte, l'infiltration sous pseudonyme ne doit jamais amener l'enquêteur à provoquer le comportement infractionnel de son interlocuteur[190]. L'efficacité des investigations justifie la mise en œuvre de nouveaux procédés destinés à intercepter les communications électroniques[191]. L'instauration d'un régime visant spécifiquement les infractions en lien avec la criminalité organisée[192] octroie au juge[193] la faculté d'autoriser l'accès aux correspondances stockées sur un serveur informatique, protégées par l'intermédiaire d'un identifiant de connexion[194]. L'interception des communications électroniques peut alors également procéder d'une captation des données informatiques, telle qu'elle est permise depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011[195]. Justifié par la dangerosité de l'atteinte vraisemblablement portée envers les intérêts de la société, le caractère intrusif du dispositif de captation s'explique par la mise en place d'une porte dérobée[196] au sein du système informatique de la personne espionnée. Malgré le caractère intrusif des moyens d'investigation, il demeure interdit à l'enquêteur d'inciter la personne surveillée à commettre une infraction. L'efficacité des investigations autorise certes l'enquêteur à provoquer l'obtention d'un élément probatoire, mais la loyauté procédurale ne peut jamais justifier la provocation du comportement infractionnel lui-même. Lorsqu'il vise à accroître le champ des mesures policières particulièrement attentatoires aux libertés individuelles, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice laisse planer un doute sur le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Aux termes des articles 27 et 32 du projet de loi, les mesures de géolocalisation et de perquisitions voient ainsi le seuil inhérent à leur mise en œuvre s'établir à trois ans d'emprisonnement. Les mesures d'interception téléphonique, autrefois limitées durant l'enquête aux seules matières de terrorisme et de criminalité organisée, se voient ouvertes à tous crimes et aux délits punis d'au

[187] C. pr. pén., art. 706-35-1, par renvoi aux articles 225-4-1, 225-4-8, 225-4-9, 225-5 et 225-6 du Code pénal
[188] C. pr. pén., art. 706-47-3, par renvoi aux articles 227-18 à 227-24 du Code pénal
[189] C. pr. pén., art. 706-35-1, par renvoi aux articles 225-12-1 à 225-12-4 du Code pénal
[190] C. pr. pén., art. 706-35-1 et 706-47-3, *in fine.* V. sur la nécessaire distinction entre la restriction des libertés individuelles conditionnée à l'existence d'indices préalable et la persistance d'une innocence présumée interdisant la provocation à l'infraction, note 91 s.
[191] Depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[192] C. pr. pén., art 706-73 et 706-73-1
[193] Qu'il s'agisse du juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République lorsque l'interception intervient au cours d'une enquête préliminaire ou de flagrance, ou du juge d'instruction lorsque l'interception est mise en œuvre durant l'instruction préparatoire. V. respectivement C. pr. pén., art 706-95-1 et 706-95-2
[194] C. pr. pén., art 706-95
[195]Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
[196] C. pr. pén., art 706-102-5

moins trois ans d'emprisonnement, sur autorisation et sous contrôle *a posteriori* du juge des libertés et de la détention. Il ne s'agit plus, dès lors, de faire référence à une quelconque gravité des infractions susceptibles d'être commises au regard des indices préalablement obtenus. L'assouplissement du dispositif légal est également proposé concernant l'enquête sous pseudonyme, permise par le projet de loi de programmation lorsque sont concernés tous les crimes et délits commis par un moyen de communication. Dans ce contexte, la constatation des infractions peut parfois s'apparenter à leur provocation, au mépris du principe de loyauté[197]. Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs prononcé en ce sens dans sa décision du 21 mars 2019, en censurant des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[198]. Il est reproché au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Cette décision ne surprend pas dans la mesure où le principe de proportionnalité est nécessairement méconnu par une loi qui octroie au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans en assurer le contrôle adéquat par un juge indépendant ensuite.

B. La réglementation renouvelée des procédés d'investigation

27. Réglementation tardive des moyens d'investigation. – Afin d'aider l'enquêteur à révéler des indices qu'il ne pourrait obtenir grâce à ses seuls sens, les avancées techniques sont intégrées dans la législation existante. La difficulté consiste à devancer une criminalité toujours plus au fait des nouvelles technologies tout en conservant un arsenal pénal proportionné. Il n'est pas rare d'assister à une condamnation de la France, faute d'encadrement suffisant des moyens d'investigation. Les modifications législatives apportées par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice au sein du code de procédure pénale seraient aussi condamnables par les juges européens. Ces dernières laissent au procureur de la République – *autorité de poursuite* – le pouvoir d'ordonner des mesures attentatoires aux libertés individuelles sans véritable contrôle d'une autorité de jugement. L'intervention, ponctuelle, du juge des libertés et de la détention reste insatisfaisante tant elle ne peut apporter un contrepoids effectif. Sans jamais évoquer cette épineuse question de l'indépendance du parquet, le Conseil constitutionnel a toutefois prononcé la censure des dispositions relatives à l'extension des

[197] En ce sens v. CEDH 9 juin 1998, Texeira de Castro c/ Portugal §39 CEDH 9 juin 1998, v également Crim. 7 févr. 2007, pourvoi n° 06-87.753, Bull. crim. 2007, n°37 ; 4 juin 2008, pourvoi n°08-81.045, Bull. crim. 2008, n°141.
[198] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

mesures policières dans sa décision du 21 mars 2019[199]. Les Sages de la rue Montpensier reprochent au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était inévitablement méconnu par une loi laissant au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans en assurer le contrôle adéquat par un juge ensuite.

28. Condamnations par la Cour européenne des droits de l'Homme. – L'encadrement légal des procédés d'investigation peut intervenir bien après leur mise en œuvre effective. S'agissant des interceptions des correspondances émises par voie de télécommunications, il aura fallu attendre la loi du 10 juillet 1991[200] pour qu'existe un fondement textuel à même d'en régir officiellement l'utilisation[201]. Le rôle joué par la Cour européenne des droits de l'homme est déterminant à l'adoption d'une réglementation des procédés d'investigation par les Etats signataires. L'atteinte qu'engendre la mise en œuvre de moyens intrusifs aux libertés individuelles doit toujours être proportionnée aux intérêts en présence. Des sanctions seront prononcées par les juges de Strasbourg lorsqu'aucune disposition ne peut en garantir le respect[202]. La position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la validité d'une surveillance par géolocalisation[203] a tout autant incité le législateur à réglementer les modalités de sa mise en œuvre. Le caractère attentatoire des surveillances par géolocalisation est reconnu. Pour autant, et à la différence des décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation[204], la régularité de telles mesures ne s'opposerait pas en tant que tel à l'intervention du ministère public aux fins de contrôle. C'est qu'en effet, l'absence d'indépendance statutaire des magistrats du parquet empêche sa reconnaissance en tant qu'autorité judiciaire, au sens de l'article 5§3 de la *Conv. EDH*. Ce texte concerne exclusivement le contrôle d'une mesure privative de liberté. Or, seule une atteinte particulièrement grave envers les libertés individuelles justifierait l'intervention d'un magistrat du siège aux fins d'autorisation, ou de contrôle, d'un acte d'enquête. Aux yeux des juges de Strasbourg, un tel seuil n'est pas dépassé par l'instauration d'une mesure de géolocalisation.

[199] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[200] Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.
[201] Le procédé des écoutes étant réglementé par les articles 100 et suivant du Code de procédure pénale.
[202] CEDH 24 avr. 1990, Kruslin et Huvig, *D*. 1990. 353, note PRADEL ; *Gaz. Pal*. 1990. 1. 249, note ZDROJEWSKI
[203] CEDH, *Uzun c/ Allemagne*, 5e sect., 2 sept. 2010, n° 35623/05, D. 2011, p. 724 note MATSOPOULOU
[204] Crim. 22 oct. 2013, *D*. 2014, note MATSOPOULOU ; V. aussi, Crim. 19 nov. 2013, n° 13-84.909

Par conséquent, la loi du 28 mars 2014[205] relative à la géolocalisation prévoit un nouveau dispositif destiné à obtenir des indices sur le positionnement géographique d'un individu.

29. Accélération du processus de réglementation. – Tiraillé entre l'exigence d'encadrement strict et la volonté de placer les évolutions technologiques à la portée des enquêteurs, le législateur multiplie les lois dans le domaine des infractions en lien avec la criminalité organisée[206]. L'interception de données issues des systèmes informatiques est désormais permise à l'aide d'une panoplie de procédés, allant de l'interception de correspondances émises au cours de communications électroniques[207] à la captation de données informatiques[208] en passant par l'infiltration au sein d'une communication électronique, réalisée sous pseudonyme[209]. Il semble d'ailleurs, au vu des modifications proposées par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice au sein du code de procédure pénale, qu'une généralisation des procédés d'investigation les plus intrusifs s'installe, au détriment d'un formalisme légal suffisamment cadrant. Le contexte budgétaire actuel peut, sans doute, expliquer le mouvement législatif – *initié maintenant depuis plusieurs années* – visant à accélérer les investigations au moyen d'un recours assoupli aux techniques attentatoires envers les libertés individuelles. Comment, néanmoins, justifier cette montée en puissance du Ministère public dès lors qu'elle ne s'accompagne d'aucun véritable contrôle ? L'intervention renforcée du Juge des libertés et de la détention ne peut valablement s'apparenter à un contre-pouvoir, tant sa connaissance des dossiers est parcellaire, tandis que l'indépendance statutaire des magistrats du parquet ne saurait être réglée par la loi du 25 juillet 2013[210], ni d'ailleurs par le futur projet de réforme constitutionnelle du 3 juillet 2017[211]. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier ont prononcé la censure des dispositions relatives à

[205] Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation
[206] C. pr. pén., art 706-73 et 706-73-1
[207] Depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.
[208] Depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.
[209] Depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.
[210] Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, laquelle a un impact mineur puisqu'elle interdit simplement au garde des Sceaux d'adresser aux magistrats du parquet une instruction dans des affaires individuelles.
[211] Les garanties d'indépendance des magistrats du parquet sont renforcées par l'alignement des prérogatives du Conseil Supérieur de la Magistrature à l'égard des magistrats du parquet sur celles actuellement détenues à l'égard des magistrats du siège. La nomination des magistrats du parquet devrait intervenir sur avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature et c'est désormais ce dernier qui exercera le pouvoir disciplinaire à l'encontre des magistrats du parquet. Le pouvoir hiérarchique du garde des Sceaux n'est ainsi pas remis en cause tandis que les magistrats du parquet ne disposent toujours pas de l'inamovibilité. Ces propositions laissent perdurer la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme à propos du contrôle d'une mesure privative de liberté sur le fondement de l'article 5 §3 de la *Conv EDH*.

l'extension des mesures policières[212]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité serait ainsi méconnu par une loi qui confère au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans en assurer le contrôle adéquat par un juge ensuite.

Section 2 – Les moyens imposés par l'innocence présumée

30. Obtention loyale de l'indice. – L'absence de reconnaissance d'un principe de loyauté au sein du Code de procédure pénale empêche sa définition légale, laissant à la jurisprudence le soin d'en tracer les contours. Véritable manière d'être dans la recherche de la preuve, la loyauté disposerait d'un support moral plutôt que juridique. Certains auteurs, dont le Professeur MATSOPOULOU, évoquent avec beaucoup de justesse la position adoptée par la Cour EDH, préférant laisser aux états membres une grande liberté dans l'admissibilité des preuves, sous couvert toutefois de respecter le droit au procès équitable reconnu par l'article 6 de la Conv EDH. Les nombreuses décisions rendues en la matière éclairent néanmoins sur l'étendue du principe de loyauté, lequel ne peut se confondre avec le principe de légalité. Tandis que la méconnaissance des dispositions applicables à l'interrogatoire de mise en examen par le juge d'instruction constituerait un manquement légal[213], la mise en place d'un stratagème destiné à créer le comportement infractionnel représenterait un agissement déloyal[214]. La loyauté procédurale entretient des liens avec l'équité procédurale en ce qu'elles résultent, toutes deux, d'une innocence érigée au rang de présomption protectrice des libertés et droits fondamentaux. L'effectivité d'une innocence présumée revient à interdire aux enquêteurs l'adoption d'un comportement déloyal, sans lien avec le manquement d'une quelconque disposition légale.

31. Vérification écrite. – Support obligatoire des démarches procédurales, l'écrit devient l'instrument privilégié pour contrôler le bien-fondé des restrictions engendrées envers les libertés individuelles. L'écrit est érigé comme moyen de recueil des éléments obtenus, garantissant l'équilibre effectif entre des intérêts publics menacés par la commission vraisemblable d'une infraction et les libertés fondamentales des personnes présumées innocentes. Aux fins d'éviter tout abus, il revient à l'autorité investigatrice de justifier le

[212] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[213] Crim 5 mars 2013, bull. Crim. n° 56
[214] Cass. ass. plén., 6 mars 2015, *D*. 2015, p. 711 note PRADEL

déploiement d'une coercition strictement nécessaire. L'obtention écrite des indices (§1) s'inscrit dans un mouvement plus large, visant à rationaliser la recherche d'une vérité judiciaire à travers leur obtention raisonnée (§2).

§ 1 – L'obtention écrite des indices

32. Utilité de l'écrit procédural. – Alors que la phase de jugement se caractérise par l'oralité, la publicité et la contradiction dans les débats, la phase préparatoire du procès pénal – *préalable à la saisine d'une juridiction de jugement* – présente des caractères opposés. Inspiré par une procédure inquisitoire de l'ancien droit, le stade de la mise en état se veut principalement écrit, secret et sans véritable contradiction. Bien que l'écrit s'apparente aux fondements d'une procédure inquisitoire peu portée sur la place de l'individu et le respect des libertés lui étant accordées, il devient l'instrument privilégié pour vérifier l'effectivité d'une procédure équilibrée. Le procès-verbal contient ainsi la transcription écrite des indices, accompagnée des justifications inhérentes à la mise en œuvre des procédés d'investigation.

33. Multiplicité de l'écrit procédural. – Supposant l'attribution de compétences matérielles et territoriales adéquates, le procès-verbal ne constitue pas l'unique moyen de retranscription durant l'enquête. La mise en état connaît aussi l'existence du rapport, dressé par les acteurs de l'enquête souhaitant conserver une trace écrite de leur activité. Support obligatoire des démarches procédurales, l'écrit justifie le cheminement poursuivi par l'enquêteur (A), autant qu'il contient les indices obtenus par ses soins (B).

A. La justification écrite du moyen d'obtention

34. Justification des investigations. – Disposant d'un caractère écrit, la phase préparatoire du procès pénal impose à l'enquêteur de retranscrire les diligences qu'il réalise au sein d'un procès-verbal. Support des investigations, le procès-verbal contient ainsi les circonstances ayant justifié la mise en œuvre des mesures d'investigation. L'opération de police ayant permis l'obtention d'un indice trouve, dans le procès-verbal, le fondement de sa mise en œuvre. L'écrit justifie en lui-même, et par lui-même, le cheminement procédural suivi au cours de la mise en état. Les diligences retranscrites permettent au procès-verbal de justifier – *en lui-même* – la mise en œuvre du procédé d'investigation nécessaire à l'obtention d'un indice. Ensuite, les éléments matériels retranscrits permettent au procès-verbal de justifier – *par lui-même* – la détermination du cadre procédural adapté aux intérêts en présence.

B. La retranscription écrite de l'indice obtenu

35. Appréhension procédurale. – Afin d'être procéduralement appréhendé, l'indice doit être recueilli au moyen de sa retranscription écrite au sein du procès-verbal. Ainsi, les éléments probatoires perçus par l'enquêteur sont concomitamment recueillis à l'aide d'un procès-verbal de constatation. Le contexte matériel d'une scène infractionnelle doit aussi être décrit par écrit. Enfin, la parole des personnes paraissant avoir participé à l'infraction constatée fait l'objet d'une retranscription par l'agent de police. Le recueil d'une parole est d'ailleurs au centre du procès-verbal d'audition. Les diligences ayant justifié l'obtention de l'indice – *matérialisé ici par la parole* – devront être retranscrites. Le contenu informationnel de cette parole est retranscrit entre guillemets, afin de mieux l'identifier. La substance des indices appréhendés par l'enquêteur au cours d'une perquisition transparaît également du procès-verbal. Ce dernier mentionne en outre les réponses données par le maître des lieux interrogé.

§ 2 – L'obtention raisonnée des indices

36. Difficultés d'appréciation. – L'infraction clandestine oblige l'enquêteur à provoquer la révélation d'indices permettant de la caractériser, sans jamais autoriser la provocation du comportement répréhensible lui-même. La frontière pourrait toutefois s'amincir en pratique au regard, notamment, de l'extension proposée par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice concernant le champ d'application de l'enquête sous pseudonyme, alors même que le régime légal actuel dispose d'un encadrement légal en deçà de celui applicable à l'infiltration[215]. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[216]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était en effet inévitablement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter

[215] C. pr. pén., art. 706-81 à 706-87 dont l'autorisation judiciaire préalable se double d'une motivation écrite et détaillée de la mesure avec rapport de synthèse versé au dossier de la procédure et une stricte limitation temporelle. V. en ce sens, DUMENIL, « La nécessité urgente d'encadrer procéduralement la mesure de cyber infiltration », *Droit Pénal* 2018, études n° 22.
[216] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition, toutefois, qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

37. Contrainte proportionnée. – Si l'atteinte portée envers les intérêts de la société justifie une restriction proportionnée des libertés individuelles, la présomption d'innocence interdit l'obtention déloyale des indices. Une proportion doit être maintenue dans la mise en œuvre du moyen d'investigation, entre efficacité des investigations et obligation de préserver l'effectivité d'une innocence postulée. L'obtention raisonnée des indices fait ainsi référence à la volonté de maintenir une contrainte proportionnée dans la mise en œuvre du procédé d'investigation. Pour y parvenir, le principe de légalité – *d'abord* – consiste à justifier par un texte suffisamment précis les atteintes susceptibles d'être portées envers la personne soupçonnée de participer à la commission d'une infraction. La préexistence d'un fondement légal ne suffirait pas à maintenir la proportion que commande l'innocence présumée sans un principe de loyauté intervenant – *ensuite* – dans la mise en œuvre du procédé d'investigation. Véritable manière d'être au cours des investigations, la loyauté procédurale consiste, pour l'enquêteur, à respecter la libre détermination de l'agent infractionnel afin de ne jamais en influencer le comportement. De fait, la justification légale des procédés (A) usités par l'autorité investigatrice a pour corollaire leur mise en œuvre loyale (B).

A. La justification légale du moyen d'investigation

38. Coercition légalement proportionnée. – L'équilibre procédural résulte d'une proportion, légalement prévisible, entre la restriction des libertés dont bénéficie l'individu mis en cause et la gravité d'une menace dirigée contre la société. La coercition se fonde sur des indices graves et concordants ou sur des raisons plausibles de soupçonner. Un contrôle est alors possible, s'agissant de vérifier le degré de vraisemblance infractionnelle légalement requis pour justifier la coercition générée par le moyen d'investigation. Par l'obligation de justifier la restriction des libertés individuelles, l'effectivité de l'innocence présumée engendre le maintien d'un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt individuel. L'exigence d'une contrainte prévisible sous-entend la réglementation des moyens d'investigation destinés aux seuls représentants de l'autorité publique. Sans fondement textuel suffisamment précis, l'atteinte aux libertés octroyées n'est pas circonscrite. L'imprécision légale interdit la vérification d'une atteinte proportionnée, et par conséquent l'effectivité d'un équilibre procédural. Pourtant, les moyens d'investigation ont longtemps brillé par la souplesse de leur réglementation, valant à la

France de multiples condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme. Le recours au procédé des écoutes téléphoniques connaît ainsi un encadrement spécifique depuis la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991[217], promulguée sous l'influence des juges de Strasbourg, réprimant l'inaptitude des dispositions de l'article 81 du Code de procédure pénale à justifier convenablement la restriction des libertés causée par la mise en œuvre du procédé[218].

B. La mise en œuvre loyale du moyen d'investigation

39. Loyauté requise de l'enquêteur. – Les difficultés inhérentes à la constatation d'infractions clandestines induisent une coercition plus acérée au sein des investigations. Un mouvement de fond, initié avec la loi Perben II du 9 mars 2004[219], vise à accroître l'efficacité de notre procédure pénale contemporaine par l'instauration de moyens d'investigation davantage attentatoires envers les libertés individuelles, et ce, dès les premières phases de l'enquête. Tandis que la géolocalisation réglementée dans notre droit positif depuis la loi du 28 mars 2014[220] peut se satisfaire d'un contrôle réalisé par les magistrats du parquet, en raison de la restriction mesurée qu'elle engendrerait envers la liberté des personnes visées[221], d'autres techniques instaurées avec la loi du 3 juin 2016[222] – et préalablement autorisées par la loi du 24 juillet 2015[223] relative au renseignement – mériteraient l'intervention exclusive d'un juge d'instruction, seul à même de garantir l'intimité de la vie privée. A ce titre, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice étend drastiquement le champ des mesures policières soumises au pouvoir des magistrats du parquet avec, toutefois, l'intervention du Juge des libertés et de la détention en tant que garant – *ponctuel* – des libertés individuelles. Bien qu'un recours aux procédés particulièrement intrusifs durant l'enquête puisse se justifier par la volonté d'obtenir – *avec plus d'efficacité* – des indices de culpabilité, la souplesse nécessaire du cadre des investigations soulève toutefois des doutes quant au risque accru de déloyauté. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont

[217] Loi relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. V. P. KAYSER, La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, *JCP* 1992. I. 3559
[218] CEDH 24 avr. 1990, Kruslin et Huvig, *D*. 1990. 353, note PRADEL ; *Gaz. Pal*. 1990. 1. 249, note ZDROJEWSKI
[219] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[220] Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation
[221] CEDH 2 sept. 2010, Uzun c/ Allemagne, req. n° 35623/05, *Dalloz actualité*, 20 sept. 2010, obs. LAVRIC ; *D*. 2011. 724, note MATSOPOULOU ; *RSC* 2011. 217, obs. ROETS ; *JCP* 2010. 905, obs. GRABARCZYK ; *JCP* 2011. 94, obs. SUDRE
[222] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[223] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[224]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était nécessairement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

Destinés à provoquer la révélation d'indices, de tels procédés dépendent des prérogatives de puissance publique dont disposent les enquêteurs. La reconnaissance, exclusivement jurisprudentielle[225], du principe de loyauté s'attache ainsi au comportement de l'enquêteur, pris dans un sens large, qu'il s'agisse du magistrat instructeur ou bien encore du policier[226]. C'est également le comportement des membres de l'autorité publique qui est visé dans les décisions rendues par la Cour EDH sur le fondement du droit à un procès équitable érigé à l'article 6 de la Convention EDH[227]. A la lecture d'une jurisprudence fournie, la déloyauté interdit toute immixtion de l'enquêteur dans le comportement infractionnel de la personne qu'il guette[228]. S'il est admis qu'un membre de l'autorité publique puisse provoquer la révélation d'indices de culpabilité[229], conformément au cadre légal réglementé[230], c'est précisément en raison de sa passivité[231]. Tel n'est pas le cas lorsque les agissements de l'enquêteur déterminent le fait infractionnel lui-même[232], notamment par une incitation emportant anéantissement de la seule volonté du délinquant[233]. Le principe de loyauté entretient

[224] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[225] Crim. 12 juin 1952, *Bull. crim*. n° 153 ; Crim. 13 juin 1989, *Bull. crim*. n° 254 ; Crim. 17 déc. 2002, *Bull. crim*. n° 231
[226] Cass. ass. plén., 24 nov. 1989, *Bull. crim*. n° 440
[227] CEDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castro c/ Portugal*, § 34 ; CEDH, 12 mai 2000, Khan c/ Royaume-Uni, § 6 et 7
[228] Crim. 2 mars 1971, *Bull. crim*. n° 71 ; Crim. 8 juin 2005, *Bull. crim*. n° 173
[229] Crim. 22 avr. 1992, *Bull. crim*. n° 169, *D*. 1995, p. 59, note MATSOPOULOU
[230] CEDH, gr. ch., 5 févr. 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*, § 73 : V. sur ce point la réglementation du procédé d'interception interdisant explicitement aux agents de l'autorité publique d'inciter la commission d'une infraction durant l'opération, C. pr. pén, art. 706-81 et s.
[231] Crim. 30 avr. 2014, *Bull. crim*. n° 119
[232] Crim. 27 févr. 1996, *Bull. crim*. n° 93
[233] Crim. 11 mai 2006, *Bull. crim*. n° 132

par conséquent des liens très étroits avec le droit à un procès équitable[234] dès lors qu'ils ont tous deux pour objet de préserver l'effectivité d'une innocence présumée. L'incitation à commettre l'infraction consiste à créer le comportement prohibé, de telle sorte que l'enquêteur exploite la culpabilité naissante chez la personne qu'il met en cause. Destinée à encadrer le comportement de l'autorité publique, la présomption d'innocence coïncide avec ce refus d'admettre une culpabilité supposée et exclut ainsi l'incitation à la commission d'une infraction. Le comportement loyal des membres de l'autorité publique trouve alors son fondement sur le respect effectif du principe même de l'innocence présumée auquel ils sont soumis.

40. Loyauté indifférente des personnes privées. – La chambre criminelle accueille avec davantage de souplesse les indices obtenus par les personnes privées intervenant au procès en tant que partie civile, personne mise en cause ou simple témoin. Elle affirme ainsi, à de multiples reprises, qu'« *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils aient été obtenus de façon illicite ou déloyale* »[235]. Cette référence au cadre légal en vigueur est d'autant plus intéressante qu'elle s'accompagne d'autres décisions par lesquelles les hauts magistrats considèrent que les indices obtenus par les personnes privées « *ne sont pas en eux-mêmes des actes ou pièces de l'information au sens de l'article 170 du Code de procédure pénale* »[236]. Outre la volonté de pallier les difficultés d'une preuve pénale factuelle par nature, la position adoptée trouve une logique certaine dans le refus de voir s'appliquer un principe de loyauté aux particuliers qui n'en sont pas destinataires. Non soumises aux dispositions d'un Code de procédure pénale régissant le processus de démonstration d'une culpabilité par les membres de l'autorité publique, les personnes privées n'ont pas non plus à respecter les libertés et droits fondamentaux imposés par une convention dont elles ne sont pas signataires. Dès lors, tant la légalité que la loyauté justifiées par le droit à un procès équitable ne pourront s'imposer aux personnes privées. Contrairement aux juridictions civiles, dont le rôle consiste à arbitrer le litige né entre des personnes privées placées sur un pied d'égalité au regard du Code civil, le juge pénal se doit de trancher la mise en cause d'une responsabilité conformément aux distinctions prévues entre les parties par le Code de procédure pénale. C'est bien cette distinction entre les parties dans la procédure pénale qui empêche l'application uniforme du principe de loyauté

[234] CEDH, 4 nov. 2010, *Bannikova c/ Russie*
[235] Crim. 15 juin 1993, *Bull. crim*. n° 210
[236] Crim. 23 juill. 1992, *Bull. crim*. n° 274 ; Crim. 31 janv. 2012, *Bull. crim*. n° 27 ; Crim. 7 mars 2012, *Bull. crim*. n° 64

telle qu'elle existe au civil[237]. Les juridictions pénales doivent par conséquent contrôler si l'origine du comportement déloyal provient d'une personne privée, auquel cas il sera autorisé, ou s'il dépend de l'intervention d'une autorité publique, seule soumise au principe de loyauté. Des difficultés d'appréciation peuvent survenir dans la détermination du « *degré de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des éléments litigieux* »[238].

Chapitre 2 - L'obtention à l'aide de moyens d'investigation adaptés

41. Identification de l'indice. – La capacité de l'indice à indiquer un contenu informationnel implique son appréhension, tant matérielle qu'intellectuelle. En ce sens, le Code de procédure pénale intègre depuis quelques années des procédés d'investigation plus intrusifs[239] – accessibles dès la phase d'enquête[240] – destinés à obtenir avec une efficacité renforcée des indices de culpabilité. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice s'inscrit dans cette tendance de fond, visant à élargir le champ d'application des techniques attentatoires aux libertés individuelles, sans dorénavant exiger la caractérisation d'une particulière gravité infractionnelle. L'extension des pouvoirs d'enquête conférés ne s'accompagne, hélas, d'aucune modification constitutionnelle concernant l'indépendance des magistrats du parquet chargés d'en assurer le contrôle. L'intervention du Juge des libertés et de la détention ne peut, raisonnablement, égaler les garanties d'une information judiciaire devenue marginale. Il semble alors primordial de trancher. Soit en faveur d'un maintien des pouvoirs coercitifs dont dispose le Ministère public, au détriment du lien hiérarchique qui l'unit au garde des Sceaux. Soit à l'inverse, en faveur du maintien d'une subordination utile à la détermination d'une politique pénale nationale, mais en instaurant, dans ce cas, un véritable « juge de l'enquête » amené à connaître des dossiers plus en profondeur que ne le permet actuellement l'intervention ponctuelle du Juge des libertés et de la détention. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur

[237] Cass. ass. plén. 7 janv. 2011, n° 09-14.667, *Bull. ass. plén*. n° 1
[238] Cass. ass. plén. 10 nov. 2017, n° 17-82 ;028, *JCP G* 2017, n° 1376, note RIBEYRE
[239] Le mouvement législatif a été initié avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et perdure jusqu'alors, parfois avec la volonté de permettre un encadrement suffisant des techniques nouvelles, comme avec la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.
[240] La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale tend, ainsi, à élargir les mesures policières dans les domaines infractionnels les plus graves, tels que le terrorisme ou la criminalité organisée. Il s'agit d'ailleurs avec cette loi d'intégrer dans l'arsenal accessible à la police judiciaire des techniques d'investigation préalablement confiées à l'autorité administrative par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[241]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était indubitablement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

42. Appréhension de l'indice. – Alors que certains moyens d'investigation auront pour but d'aider l'enquêteur à obtenir le contenant matériel de l'indice – *facilitant ainsi son appréhension matérielle* – d'autres procédés prévus par le Code de procédure pénale tendront à la mise en valeur du contenu informationnel de l'indice – *permettant alors son appréhension intellectuelle*. Matérielle ou intellectuelle, l'appréhension de l'indice dépend de la mise en œuvre d'un moyen d'investigation. Toutefois, le choix d'une technique adaptée demeure lié aux caractéristiques intrinsèques de l'indice. La provocation mise en œuvre au cours des auditions, interrogatoires et perquisitions aide l'enquêteur à appréhender matériellement les indices dissimulés, au sein de l'esprit humain s'agissant de la parole ou à l'intérieur d'un lieu clos concernant un objet. La retranscription, telle qu'elle est utilisée lors de la rédaction d'un procès-verbal, consiste à recueillir l'élément matériel perçu par l'enquêteur afin de l'intégrer au sein de la procédure. L'élaboration se manifeste lorsque l'élément probatoire ne dispose pas d'une existence à l'état naturel. La mise en lumière d'une étude explicative, ou d'une donnée spécifiquement recherchée par l'enquêteur, exige alors l'intervention d'un tiers, ou d'un appareil adapté. Alors que la technique au cœur du moyen d'investigation conditionne sa capacité à obtenir l'indice, elle détermine également une utilité plus profonde, s'agissant de révéler (Section 1), ou de recueillir (Section 2) un élément matériel.

[241] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

Section 1 – Les moyens destinés à révéler un indice

43. Mise en lumière de l'élément matériel. – La constatation d'une infraction résulte d'une déduction, opérée par l'enquêteur, à partir des indices qu'il perçoit. L'appréhension d'un indice peut s'avérer difficile lorsqu'il se trouve dissimulé. La mise en œuvre d'un moyen d'investigation adapté devient indispensable afin d'en provoquer la révélation. Par ailleurs, la numérisation croissante d'un contenu informationnel, résultant d'une informatisation massive de la société, complique l'obtention d'un potentiel indice, autant qu'elle implique parfois le recours à un appareil adapté ou à un technicien compétent. L'intervention d'un tiers pourrait d'ailleurs être requise afin de rendre intelligible des données situées en dehors du domaine de compétence de l'enquêteur. L'obtention de l'indice nécessite la mise en œuvre de procédés adaptés de manière à en provoquer la révélation d'une part (§1), ou à permettre son élaboration d'autre part (§2).

§ 1 – La révélation de l'élément matériel par sa provocation

44. Utilité des provocations. – La dissimulation de l'indice conditionne sa perception à la mise en œuvre d'un procédé d'investigation destiné à en provoquer la révélation. Les causes rendant matériellement inaccessible l'indice sont prises en considération dans le choix du moyen d'investigation. D'abord, l'élément dissimulé au sein de l'esprit humain ne peut devenir tangible qu'au moyen d'un échange verbal mené par l'enquêteur (A). Les risques inhérents à la disparition de l'indice dissimulé, dans un lieu clos d'une part, ou au sein d'une activité occulte d'autre part exigent d'avoir recours aux techniques d'interception (B).

A. L'élément matériel provoqué par interaction

45. Parole dissimulée. – L'aveu et le témoignage appartiennent aux catégories séculaires des preuves. Issues du système de la preuve légale, chaque catégorie de preuve disposait d'une valeur probante préalablement déterminée selon des catégories spécifiquement désignées. Depuis l'avènement du système de la preuve morale, les distinctions fondées sur une quelconque catégorisation des éléments probatoires se trouvent transcendées. Seul le juge a désormais l'opportunité de déterminer la preuve d'une infraction, à partir des indices qu'il apprécie selon son intime conviction. Dès lors, plus que l'aveu et le témoignage, c'est bien l'appréhension matérielle d'une parole qui serait à même de rendre possible le fait infractionnel. L'audition et l'interrogatoire constituent les moyens d'investigation nécessaires à la révélation

d'une parole. Bien que le culte de l'aveu semble s'être apaisé dans une société où la science serait parvenue à ériger sa propre preuve[242], la parole obtenue révèle à l'enquêteur un contenu informationnel. Le recours aux indicateurs, dont le passé interlope cristallise les critiques d'une société éprise de moralité, représente pourtant un moyen probatoire plébiscité par l'enquêteur. L'interaction tend à provoquer la parole de l'indicateur, afin d'en appréhender un contenu informationnel susceptible d'intéresser l'enquête.

1. L'interaction entre l'enquêteur et la personne mise en cause

46. Renouveau de la preuve morale. – La nomination, par le seul juge, du mode de preuve l'ayant convaincu renverse les catégories déterminées à l'époque de la preuve légale. La distinction entre l'aveu et le témoignage semble moins liée à leur substance – *un élément matériel prenant la forme d'une parole* – qu'à l'effet produit sur la conviction de leur observateur. Opposés par leur objet, l'aveu et le témoignage sont des indices prenant la forme d'une parole, obtenue par l'échange de questions-réponses instauré au cours de l'interrogatoire et de l'audition.

47. Distinction entre audition et interrogatoire. – Souhaitant révéler la parole dissimulée dans la conscience de la personne présente en face de lui, l'enquêteur mène un échange verbal selon une fermeté variable. L'intensité de l'échange établirait un critère de distinction entre l'audition et l'interrogatoire[243]. L'existence de questions destinées à provoquer la parole serait l'apanage de l'interrogatoire, tandis que l'audition laisserait se répandre de simples déclarations. L'attitude active, ou passive, de l'enquêteur déterminerait le cadre légal dans lequel l'échange verbal se déroule. Pour autant, l'alternance d'une attitude interrogatrice active à laquelle se succède une posture plus passive, propre à la réflexion, s'entrevoit tant durant l'interrogatoire qu'au cours d'une audition. Dès lors, il paraît difficile – en pratique – de transposer le comportement adopté par l'enquêteur lors de l'échange comme un critère de distinction entre l'audition et l'interrogatoire.

48. Distinction tirée d'une vraisemblance infractionnelle. – Seul le juge d'instruction est en droit de procéder à l'interrogatoire de la personne mise en examen, statut conditionné à la présence d'indices graves et concordants. D'après certains auteurs, cette vraisemblance

[242] AMBROISE-CASTEROT, Les prélèvements corporels et la preuve pénale, *in* Mélanges Julien, 2003, *Edilaix*, p. 9 ; La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne, *RDSS* 2008. 66, n° hors-série, *Droit pénal de la santé* ; Les empreintes génétiques en procédure pénale, Mélanges Bouloc, 2007, *Dalloz*, p. 19
[243] Crim. 2 mars 1972, Bull. crim. n° 82

infractionnelle déduite des indices attribuerait restrictivement l'appellation d'interrogatoire à l'échange verbal mené par le magistrat instructeur. L'interrogatoire se distinguerait alors de l'audition propre à l'enquête de police. Le statut de suspect est octroyé à la personne contre laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction[244]. La définition du témoin n'est jamais explicitée par le législateur, préférant une détermination fondée sur l'absence d'indices à charge. La coercition mise en œuvre résulte par conséquent du stade procédural. Il s'agit ainsi d'associer la coercition requise au degré de vraisemblance infractionnelle déduite des indices. Le statut de la personne mise en cause serait alors plus à même de différencier l'audition de l'interrogatoire. L'interrogatoire exigerait, par conséquent, la présence d'éléments à charge envers la personne mise en cause. La souplesse dans l'appréciation des indices requis à la constitution d'une apparence infractionnelle vraisemblable distinguerait l'interrogatoire durant l'enquête de celui au cours de l'instruction. Lorsque la présence d'indices graves et concordants oblige le magistrat instructeur à caractériser strictement la participation du mis en examen à l'infraction, l'officier de police judiciaire peut, quant à lui, procéder à l'interrogatoire du suspect sans détailler le fondement matériel de ses soupçons. La seule existence de soupçons plausibles, sans exigence d'une caractérisation explicite, insuffle une imprécision dans le point de bascule entre la qualité de témoin et celle de suspect. Le silence gardé par la personne auditionnée serait susceptible de constituer une raison plausible de soupçonner, changeant le cadre procédural selon l'interprétation de l'enquêteur. Sous couvert de sa protection, l'usage du droit au silence par la personne auditionnée pourrait se muer en un déclencheur procédural justifiant le cadre plus coercitif de l'interrogatoire. Plus encore, le caractère malléable des critères de distinction entre les différents statuts procéduraux risquerait d'engendrer un détournement de procédure, lorsque l'audition du témoin est préférée à l'interrogatoire du suspect ou du mis en examen, de manière à amoindrir la rigueur de leur protection[245].

49. Place de l'aveu. – Si l'audition connaît un déroulement apaisé, l'interrogatoire engendre une coercition supplémentaire sur la personne contre laquelle existent déjà des éléments à charge. Afin de faciliter la mise en lumière d'une parole, certaines pratiques ne sauraient être acceptées en raison de l'atteinte injustifiable qu'elles intentent aux libertés et droits

[244] C. pr. pén., art. 61-1
[245] E. DAOUD ET C. GHRENASSIA, « Audition libre : le soleil se lève à l'Est ? », note sous. CEDH, 5e sect., 15 nov. 2012, Grinenkoc/ Ukraine, req. n° 33627/06, Constitutions 2013. 67

fondamentaux. L'emploi du pentothal[246] ou de l'hypnose[247] avait pour objectif de faciliter la révélation de la parole, en tentant d'annihiler le libre arbitre inhérent à la conscience humaine. Une tentative aussi ambitieuse peut s'apparenter à du scientisme. La consommation de barbituriques semble aussi inapte à provoquer la révélation d'une parole cohérente, qu'elle incite la personne mise en cause à témoigner contre elle-même[248]. Le même grief s'impose à l'encontre de l'hypnose, dont l'aide apportée à la mise en lumière d'une parole exclut – *néanmoins* – sa parfaite correspondance avec la réalité. La nature subjective d'une parole, véritable émanation de l'esprit humain, complique toute tentative médicamenteuse destinée à la rendre plus objective. La volonté de supprimer la composante subjective de l'élément matériel revient à en corrompre l'intégrité. Conscients de cette limite, mais confiants quant à l'impact de l'aveu sur la conviction de son observateur[249], les enquêteurs ont cru voir dans le polygraphe l'instrument capable d'indiquer la sincérité de la personne interrogée[250]. Utilisé pour analyser les données émotionnelles du sujet observé au moyen de différents capteurs installés sur son corps, le polygraphe exige l'intervention d'un homme de l'art à même de mener l'interrogatoire ponctué de questions clés[251]. En ce sens, l'interrogatoire assisté d'un polygraphe se rapproche de l'expertise. Un spécialiste élabore une hypothèse sur la sincérité des propos tenus par le sujet interrogé, à partir de l'interprétation des données délivrées par les différents capteurs installés sur son corps. La pratique du polygraphe est admise dans certains Etats[252]. L'absence de consensus sur la fiabilité des résultats révélés, conjuguée à l'atteinte portée à l'intégrité physique et au droit de ne pas s'auto-incriminer, n'ont pas permis de la retenir dans notre législation[253].

[246] VOUIN, L'emploi de la narco-analyse en médecine légale, *D*. 1949. 101
[247] MELLOR, Vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel ?, *RSC* 1958. 371 ; Susini, L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromiques ?, *RSC* 1986. 915 ; PUIGELIER ET TIJUS, L'hypnose en tant que moyen de preuve, *in* Science, éthique et droit, 2007, *Odile Jacob*, p. 149
[248] MELLOR, Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle, 1952, *Domat Montchrestien*, p. 191
[249] GAMBIER, La défense des droits de la personne dans la recherche des preuves en procédure pénale française, *Dr. pénal* 1992. Chron. 66, spéc. n° 4 ; GUYON, Utopie religieuse et procès pénal, L'héritage historique : V-XV^e siècles, Archives de philosophie du droit, t. 39 : Le procès, 1995, *Sirey*, p. 105 s.
[250] MANDET, Le polygraphe et son utilisation en justice, *RI Crim. et pol. techn*. 1959. 298 ; SUSINI, Un nouveau chapitre de police scientifique : la détection objective du mensonge, *RI Crim. et pol. techn*. 1960. 326 ; CLEMENT, Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges, *RI Crim. et pol. techn*. 2004. 55 ; PALMATIER, Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonge ? Un point de vue des États-Unis, *AJ pénal* 2008. 124
[251] Sur la question de l'aveu recueilli par l'expert : article 164 du Code de procédure pénale, V. en ce sens D. MAYER et J.-F. CHASSAING, « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », *D*. 2001. 1340 ; Crim. 29 janv. 2003, n° 02-86.774, Bull. crim. n° 22
[252] J. SUSINI, La polygraphie du mensonge en 1983, *RSC* 1983.521
[253] K. AIDER, Les tours et détours du détecteur de mensonges, *La Recherche*, sept. 2002, p. 62

2. L'interaction entre l'enquêteur et l'indicateur

50. Principe du recours aux indicateurs. – L'indicateur – *parfois nommé informateur* – est une personne, défavorablement connue des services de police. Contrairement au repenti, il ne bénéficie d'aucune protection particulière lorsqu'il coopère[254]. La loi du 9 mars 2004[255] autorise les services de police et de gendarmerie à récompenser pécuniairement – *selon un montant souverainement déterminé*[256] – les personnes étrangères aux administrations publiques[257] leur ayant révélé des éléments capables de rendre possible un fait infractionnel. En échange d'une rétribution, l'enquêteur provoquera la parole de l'indicateur. Si les accointances entre les policiers et d'anciens malfrats peuvent surprendre[258], il n'en demeure pas moins que le recours aux indicateurs constitue l'un des moyens d'investigation les plus efficaces pour obtenir des indices. En pratique, le recours aux indicateurs de police n'est qu'une première phase dans la recherche d'éléments matériels[259]. L'enracinement de l'indicateur au sein d'un terreau infractionnel octroie à l'enquêteur l'opportunité de découvrir de nouvelles pistes. Les éléments révélés par l'indicateur représentent seulement un prélude à l'édification d'une piste que l'enquêteur doit étayer pour obtenir un indice. Le caractère occulte de l'élément matériel implique qu'il soit provoqué par l'emploi d'un procédé d'investigation, afin d'apparaître aux yeux des enquêteurs. Le champ de la provocation concerne seulement la parole de l'indicateur, et non les agissements de la personne mise en cause[260]. Il s'agit de permettre la constatation d'une activité délictueuse, et non de déterminer les agissements infractionnels des personnes mises en cause. La provocation de l'élément matériel par la rétribution d'un informateur doit ainsi être distinguée de la provocation – *déloyale* – du comportement infractionnel de la personne présumée innocente[261].

[254] M. SCHWENDENER, L'action de la police judiciaire confrontée à l'exigence de loyauté, *AJ pénal* 2005, p. 267
[255] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, JO 10 mars, art. 3
[256] Arr. du 20 janv. 2006 pris pour l'application de l'article 15-1 de la L. n° 95-73 du 21 janv. 1995 d'orientation et de programmation, JO 2 févr., art. 1er, al. 1er
[257] Loi n° 95-73 du 21 janv. 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, JO 24 janv., art. 15-1, al. 1er
[258] J. SUSINI, Aspects cliniques et techniques du mensonge et de l'aveu, *RSC* 1981.909
[259] M. SCHWENDENER, L'action de la police judiciaire confrontée à l'exigence de loyauté, *AJ pénal* 2005, p. 267
[260] P. MAISTRE DU CHAMBON, La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence, JCP 1989, I, 3422
[261] J. PRADEL, Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi, *D*. 1992, chron. p. 229

51. Réglementation du recours aux indicateurs. – A la différence de l'audition, le recours aux indicateurs n'est pas réglementé par le Code de procédure pénale. Brièvement évoqués aux articles 337, alinéa 2 et 451, alinéa 2, les dénonciateurs rémunérés peuvent être entendus sous réserve d'opposition émanant des parties ou du ministère public. Les récents démêlés judiciaires[262], liés aux dérives susceptibles d'exister lorsqu'un enquêteur s'immisce avec un entrain trop prononcé dans une activité interlope, mèneront sans doute le législateur à encadrer cette pratique policière. Pour autant, l'anonymat accordé à l'informateur de police engendre inévitablement des répercussions procédurales importantes[263]. D'une part, il impose la conservation confidentielle et protégée de son identité[264]. D'autre part, il implique le caractère anonyme des dénonciations effectuées par l'indicateur. Bien qu'elles concernent des témoins, et non des indicateurs de police, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs aux dénonciations anonymes mettent en exergue l'exigence d'un équilibre procédural, entre leur force de persuasion et la solution pénale qu'elles seraient susceptibles de justifier[265]. La conservation de l'anonymat par l'indicateur – au passé infractionnel trouble[266] – confère à sa parole la simple valeur d'un renseignement. L'exigence d'une procédure équitable – au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – s'oppose à considérer les seules dénonciations anonymes suffisantes au prononcé d'une condamnation pénale[267]. Consciente du caractère fondamental de la crédibilité imputable à l'élément matériel, la Cour recommande d'ailleurs le contrôle des déclarations anonymes par un juge ayant connaissance de l'identité du déclarant[268].

B. L'élément matériel provoqué par interception

52. Clandestinité de l'activité infractionnelle. – La clandestinité de l'activité infractionnelle impose la clandestinité de l'action policière. Les enquêteurs assimilent les agissements furtifs pratiqués par les malfaiteurs, de manière à intercepter l'indice qu'ils ne pourraient percevoir autrement. L'interception mise en œuvre par l'enquêteur est inhérente à l'obtention d'un élément dissimulé au sein d'un lieu clos, avant qu'il ne disparaisse, ou au sein d'une activité occulte, au moment même de son apparition. Sous couvert de gagner en

[262]M. PENVERNE, « Pierre Michel : un juge devenu icône », *AJD*, 27 nov. 2014
[263] J. LE CALVEZ, Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme, *D*. 2002, chron. p. 3024-3027
[264] Crim. 6 juill. 1894, *DP* 1899. 1. 171 ; Crim. 30 août 1906, *DP* 1907. 1. 419
[265] CEDH 27 mai 2008, Unel c/ Turquie, req. n° 35686/02, § 31
[266] M. Schwendener, L'action de la police judiciaire confrontée à l'exigence de loyauté, *AJ Pénal* 2005, p.267
[267] CLEMENT, « Le secret de la preuve pénale » In Mélanges BOULOC, *Dalloz*, 2006, p. 183
[268] CEDH 13 janv. 2009, Taxquet c/ Belgique, req. n° 926/05, § 64

efficacité, les récentes modifications législatives intervenues dans le domaine des investigations engendrent une atteinte toujours plus importante aux libertés individuelles des personnes mises en cause. L'interception de l'indice est au cœur des procédés intrusifs. Qu'il s'agisse de l'enquête sous pseudonyme, des perquisitions et bien sûr de l'interception des correspondances téléphoniques ou électroniques, l'action investigatrice demeure masquée au détriment du respect de la vie privée, dont il reste à évaluer si l'atteinte peut s'avérer justifiée par la gravité infractionnelle caractérisée. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose pourtant d'élargir le champ de tels procédés, soit en abaissant le seuil des peines encourues à partir duquel ils peuvent être prescrits, soit en supprimant la référence au domaine infractionnel spécifiquement grave. Bien que l'assouplissement du régime applicable se conçoive par la volonté d'utiliser, au plus tôt, les procédés issus du progrès technique dans un contexte budgétaire crispé, il n'en demeure pas moins qu'une telle réforme place entre les mains du Ministère public des pouvoirs coercitifs quasiment similaires à ceux du juge d'instruction, sans octroyer une indépendance équivalente. La clandestinité de l'action policière se voit par conséquent contrôlée par un Juge des libertés et de la détention ponctuellement amené à consulter le dossier des investigations, au risque de valider une coercition disproportionnée. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[269]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée, entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était pourtant incontestablement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

[269] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

1. L'interception de l'élément dissimulé au sein d'un lieu clos

53. Protection de la vie privée. – Le droit au respect de la vie privée, tel qu'il est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, tend à protéger la tranquillité du domicile, entendu selon une acception large[270]. Tout aussi ample, la conception du domicile retenue par la Cour de cassation s'apparente davantage à un lieu clos[271], dont la caractéristique essentielle est d'être habitable[272]. L'obtention par l'enquêteur d'un élément matériel situé dans un lieu clos est conditionnée à l'existence d'une justification légalement encadrée.

54. Efficacité des investigations. – La seule entrée dans les lieux peut s'avérer insuffisante à la révélation de l'indice dissimulé[273], exigeant un examen plus méticuleux. La perquisition est un procédé d'investigation au moyen duquel l'enquêteur mène un examen actif[274] des lieux clos, dans le but de faire apparaître les éléments corporels susceptibles d'y être dissimulés[275]. Proches par leur régime, mais distincts par la nature du lieu protégé qu'elles visent, les fouilles s'attachent à laisser l'enquêteur inspecter tant les véhicules[276], que les personnes[277]. Le domicile, et plus généralement les lieux immobiliers, demeurent l'apanage de la perquisition, dont le respect d'heures légales[278] n'est pas prévu s'agissant des fouilles. Le caractère strictement nécessaire d'un tel examen[279] implique la mise en place d'un filtre de protection supplémentaire, lorsque sont soumis au secret professionnel les indices qu'il vise à mettre en lumière. Le représentant de l'ordre professionnel concerné[280] – *assistant la perquisition*

[270] CEDH 16 avr. 2002, Sté Colas c/ France, req. n° 37971/97, *D*. 2003. somm. 527, obs. BIRSAN
[271] Crim. 23 mai 1995, n° 94-81.141, Bull. crim., n° 193 ; Cass. crim. 29 nov. 1995, n° 95-83.95, Bull. crim. n° 363
[272] Crim. 31 mai 1994, n° 94-81.199, Bull. crim., n° 213
[273] Il s'agit alors de distinguer la perquisition des visites domiciliaires, autorisant certains agents – notamment ceux du fisc – à constater et saisir des documents sans pour autant impliquer un examen méticuleux des lieux protégés. V. en ce sens : Crim. 7 mars 2001, n° 00-81.083, Bull. crim. n° 61 ; Crim. 6 mai 2002, n° 02-81.130
[274] En ce sens, perquisitions et fouilles se distinguent des remises spontanées n'impliquant aucune recherche active de la part de l'enquêteur. V. par ex. : Crim. 20 sept. 1995, n° 95-81.140, Proc. gén. Angers, Bull. crim. n° 276 ; Crim. 12 févr. 2008, n° 07-87.753 ; Crim. 19 juin 1957, *JCP* 1957. II. 10226
[275] Cass. crim. 29 mars 1994, n° 93-84.995, Bull. crim., n° 118 ; Cass. crim. 6 mai 2002, n° 02-81.130 ; Cass. crim. 22 mai 2002, n° 01-86.184
[276] Cass. crim. 11 sept. 1933, *DH* 1933. 462; 22 janv. 1953, Bull. crim., n° 24, *JCP* 1953. II. 7456, rapp. BROUCHOT ; 8 nov. 1979, *JCP* 1980. II. 19337, note DAVIA, Bull. crim., n° 311 ; 15 oct. 1984, *JCP* 1985. II. 20410, note BERR
[277] Il s'agit alors de « fouilles corporelles » ; V. en ce sens : Cass. crim. 22 janv. 1953, Bull. crim., n° 24 ; 16 déc. 1958, Bull. crim., n° 760 ; 21 juill. 1982, Bull. crim., n° 196 ; 12 janv. 1988, Bull. crim., n° 11
[278] C. pr. pén., art. 59 concernant la perquisition mise en œuvre dans le cadre d'une enquête de flagrance, art. 76 concernant la perquisition durant l'enquête préliminaire et art. 96 s'agissant de la perquisition effectuée lors d'une information judiciaire.
[279] CEDH 16 déc. 1997, Camenzind c/ Suisse, req. n° 21353/93, Rec. 1997. VIII ; Crim. 27 janv. 1987, note MUSSO, Bull. crim., n° 41, *D*. 1988. 179, note DAROLLE, *D*. 1987, somm. 408, obs. J. Pradel
[280] C. pr. pén., art. 56, 76, 96

obligatoirement effectuée par un magistrat[281] – se mue en une véritable institution de filtrage, à même de s'opposer à la saisie de documents protégés[282] – *non plus seulement par le secret professionnel* – mais liés aux droits de la défense[283]. Par la volonté de circonscrire la saisie de documents[284], la mesure tend à limiter, en pratique, la révélation d'indices à l'encontre de clients[285].

55. Caractère proportionné de la coercition. – Selon la vraisemblance de l'infraction, présumée au vu du faisceau d'indices, l'enquêteur peut pratiquer la perquisition en passant outre le consentement de la personne au domicile duquel elle a lieu[286]. Destinée à prendre de court le maître des lieux, l'annihilation de son assentiment insuffle à la mesure un climat d'étonnement propre à maintenir la consistance des indices susceptibles d'y être dissimulés. L'impératif d'efficacité est au cœur du changement général de physionomie opéré par le législateur sur le consentement dans l'enquête de flagrance, lorsque le quantum de la peine inhérent à l'infraction présumée renverse son exigence, en permettant la mise en œuvre d'un pouvoir coercitif durant la perquisition[287]. L'exigence d'un équilibre procédural impose toutefois à l'enquêteur le respect d'un cadre protecteur de la vie privée, lequel s'amenuise inexorablement lorsque l'infraction présumée figure dans les prévisions des articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale, établissant celles en lien avec la criminalité organisée[288]. La gravité de l'infraction présumée, au vu des indices préalablement obtenus, justifie la perquisition en dehors des heures légalement fixées, tout comme elle autorise la sonorisation et la captation

[281] Le magistrat visé sera le procureur durant les enquêtes préliminaire et de flagrance, ou le juge d'instruction lorsque l'examen des lieux protégés s'effectue au cours d'une information judiciaire. V. en ce sens C. pr. pén., art. 56-1 à 56-4

[282] C. pr. pén., art. 56-1

[283] Crim. 7 mars 1994, n° 93-84.931, Bull. crim. n° 87 ; *D*. 1994. Somm. 188 ; Crim. 30 juin 1999, n° 97-86.318, Bull. crim. n° 172. ; Crim. 27 juin 2001, n° 01-81.865, Bull. crim. n° 163

[284] Distincts par leurs objectifs, le procédé de saisie – au moyen duquel l'enquêteur recueille un élément matériel – doit être différencié du procédé de perquisition, permettant à l'enquêteur la mise en lumière d'un élément matériel.

[285] CEDH 4 juill. 2008, 5e sect., André et a. c/ France, req. n° 18603/03

[286] Si le consentement de la personne visée par la perquisition est en principe exigé lorsqu'elle a lieu durant l'enquête préliminaire, l'existence d'un indice apparent de commission d'une infraction justifiant l'enquête de flagrance ou l'ouverture d'une instruction judiciaire à son encontre supprime cet impératif. Par exception, l'autorisation d'une perquisition peut être donnée par le JLD lui-même, sans l'assentiment des personnes visées dans le cadre d'une enquête préliminaire. Concernant le domaine de cette exception au consentement de la personne mise en cause dans une enquête préliminaire, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose d'abaisser à trois années le seuil d'un emprisonnement précédemment fixé à cinq années par la loi du 9 mars 2004.

[287] C. pr. pén., art. 76, al. 4

[288] A propos de la distinction entre procédures de droit commun et procédures dérogatoires : RUBI-CAVAGNA, L'extension des procédures dérogatoires, *RSC* 2008. 23 ; LAZERGES, Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux, Mélanges Bouloc, 2007, *Dalloz*, p. 573

d'images dans un lieu clos[289]. Dès lors, comment raisonnablement justifier un assouplissement, tel qu'il permette l'autorisation d'une perquisition sans l'assentiment des personnes visées dans le cadre d'une enquête préliminaire, si ce n'est en limitant l'opération aux seules infractions les plus graves. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose pourtant d'abaisser à trois années le seuil d'un emprisonnement précédemment fixé à cinq années par la loi du 9 mars 2004[290]. Certes, l'intervention du Juge des libertés et de la détention est érigée par le législateur en substitution adéquate au consentement de l'intéressé, mais la pratique ponctuelle d'un contrôle des éléments du dossier ne saurait suffire à assurer un contrôle suffisant des atteintes engendrées envers la vie privée. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[291]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée, entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était en effet nécessairement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble indispensable, afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition cependant qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

56. Modernisation des techniques d'interception. – Consistant à placer clandestinement des microphones ou des caméras dans un lieu clos[292], la sonorisation[293] et la captation d'images[294] ont été réglementées en tant que procédé d'investigation à part entière par l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La pratique auparavant sommairement fondée sur l'article 81, alinéa 1er, du code de procédure pénale[295] ne pouvait être suffisamment justifiée au regard de l'inévitable

[289] VERNY, Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction, *RPDP* 2004. 777
[290] c. pr. pén., art. 76 al. 4 inséré par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
[291] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[292] A l'exception des lieux soumis à la protection du secret professionnel, conformément aux dispositions des articles 56-1, 56-2, 56-3 et 100-7 du Code de procédure pénale
[293] C. pr. pén., art. 706-96, al. 1er
[294] C. pr. pén., art. 706-96, al. 1er
[295] Crim. 15 févr. 2000, n° 99-86.623, Bull. crim. n° 68 ; ACCOMANDO et GUÉRY, La sonorisation : un mode légal de preuve ?, *D*. 2002. 2001

restriction qu'elle engendre aux droits et libertés de la personne concernée[296]. Selon le cadre fixé par l'article 706-96 du Code de procédure pénale, la sonorisation et la captation d'image au sein d'un lieu clos doivent impérativement se dérouler sous le contrôle et l'autorisation préalable du juge d'instruction. L'infraction présumée au cours d'une enquête préliminaire[297] serait encore trop incertaine pour établir l'atteinte sociale. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice se propose d'unifier le régime des sonorisations avec celui applicable à la captation de données informatiques[298], mais encore avec celui régissant le recueil des données techniques de connexion et des interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques[299]. Une certaine complexité était évoquée, en pratique, quant à la mise en œuvre de ces techniques répondant chacune à des conditions disparates. Il s'agissait, également, de répondre aux souhaits exprimés durant les débats parlementaires de voir s'étendre le champ d'application de telles mesures d'investigation, non plus seulement aux infractions en lien avec la criminalité organisée, mais plus généralement à toute enquête criminelle. Les dispositions relatives aux procédés d'interception les plus attentatoires envers les libertés individuelles seraient alors regroupées au sein d'un livre IV intitulé « *Des autres techniques spéciales d'enquête* ». Conformément au mouvement de fond initié avec la loi du 9 mars 2004[300], les conditions de mise en œuvre désormais communes octroient – dès la phase de l'enquête – la possibilité au Juge des libertés et de la détention de les autoriser sur requête du procureur de la République pour une durée d'un mois renouvelable, tandis qu'il revient au juge d'instruction de commander leur déploiement au cours de l'information judiciaire pour une durée allant de quatre mois à deux ans au maximum. Bien que l'extension, aux enquêtes de police, des techniques les plus attentatoires aux libertés individuelles des personnes mises en cause existait depuis la loi du 3 juin 2016[301], seules les

[296] CEDH 31 mai 2005, Vetter c/ France, req. n° 59842/00, *Rev. pénit*. 2006. 133, obs. AMBROISE-CASTEROT ; HENNION-JACQUET, L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme, *D*. 2005. 2575

[297] Crim. 21 mars 2007, n° 06-89.444, *D*. 2007. AJ 1204, obs. DARSONVILLE ; *AJ pénal* 2007. 286, note ROYER ; *Procédures* 2007, comm. 201, note BUISSON ; CARON et MÉNOTTI, Les conditions de la légalité de la photographie par les policiers de personnes ou de véhicules dans un lieu privé, *D*. 2007. chron. 1817

[298] Procédé d'investigation réglementé par l'article 706-102-1 du Code de procédure pénale, permettant aux autorités d'intercepter – sans le consentement de l'intéressé – des données informatiques telles qu'elles sont stockées ou affichées à l'écran. En pratique, il s'agit pour les enquêteurs d'introduire un « cheval de Troie » au sein d'un système informatique afin de pouvoir y accéder à distance par une porte dérobée.

[299] Procédé d'investigation réglementé par l'article 706-95-4 du Code de procédure pénal en référence aux *IMSI Catcher*, appareils simulant l'antenne relais d'un opérateur téléphonique mobile et permettant aux autorités d'intercepter toutes les données de communications (conversations, messages, position) transmises sans chiffrement par l'intermédiaire du numéro *IMSI* (*International Mobile Subscriber Identity*) stocké au sein des cartes SIM de tout abonné.

[300] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

[301] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

infractions en lien avec la criminalité organisée étaient visées, de sorte que le critère de proportionnalité exigé par le Conseil constitutionnel se comprenait au regard de la gravité des crimes et délits concernés[302]. La reprise de techniques d'investigation préalablement réglementées dans le cadre des enquêtes administratives afférentes au renseignement[303] imposait, nécessairement, des limites à leur champ d'utilisation au cours des enquêtes judiciaires diligentées, cette fois, sous le pouvoir de procureur de la République. L'intervention du Juge des libertés et de la détention, en tant que représentant de l'autorité judiciaire « gardienne des libertés individuelles », pourrait de prime abord rassurer, du moins avant que ne soient mises en exergue les difficultés liées aux interventions qui lui sont ponctuellement octroyées, ne lui permettant ni une véritable connaissance du dossier ni une véritable faculté de s'opposer au procureur de la République. La consécration d'un véritable statut[304] en faveur du Juge des libertés et de la détention aurait, nécessairement, dû s'accompagner d'une refonte des missions qui lui sont confiées durant l'enquête, avec une intervention dès le début des investigations, de manière à installer un contre-pouvoir enfin efficace. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[305]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était, en effet, nécessairement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, désormais, indispensable afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait tout à fait s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

[302] Cons. const., déc. DC n° 2004-492 du 2 mars 2004, cons. 19 et DC n° 2013-679 du 4 déc. 2013, cons. 75.
[303] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
[304] Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature
[305] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

2. L'interception de l'élément dissimulé au sein d'une activité occulte

57. Interception de communications. – Afin de déjouer la suspicion des protagonistes mis en cause, la révélation d'indices par l'enquêteur doit s'effectuer à leur insu. Si, conformément à l'esprit de la matière pénale, la fin ne devrait jamais justifier les moyens, la clandestinité de l'activité infractionnelle entraîne pourtant la clandestinité de l'action policière. En raison de l'atteinte à l'intimité de la vie privée engendrée par l'interception, sa mise en œuvre doit impérativement être prévue par un procédé d'investigation réglementé. Pour autant, la pratique des écoutes[306] connaît une réglementation en tant que procédé d'interception de correspondances émises par voie de télécommunications depuis la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991[307]. Issues d'une gestation orchestrée sous les coups de boutoir infligés par la Cour européenne des droits de l'homme[308] – condamnant à de multiples reprises la France en raison d'un régime juridique inapte à encadrer précisément l'ingérence que constitue l'écoute téléphonique dans la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention – les écoutes judiciaires connaissent dorénavant un fondement légal établi au sein du Code de procédure pénale[309]. Le procédé d'interception se distingue de la simple écoute[310], dont le comportement passif de l'enquêteur[311] demeure étranger à toute volonté de provoquer la révélation de l'élément matériel[312]. Le législateur de 1991 justifie la restriction portée à la vie privée de l'individu écouté par la gravité de l'infraction présumée, limitant l'interception des correspondances au stade de l'instruction contre les crimes, et les seuls délits dont le quantum de la peine excède deux années d'emprisonnement[313]. Le magistrat instructeur peut prescrire toute écoute qu'il considère comme nécessaire, tant à l'insu d'une personne mise en cause que d'un témoin[314]. Toutefois, la loi du 9 mars 2004 a modifié la physionomie du régime initialement élaboré, autorisant la mise en œuvre d'une interception dans le cadre des enquêtes préliminaires et de flagrance[315] portant sur une infraction présumée en lien avec la criminalité organisée[316]. Si

[306] Cass., ass. plén., 24 nov. 1989, n° 89-84.439, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 1990. 34 ; Crim. 27 févr. 1996, n° 95-81.366, Bull. crim. n° 93
[307] Loi relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. V. KAYSER, La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques, *JCP* 1992. I. 3559
[308] CEDH 24 avr. 1990, Kruslin et Huvig, *D*. 1990. 353, note PRADEL ; *Gaz. Pal*. 1990. 1. 249, note ZDROJEWSKI
[309] C. pr. pén., art. 100 et s.
[310] Crim. 19 janv. 2000, n° 99-83.929
[311] Crim. 2 avr. 1997, n° 97-80.269
[312] Crim. 16 janv. 1974, *JCP* 1974. 17731
[313] C. pr. pén., art. 100
[314] Crim. 9 déc. 1991, n° 90-84.994, Bull. crim. n° 465 ; *D*. 1992. IR 77
[315] C. pr. pén., art. 706-95
[316] C. pr. pén., art 706-73 et 706-73-1

l'appréciation du caractère nécessaire de l'ingérence demeure confiée à un magistrat indépendant – *en l'occurrence le juge des libertés et de la détention* – elle fait suite à la requête que lui présente le procureur, entre les mains duquel repose l'initiative de la mesure. La gravité de l'infraction, présumée au vu des indices préalablement obtenus, justifie la restriction des libertés individuelles de la personne concernée par l'interception, dont l'activité professionnelle peut néanmoins astreindre le magistrat ordonnateur à informer au préalable une autorité hiérarchique déterminée[317]. L'interception ne peut d'ailleurs jamais concerner la conversation d'un avocat avec son client, dont la nécessaire confidentialité[318] – *imposée au nom des droits de la défense*[319] – n'a néanmoins plus lieu d'être lorsque la présence d'indices en modifie la teneur, substituant la qualité de défenseur à celle de suspect[320]. L'avocat contre lequel existent des indices de participation à une infraction – *quelle qu'elle soit* – devient un suspect dont l'interception des conversations – *autorisée par le juge* – est admise[321].

58. Adaptation des procédés aux mutations des communications. – La démocratisation de l'outil internet a opéré une mutation des échanges, lesquels deviennent des flux de données transitant à travers des serveurs informatiques interconnectés à l'échelle internationale. Uniquement identifiables par l'adresse numérique affectée à chaque connexion effectuée sur le réseau mondial, les transmissions de données deviennent occultes par la seule dissimilation de cet identifiant. La forme spécifique des éléments échangés, s'agissant d'une transmission de données informatiques, requiert l'utilisation d'un procédé d'investigation adapté. A cette fin, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016[322] inclut formellement les communications électroniques dans le champ des interceptions de correspondances, sans qu'il s'agisse ici d'une véritable extension de compétences, la référence initialement faite par le législateur aux télécommunications permettant déjà de les intégrer implicitement. L'extension de compétence interviendra hélas avec le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, lequel propose

[317] Conformément aux articles 100-7 et 706-95 du Code de procédure pénale, le juge doit informer le président de l'assemblée concernée pour l'interception mise en œuvre sur la ligne d'un député ou d'un sénateur, mais encore le bâtonnier pour l'interception effectuée sur la ligne du cabinet d'un avocat ou de son domicile, et enfin le premier président ou le procureur général pour l'interception ayant lieu sur la ligne du cabinet d'un magistrat ou de son domicile.
[318] Cass. crim. 18 janv. 2006, n° 05-86.447, *AJ. Pénal* 2006. 126, obs. C. GIRAULT ; *AJ. Pénal* 2006. 254 obs. P. DOURNEAU-JOSETTE
[319] C. pr. pén., art. 100-5
[320] Crim. 15 janv. 1997, n° 96-83.753, Bull. crim. n° 14; *Dr. pénal* 1997, comm. 55 ; *Gaz. Pal*. 4-5 juin 1997, p. 11
[321] Crim. 14 nov. 2001, n° 01-85.965, Bull. crim. n° 238; *JCP* 2002. IV. 1136 ; Crim. 1er oct. 2003, *D*. 2004. somm. 671, obs. PRADEL ; *AJ pénal* 2003. 64, obs. LUCIANI et MIEN
[322] Loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

en effet de recourir aux interceptions par la voie des communications électroniques, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance, dès lors qu'elle porte sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement. Alors qu'un gain d'efficacité est ainsi espéré dès les premiers temps de l'enquête, il paraît toutefois difficilement justifiable au regard des libertés individuelles en jeu d'autoriser la mise en œuvre d'un tel procédé sans l'assortir d'un contrôle plus strict. Il semble à ce titre que l'intervention du juge des libertés et de la détention, en tant que garant des libertés individuelles, ne puisse constituer en pratique un véritable contrepoids au procureur de la République comme pourrait l'être le juge d'instruction. C'est qu'en effet, la connaissance partielle du dossier de l'enquête par le juge des libertés et de la détention laisse présager une faiblesse dans la rigueur du contrôle effectué face à un procureur placé dans une situation hégémonique. La montée en puissance de l'enquête, telle qu'elle se dessine depuis maintenant plusieurs années, obligerait le législateur à instaurer dès ce stade procédural un véritable « juge orchestre des libertés ». Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[323]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était nécessairement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

Modification cosmétique lorsqu'elle concerne le régime de droit commun des interceptions de communications, l'insertion des moyens électroniques confère au juge[324] – *lorsqu'une infraction en lien avec la criminalité organisée est présumée*[325] – la faculté d'autoriser l'accès aux correspondances, stockées sur un serveur informatique, accessible par

[323] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[324] Qu'il s'agisse du juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République lorsque l'interception intervient au cours d'une enquête préliminaire ou de flagrance, ou du juge d'instruction lorsque l'interception est mise en œuvre durant l'instruction préparatoire. V. respectivement C. pr. pén., art 706-95-1 et 706-95-2
[325] C. pr. pén., art 706-73 et 706-73-1

l'intermédiaire d'un identifiant de connexion[326]. Signe d'une avancée technologique, les correspondances ne sont plus seulement écoutées à l'insu des interlocuteurs dont la parole est interceptée, elles peuvent également être lues lorsque le procédé d'interception a pour objet des flux de données. La variété des éléments matériels numérisés, existant au sein d'un environnement informatique, peut rendre insuffisante la seule interception des échanges électroniques, leur obtention nécessitant l'utilisation d'un procédé spécifique. Dans cette optique, le législateur autorise – depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011[327] – la captation des données informatiques affichées sur l'écran des personnes à l'insu desquelles le procédé d'interception est mis en œuvre[328]. Strictement limitée aux infractions en lien avec la criminalité organisée[329], la captation n'est cependant pas soumise à l'existence préalable d'indices laissant présumer la participation de la personne concernée[330]. Déduction faite de la gravité de l'infraction présumée, l'atteinte portée aux intérêts de la société – *quand bien même la prégnance en serait nuancée par le caractère préliminaire de l'enquête*[331] – suffirait à justifier l'ingérence dans la vie privée qu'entraîne inévitablement l'interception des éléments défilant à l'écran. Si elle peut trouver une explication dans l'attachement du procédé à l'ordinateur utilisé et non à ses utilisateurs, l'absence de différenciation chez les personnes susceptibles de faire l'objet d'une captation – *au moyen des indices de participation caractérisés à leur encontre* – engendre une rupture d'équité procédurale lorsque la restriction, personnellement subie, ne concorde avec aucune atteinte personnellement perpétrée contre les intérêts de la société. Permettant à l'enquêteur de percevoir un élément matériel d'origine binaire tel qu'il est affiché – *durant l'activité infractionnelle en cours* – sur l'écran de l'ordinateur au sein duquel a été mise en place une porte dérobée[332], la captation constitue un moyen d'intercepter les données informatiques, avant qu'un cryptage[333] ne les dissimule.

[326] C. pr. pén., art 706-95
[327]Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
[328] C. pr. pén., art 706-102-1 à 706-702-9
[329] C. pr. pén., art 706-73 et 706-73-1
[330] C. pr. pén., art 706-102-1 et 706-102-2
[331] Modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, le procédé visant à intercepter les éléments matériels affichés sur l'écran de la personne concernée peut dorénavant être ordonné soit par le juge des libertés et de la détention – sur requête du procureur de la République en vertu de l'article 706-102-1 du Code de procédure pénale – lorsque la captation est mise en œuvre durant une enquête préliminaire ou de flagrance, soit par le magistrat instructeur – sur le fondement de l'article 706-102-2 du Code de procédure pénale – lorsqu'une information est ouverte.
[332] C. pr. pén., art 706-102-5
[333] L'appel à un tiers au moyen d'une réquisition en déchiffrement des données chiffrées – conformément à l'article 230-1 du Code de procédure pénale – sera alors nécessaire.

A ce titre, le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice étend, tout en simplifiant, le régime de la captation des données informatiques. Il s'agit, une fois encore pour le législateur, de poursuivre sur la lancée d'une tendance galvanisée avec la loi du 3 juin 2016[334], visant à octroyer aux services d'enquêtes les moyens d'investigation autrefois restreints au domaine de l'instruction. Si l'objectif d'efficacité est louable, il n'est cependant jamais accompagné de garanties suffisantes quant à la protection des libertés individuelles. D'abord, la décision d'autorisation revient – *certes* – au juge des libertés et de la détention, mais son intervention – *ponctuelle* – ne lui permet jamais d'avoir une parfaite connaissance du dossier de l'enquête. Ensuite, la mise en œuvre de procédés d'investigation aussi intrusifs, dans un domaine criminel particulièrement large, ne correspond plus au critère de gravité requis par le déploiement d'une coercition proportionnée. Enfin, l'hégémonie du procureur de la République demeure sans véritable contradiction ni véritable indépendance, dès lors que l'apport timide d'une loi de 2013[335] laisse perdurer sa soumission hiérarchique au garde des Sceaux[336]. Le constat est d'autant plus amer qu'une telle réforme contribue inexorablement à la marginalisation d'une instruction progressivement vidée de ses particularités, sans parallèlement prévoir l'instauration d'un représentant permanent de l'autorité judiciaire, à même de contrebalancer utilement les pouvoirs coercitifs du parquet. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[337]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était incontestablement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » devient indispensable, afin de représenter la personne du juge dès les premiers temps de l'investigation.

[334] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[335] Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique
[336] Le projet de loi de réforme constitutionnelle du 3 juillet 2017 vise à renforcer les garanties d'indépendance des magistrats du parquet en prévoyant que leur nomination devra intervenir sur avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature. En outre, c'est désormais le Conseil Supérieur de la Magistrature qui exercera le pouvoir disciplinaire à l'encontre des magistrats du parquet, et non plus le garde des Sceaux.
[337] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

Il pourrait s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

59. Immixtion policière au sein de l'activité occulte. – Le caractère occulte de l'activité infractionnelle rend d'autant plus délicate la perception d'indices de culpabilité. Désireux de pallier cette difficulté, l'enquêteur peut être amené à côtoyer de plus près les opérations sous-terraines menées par une délinquance auprès de laquelle il doit apparaître *incognito*. Ce postulat, dicté par l'efficacité des investigations, a permis le développement de pratiques policières destinées à pénétrer le milieu délinquant, dont la première réglementation par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992[338], a donné vie au procédé de livraison contrôlée des stupéfiants, initialement prévu par l'article 706-32[339] du Code de procédure pénale. La volonté d'immerger les enquêteurs à l'intérieur de l'activité occulte s'est matérialisée – *à travers la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*[340] – par l'entrée en vigueur du procédé d'infiltration[341]. Admise aussi bien durant l'instruction qu'au cours de l'enquête[342], l'infiltration connaît une mise en œuvre cloisonnée selon le magistrat l'ayant ordonnée, seul ce dernier ayant autorité pour y mettre fin[343]. L'enquêteur est autorisé à surveiller les personnes – *contre lesquelles existent des indices laissant présumer la commission d'une infraction en lien avec la criminalité organisée*[344] – en se faisant passer auprès d'elles pour l'un des leurs. Impliquant l'utilisation d'une identité d'emprunt[345], l'agent infiltré bénéficie également d'une exonération de responsabilité pénale, strictement limitée aux délits et actes nécessaires au bon déroulement de l'infiltration[346]. Conformément aux exigences conventionnelles d'un procès équitable[347], les actes perpétrés par l'enquêteur tendent à provoquer la révélation d'un élément matériel[348] dissimulé au sein d'une activité clandestine justifiant – *au nom du risque social apparent* – une

[338] Loi relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur
[339] Lequel a par la suite été abrogé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité avant de revenir, sous une forme réécrite, avec la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.
[340] Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[341] C. pr. pén., art 706-81
[342] Ordonnée par le procureur de la République durant l'enquête et par juge d'instruction durant l'information judiciaire, l'infiltration reste soumise à l'avis du magistrat du Parquet, signe sans doute d'une vigueur particulière conférée par le législateur au magistrat du Parquet.
[343] C. pr. pén., art 706-83
[344] C. pr. pén., art 706-73 et 706-73-1
[345] C. pr. pén., art 706-81
[346] C. pr. pén., art. 706-81, al. 2 *in fine*
[347] CEDH, art. 6§1
[348] La provocation de l'élément probatoire doit impérativement être distinguée d'une provocation de l'infraction elle-même. V. en ce sens : Cass. ch. réunies 31 janv. 1888, S. 1889. 1. 241, affaire dite « Wilson » ; Cass. crim. 16 mars 1972, Bull. crim., n° 108 ; Cass. crim. 4 juin 2008, n° 08-81.045

restriction proportionnée des libertés et droits fondamentaux reconnus à la personne dont l'innocence présumée s'oppose – *inéluctablement*[349] – à en inciter le comportement infractionnel[350]. Le comportement infractionnel, provoqué par les agissements d'une autorité publique, détermine davantage la réalité de l'instinct humain, plutôt qu'une véritable tendance antisociale. La présomption d'innocence s'impose à l'enquêteur comme un postulat[351], qu'il ne peut remettre en cause par la provocation d'un fait infractionnel.

60. Mutation informatique de l'infiltration. – L'obtention d'un indice se complique lorsque l'infraction est commise au cours d'une conversation électronique, dont l'accès filtré et le caractère anonyme rendent l'activité occulte. Le livre IV du Code de procédure pénale introduit la faculté, pour l'enquêteur, d'infiltrer – *en opérant sous un pseudonyme* – les plates-formes de conversations électroniques, lorsqu'elles constituent le moyen de perpétrer les infractions légalement visées – *sans cohérence formelle* – dans des dispositions distinctes. Initialement créée par loi n° 2007-297 du 5 mars 2007[352], l'infiltration sous pseudonyme autorise l'enquêteur à participer activement aux conversations électroniques, nécessairement organisées de manière occulte[353], durant lesquelles il peut intercepter les éléments matériels à même de rendre possibles les faits infractionnels en lien avec la prostitution des mineurs[354], la mise en péril des mineurs[355] et la traite des êtres humains[356]. Destinée à provoquer la révélation des indices dissimulés au sein d'une activité occulte, l'infiltration sous pseudonyme ne doit jamais amener l'enquêteur à provoquer le comportement infractionnel de son interlocuteur[357]. Avec la volonté d'améliorer l'efficacité des investigations, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose d'étendre le recours à l'enquête sous pseudonyme pour tous les crimes et les délits lorsque ces infractions sont commises par un moyen de communication. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont

[349] A peine de nullité, les actes de l'autorité publique ne doivent jamais provoquer le comportement infractionnel d'une personne dont l'innocence – présumée – serait alors remise en cause.
[350] C. pr. pén., art. 706-81, al. 2 *in fine*
[351] La restriction des libertés et droits fondamentaux reconnus à la personne présumée innocente doit être justifiée et proportionnée par le risque pesant vraisemblablement sur l'intérêt général, les indices préalablement obtenus octroyant alors aux enquêteurs la possibilité d'utiliser des moyens d'investigation plus intrusifs, plus performants, sans pour autant remettre en cause la persistance d'une innocence présumée.
[352] Loi relative à la prévention de la délinquance.
[353] L'accès y est soumis à une invitation préalable, au moyen des pseudonymes utilisés comme identification de contact.
[354] C. pr. pén., art. 706-35-1, par renvoi aux articles 225-4-1, 225-4-8, 225-4-9, 225-5 et 225-6 du Code pénal
[355] C. pr. pén., art. 706-47-3, par renvoi aux articles 227-18 à 227-24 du Code pénal
[356] C. pr. pén., art. 706-35-1, par renvoi aux articles 225-12-1 à 225-12-4 du Code pénal
[357] C. pr. pén., art. 706-35-1 et 706-47-3, *in fine.* V. sur la nécessaire distinction entre la restriction des libertés individuelles conditionnée à l'existence d'indices préalable et la persistance d'une innocence présumée interdisant la provocation à l'infraction, notes 91 s.

prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[358]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité est en effet méconnu dès lors qu'une loi octroie au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, nécessaire afin de représenter une autorité judiciaire indépendante dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

§ 2 – La révélation de l'élément matériel par son élaboration

61. Progrès scientifique. – La spécialisation des connaissances autorise l'homme de l'art à expliquer les faits infractionnels, par l'interprétation de données en lien avec sa spécialité. Ainsi, la découverte du groupe sanguin octroie la faculté d'identifier la présence d'une personne sur les lieux de l'infraction. L'identification de l'individu est d'autant plus précise qu'elle peut résulter des données génétiques, laissées lors de son passage. Les données médicales traitées par le médecin légiste offrent à l'enquêteur la possibilité de connaître les causes d'une mort suspecte et, par la même, de savoir si cette dernière est le fruit d'un fait infractionnel. Par le savoir qu'il met en œuvre, l'homme de l'art est en mesure d'élaborer un indice.

62. Progrès technique. – Le progrès technique a engendré la numérisation des informations dans une société, d'ailleurs, de plus en plus informatisée. La mise en place de services télématiques utilisant une plate-forme informatique implique la création de données numériques. Il peut ainsi s'agir de données liées à l'utilisation du service lui-même, mais également de données accessoires, liées à la gestion du service. Par le service informatisé qu'il met en œuvre, le prestataire est en mesure d'élaborer un indice. Souhaitant l'obtenir, l'enquêteur devra recourir aux services du gestionnaire compétent pour les extraire. L'informatisation de l'activité humaine connaît également une répercussion dans la mise au point de composants électroniques. Ces derniers sont capables de transformer les informations qu'ils sont à même de traiter en données numériques. La numérisation de l'information facilite, en outre, son

[358] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

cryptage par le chiffrement des données numériques. Elles n'auront alors aucune signification, sans leur analyse par un technicien compétent pour les décrypter. Le socle du potentiel indice peut ainsi être élaboré au moyen de données préalablement extraites (A), tandis que le déchiffrement de données sera parfois un impératif à son appréhension matérielle (B).

A. L'élément matériel élaboré par extraction des données

63. Données numériques. – Le progrès technique a donné naissance à de nouveaux services, tels que la fourniture d'une connexion internet ou d'une ligne de téléphonie mobile. Leur mise en place s'accompagne d'un mode de gestion informatisé. Les données liées à l'utilisation des prestations fournies sont enregistrées au sein de fichiers. La pérennité du service peut également conduire le prestataire à enregistrer des données accessoires, liées à son fonctionnement. Inscrites au sein d'un système informatique, ces données demeurent cependant inaccessibles à l'enquêteur. Le recours au tiers gestionnaire, compétent pour les extraire, devient obligatoire afin de pouvoir les obtenir.

1. L'extraction de données opérée par le gestionnaire du service

64. Conservation numérique des données. – La numérisation de l'information contribue à l'essor des services de communication proposés par les opérateurs, fournisseurs d'une ligne téléphonique ou d'une connexion internet. La métamorphose des échanges explique la prolifération des données numériques. Le caractère sensible des données, issues de conversations menées à travers les réseaux, sous-entend leur pertinence pour l'enquêteur. Mémorisés au sein d'une base de données, ces indices demeurent toutefois inaccessibles à l'enquêteur s'il ne peut en exiger l'extraction.

65. Extraction des données numériques. – Bien conscient de l'intérêt que peuvent présenter les données créées par la mise en place des services de télécommunications, le législateur est intervenu avec la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003[359] pour autoriser les enquêteurs à requérir leur transmission par le gestionnaire du service concerné[360]. Au moyen de leur extraction préalable, les gestionnaires du service doivent mettre à disposition de l'enquêteur les données issues des systèmes informatiques qu'ils administrent. Par ailleurs, si les données requises dépendent d'un opérateur de télécommunication, le législateur réglemente

[359] Loi pour la sécurité intérieure
[360] C. pr. pén., art. 60-1, devenu art. 60-2 par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

– *sur autorisation d'un magistrat* – non plus seulement leur extraction, mais encore leur conservation au sein des bases de données. Initialement autorisée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004[361], la réquisition de documents susceptibles d'intéresser l'enquête a connu, avec la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014[362], un important élargissement de son domaine, incluant désormais toutes les informations susceptibles d'intéresser l'enquête[363]. Ayant depuis l'origine fait référence aux documents issus d'un système informatique, la réquisition permettait alors la transmission à l'enquêteur des impressions-écran, où les données numériques affichées à l'écran étaient imprimées sur un document papier. Modernisation des échanges oblige, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007[364] a explicitement intégré la transmission des documents requis sous forme numérique. Ainsi, ces éléments n'ont plus à être imprimés et peuvent être joints – *en tant que donnée numérique* – aux échanges électroniques entre l'enquêteur et le détenteur originel de l'élément. Malgré la référence aux données numériques, la réquisition de documents reste distincte des réquisitions – *dites informatiques* – dont le champ se concentre sur les informations contenues dans un système informatique. Si la numérisation de l'information a conduit les parlementaires à étendre, lors des débats sur la loi de 2014, le champ d'application de la réquisition de documents à toutes les informations intéressant l'enquête, il n'en demeure pas moins qu'une telle extension produit une confusion avec les réquisitions légalisées dès 2003 pour permettre à l'enquêteur d'obtenir une information contenue dans un système informatique. L'incertitude concernant l'atteinte portée aux intérêts de la société soumet l'extraction de données, requise durant l'enquête de flagrance, à l'autorisation du procureur de la République[365]. La même autorisation est exigée lorsque la demande d'extraction, durant l'enquête de flagrance, vise les données élaborées par l'opérateur d'un service de télécommunications[366], tandis que celle du Juge des Libertés et de la Détention saisi à cette fin par le procureur de la République est nécessaire lorsque l'opérateur est requis durant l'enquête de flagrance[367].

[361] Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[362] Loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme
[363] C. pr. pén., art. 60-1
[364] Loi relative à la prévention de la délinquance
[365] C. pr. pén., art. 77-1-1
[366] C. pr. pén., art. 60-2 al. 2
[367] C. pr. pén., art. 77-1-2

Dans l'optique de généraliser le recours aux personnes qualifiées, le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose d'étendre les prérogatives reconnues aux agents de police judiciaire en leur permettant d'effectuer des réquisitions judiciaires – sur le fondement de l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale – à la manière de celles actuellement réservées aux officiers de police judiciaire. Une crainte peut néanmoins subsister quant au respect effectif des libertés fondamentales lorsque les réquisitions concernent, notamment, un système de traitement de données personnelles, dès lors que le contrôle dépend du seul ministère public. Son autorisation serait d'ailleurs supprimée dans le cas d'une réquisition adressée à un organisme public ou dont le coût serait inférieur à un montant préalablement fixé par décret.

2. L'extraction de données opérée par le traitement électronique

66. Perception assistée par électronique. – La numérisation de l'information s'inscrit dans le développement de composants électroniques, capables de transformer en données numériques les stimulations auxquelles ils sont sensibles. Le processeur intégré détermine le champ d'utilisation du composant, les informations qu'il peut traiter, ainsi que les données qu'il est susceptible d'élaborer.

67. Détermination électronique de la vitesse. – L'utilisation, par les forces de l'ordre, d'un instrument de mesure homologué[368] facilite l'obtention d'un indice, capable de faire apparaître le dépassement d'un seuil légalement autorisé. Le cinémomètre, utilisé lors des contrôles routiers[369], mesure la vitesse des véhicules qu'il perçoit électroniquement par l'intermédiaire de ses capteurs. La vitesse des véhicules constitue ainsi le flux informationnel d'entrée, qu'il traite de manière binaire avant d'en extraire une donnée numérique, en l'occurrence une mesure exprimée en kilomètres par heure. La liberté probatoire, propre à la matière pénale, ne peut interdire à l'enquêteur de recourir à d'autres procédés d'investigation[370] à même de faire apparaître le dépassement de vitesse infractionnel[371]. L'extraction d'une donnée numérique, au moyen du traitement électronique, octroie indéniablement une précision que ni les sens

[368] Crim. 11 déc. 1985, Bull. crim. n° 400 ; Crim. 29 avr. 2009, n° 08-87.235
[369] Arr. 7 janv. 1991 relatif à la construction, au contrôle et aux modalités techniques d'utilisation des cinémomètres de contrôle routier
[370] Cass. crim. 7 avr. 1987, *Jur. auto* 1987. 328 ; Cass. crim. 19 avr. 1988, *Jur. auto* 1988. 337 ; Cass. crim. 5 févr. 1992, n° 91-82.658, *Jur. auto* 1992. 289 ; Cass. crim. 3 juin 1992, *Jur. auto* 1992. 413
[371] Cass. crim. 29 sept. 1999, *D*. 2000. 374, note CERE; *Dr. pénal* 2000, comm. 31, obs. ROBERT

humains[372] ni les outils analogiques[373] ne peuvent concurrencer. La quête de précision dans l'étendue du dépassement de vitesse autorisée s'explique par la sanction pénale qu'elle détermine. L'apparition des cinémomètres automatiques confère à l'Officier de police judiciaire le rôle d'un contrôleur. L'identification de l'auteur d'un excès de vitesse est désormais le fruit d'un traitement électronique des informations perçues, croisées entre elles par le jeu d'un algorithme informatique. A cette fin, la prise de vue utile à la révélation de l'immatriculation du véhicule ne pourrait être considérée comme une ingérence injustifiée à la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[374]. Désormais, ce n'est plus le cinémomètre qui assiste la perception de l'homme – *afin d'en améliorer la précision* – mais l'homme qui contrôle la perception réalisée par la machine.

68. Détermination électronique de l'alcoolémie. – L'impossibilité pour l'enquêteur de déterminer, à travers ses sens, le taux d'alcool absorbé par le conducteur d'un véhicule impose l'utilisation d'un procédé d'investigation adapté[375]. Si l'imprégnation alcoolique apparaît au moyen d'un dépistage opéré par éthylotest[376], son évaluation exige la mise en œuvre d'un procédé de mesure. La rigueur de la répression est liée à l'importance de l'absorption d'alcool[377]. La présence d'un double seuil correspond au procédé d'investigation distinctement utilisé pour révéler l'alcoolémie[378]. Les analyses et examens médicaux, cliniques et biologiques, permettent l'élaboration d'une mesure de concentration d'alcool en milligramme par litre de sang. Exigeant le recours à un homme de l'art, compétent pour interpréter le prélèvement d'un échantillon sanguin[379], les analyses constituent un procédé subsidiairement mis en œuvre lorsque l'enquêteur ne parvient pas à utiliser l'éthylomètre[380]. Appareil homologué[381], capable de déterminer la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré,

[372] S'agissant d'un calcul de distance effectué par les agents de police : CA Toulouse, 23 mars 2000, *JCP* 2001. IV. 1131
[373] En l'espèce le tachymètre d'un véhicule : Cass. crim. 5 févr. 1992, *Jur. auto* 1992.289
[374] Cass. crim. 12 juin 1996, inédit, Jurifrance
[375] C. route, art. L. 234-1 et R. 234-1
[376] C. route, art. L 234-3, L. 234-9
[377] Le délit de conduite sous l'influence de l'alcool est caractérisé par la mesure d'une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 gramme par litre de sang ou lorsque la concentration d'alcool dans l'air expiré est égale ou supérieure à 0,40 milligramme par litre (C. route, art. L. 234-1). Le fait est contraventionnel lorsque la mesure de concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,50 gramme par litre de sang ou si la concentration dans l'air expiré est égale ou supérieure à 0,25 milligramme, dans la limite des seuils fixés par l'article L. 234-1 (C. route, art R. 234-1).
[378] C. route, art. L 234-4, L. 234-9
[379] C. route, art. L 234-5
[380] C. route, art L. 234-9, V. également : Circ. 9 janv. 1989, JO 23 mars, p. 3824
[381] C. route, art. R. 234-2

l'éthylomètre extrait instantanément une mesure numérique, exprimée en gramme par litre d'air expiré.

69. Détermination électronique des déplacements. – La géolocalisation consiste dans l'élaboration de coordonnées géographiques, au moyen d'un récepteur électronique de signal, qu'il s'agisse du signal GPS ou du signal GSM, lorsqu'une triangulation par croisement des antennes relais est possible. L'équité procédurale soumettrait le suivi des déplacements de personnes surveillées à l'existence d'une justification légalement encadrée[382]. La réglementation du procédé de géolocalisation n'interviendra qu'en 2014, par la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014[383]. Le champ du recours est délimité[384], d'abord par la peine d'emprisonnement[385], ensuite par la forme spécifique de l'infraction[386] et enfin, par la combinaison d'infractions déterminées dont le quantum de la peine excède une certaine durée[387]. En raison d'un encadrement légal inexistant, les premières décisions prétoriennes[388] avaient souhaité soumettre la surveillance par géolocalisation au contrôle d'un juge indépendant[389]. Le législateur n'a pas reconduit cette exigence. Le recours à la localisation en temps réel durant les enquêtes de police demeure sous l'autorisation initiale du procureur de la République[390]. La décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la validité d'une surveillance par géolocalisation[391] a, sans doute, conforté le législateur dans ses choix. Plus nuancés dans leur analyse que ne l'était la chambre criminelle de la Cour de cassation[392], les juges de Strasbourg considèrent l'atteinte engendrée par la mise en place du procédé de géolocalisation sur la vie privée des personnes visées compatible avec l'absence d'indépendance du parquet. La subordination statutaire empêche, certes, de reconnaître la qualité d'autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la *Conv. EDH* relativement au seul

[382] CEDH 2 sept. 2010, Uzun c/ Allemagne, req. n° 35623/05, *Dalloz actualité*, 20 sept. 2010, obs. LAVRIC ; *D*. 2011. 724, note MATSOPOULOU ; *RSC* 2011. 217, obs. ROETS ; *JCP* 2010. 905, obs. GRABARCZYK ; *JCP* 2011. 94, obs. SUDRE
[383] Loi relative à la géolocalisation.
[384] C. pr. pén., art. 230-32
[385] La mise en œuvre d'un dispositif de géolocalisation est possible lorsque l'enquête ou l'instruction porte sur un crime ou à un délit puni d'un emprisonnement d'au moins cinq ans.
[386] L'enquête ou l'instruction est relative, soit à la recherche des causes de la mort, ou de la disparition, prévue aux articles 74, 74-1 et 80-4 du Code de procédure pénale, soit à l'infraction présumée de recel de malfaiteurs prévue par l'article 434-6 du Code pénal, soit à l'infraction présumée d'évasion prévue par l'article 434-27 du Code pénal.
[387] L'enquête ou l'instruction portent sur un délit puni d'un emprisonnement d'au moins 3 ns, prévu au livre II du Code pénal, relatif aux atteintes aux personnes.
[388] PRADEL, De la géolocalisation en procédure pénale, *JCP* 2014, n° 77
[389] Crim. 22 oct. 2013, n° 13-81.945 et n° 13-81.949, *Dalloz actualité*, 5 nov. 2013, obs. BOMBLED ; *AJ pénal* 2013. 668, obs. ASCENSI ; MATSOPOULOU, L'illégalité des surveillances par « géolocalisation » autorisées par le ministère public, *D*. 2014. 115
[390] C. pr. pén., art. 230-33, 1°
[391] CEDH, *Uzun c/ Allemagne*, 5e sect., 2 sept. 2010, n° 35623/05, D. 2011, p. 724 note MATSOPOULOU
[392] Crim. 22 oct. 2013, *D*. 2014, note MATSOPOULOU ; V. aussi, Crim. 19 nov. 2013, n° 13-84.909

contrôle d'une mesure privative de liberté, mais n'interdit en rien l'autorisation, ou le contrôle, d'un acte d'enquête, lorsque ce dernier n'engendre pas d'atteinte grave aux libertés individuelles. Ce faisant, la loi du 28 mars 2014[393] relative à la géolocalisation prévoit un nouveau dispositif destiné à obtenir des indices sur le positionnement géographique d'un individu, selon autorisation du procureur de la république pour une durée maximale de 15 jours, sur autorisation du juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République pour une durée maximale d'un mois renouvelable, ou sur autorisation du juge d'instruction pour une durée maximale de quatre mois renouvelable. La nécessité de circonscrire au mieux la restriction des libertés qu'impose la surveillance localisée en temps réel conditionne la poursuite des opérations durant l'enquête à l'autorisation du juge des libertés et de la détention, lorsqu'elles excèdent quinze jours. La gravité de l'atteinte vraisemblablement portée aux intérêts de la société modifie la physionomie du régime, justifiant la mise en place du procédé en dehors des heures légales de perquisition[394], lequel peut alors être prescrit par le seul officier de police judiciaire[395] et dont la durée de surveillance culmine à quatre mois renouvelable lorsqu'elle a lieu durant une information judiciaire[396]. Face à l'ampleur croissante des pouvoirs octroyés aux magistrats du parquet, l'intervention ponctuelle du Juge des libertés et de la détention – *représentant d'une autorité judiciaire chargée de garantir les libertés individuelles* – demeure bien mince. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice tend à poursuivre la tendance d'un appauvrissement de l'instruction – *devenue trop coûteuse* – au profit d'une montée en puissance de l'enquête, à travers l'élargissement du champ des mesures policières. Les procédés de géolocalisation, de perquisition ainsi que les interceptions par voie de communications électroniques se verraient autorisés dès qu'elles porteraient sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement. Malgré cette hégémonie du parquet durant l'enquête, la réforme passe sous silence la nécessité d'autoriser le Juge des libertés et de la détention à intervenir dès les premiers temps des investigations, aux fins de se dresser en garde-fou utile. Surtout, l'absence d'indépendance du ministère public soulève des interrogations – *légitimes* – au regard des pouvoirs dont il dispose et qui ne peuvent, à l'heure actuelle, être valablement contrebalancés par un véritable « juge de l'enquête » resté aux abonnés absents. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures

[393] Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation
[394] C. pr. pén., art. 230-34
[395] C. pr. pén., art. 230-35
[396] C. pr. pén., art. 230-33, 2°

policières[397]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était inévitablement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un « juge de l'enquête » à part entière demeure, plus que jamais, indispensable afin de représenter l'autorité judiciaire dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

B. L'élément matériel élaboré par déchiffrement des données

70. Assistance d'un tiers expérimenté. – Si certains procédés d'investigation tendent à améliorer la perception de l'enquêteur, en décuplant les sens dont il dispose, ils ne permettent toutefois pas de combler l'absence de connaissances. Par l'interprétation des données qu'il opère, l'homme de l'art déchiffre les données jusqu'alors inaccessibles à l'enquêteur, et élabore ainsi un indice. Par le décryptage des données qu'il opère, le technicien déchiffre un matériel probatoire utile à l'enquêteur.

1. Le déchiffrement des données opéré par interprétation

71. Interprétation d'un sachant. – Par l'interprétation des données qu'il met en œuvre à l'aune de sa spécialité, l'homme de l'art élabore un indice[398]. Selon le stade procédural au cours duquel la question de l'interprétation de données se pose, l'appel à un tiers spécialiste connaît un régime différencié. Lorsqu'il a lieu durant l'enquête, le recours à un spécialiste compétent s'effectue au moyen d'une réquisition à personne qualifiée[399]. En revanche, le déchiffrement de données obscures pour le profane nécessitera d'ordonner une expertise lorsque la question se pose au cours d'une information judiciaire[400].

[397] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[398] HÉLIE, Traité de l'instruction criminelle, t. IV, n° 1889 ; GARRAUD, Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale, 6 vol., 1906 à 1929, Sirey ; vol. 1, n° 318
[399] C. pr. pén., art. 60 et 77-1 : Lorsqu'il se déroule au cours d'une enquête préliminaire, l'article 77-1 du Code de procédure pénale soumet toutefois le recours à l'autorisation du procureur de la République.
[400] C. pr. pén., art. 156, al. 1er

72. Cadre du recours au sachant. – L'abrogation de la condition d'urgence antérieurement exigée[401] pour recourir à une personne qualifiée durant l'enquête a permis de réduire la distinction avec l'expertise. Conformément à la lettre du texte, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a – *par une décision en date du 14 septembre 2005*[402] – rappelé l'identité des misions pouvant être confiées tant à l'expert, qu'à la personne qualifiée. Dès lors, la mission confiée à l'homme de l'art consiste dans l'interprétation de données, à travers le prisme des connaissances sous-entendues par sa spécialité[403]. Un même tiers peut intervenir en tant que manouvrier – *lorsque son savoir-faire est requis à l'exécution d'une technique*[404] – ou en tant que sachant – *lorsque son savoir est requis à l'explication d'un fait*[405].

73. Dialogue juridico-scientifique. – Qu'il s'agisse du stade de l'enquête ou de celui de l'instruction, le recours à l'homme de l'art implique l'existence d'une question située en dehors du champ de compétence des enquêteurs. Qualifiées de questions techniques par le législateur[406], les interrogations de l'enquêteur demandent une véritable explication, fondée sur l'interprétation de données que seul un homme de l'art serait à même de fournir. Néanmoins, si l'homme de science interprète les données pertinentes dans son domaine de spécialité, l'homme de droit conserve sa suprématie dans l'interprétation juridique des faits. Les répercussions en droit, d'une interprétation scientifiquement donnée aux faits, ne peuvent résulter de la seule compétence du juge. Stricte en théorie, la frontière entre les attributions de l'homme de science, et celles de l'homme de droit s'amenuiserait inévitablement si la solution pénale, rendue par le juriste, trouve sa source dans l'interprétation révélée par le scientifique. La mise en œuvre d'une contradiction dans l'interprétation des données, au moyen d'un recours à plusieurs sachants, apparaît comme une solution destinée à émanciper l'homme de droit de l'hégémonie dont bénéficie l'homme de science. Bien que la phase procédurale au sein de laquelle intervient le sachant – *personne qualifiée ou expert* – n'ait aucune incidence sur l'étendue des missions susceptibles de lui être confiées, elle influence nécessairement l'étendue des droits en présence. L'expertise ordonnée durant l'information se distingue des réquisitions ayant lieu au cours de l'enquête par l'existence de véritables droits conférés aux parties. Parmi

[401] Abrogation par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.
[402] Crim. 14 sept. 2005, n° 05-84.021, Bull. crim., n° 226
[403] Crim. 6 oct. 1986, Bull. crim. n° 270; Crim. 20 déc. 1972, Bull. crim. n° 295; Crim. 9 juill. 2003, *JCP* 2003. IV. 2672
[404] Crim. 5 mai 1959, Bull. crim. n° 242; Crim. 20 janv. 1972, Bull. crim. n° 30; Crim. 7 juin 1988, Bull. crim. n° 258; Crim. 18 juin 2002, n° 01-86.098, Bull. crim., n° 136, *Dr. pén*. 2003, chron. 6, obs. MARSAT ; Crim. 23 mai 2006, n° 06-81.705 ; Crim. 4 nov. 2010, n° 10-84.389, *Dalloz actualité*, 7 janv. 2011, obs. GIRAULT
[405] LETURMY, De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale, *AJ pénal* 2006. 58
[406] C. pr. pén., art. 158

eux, le droit à une procédure contradictoire – *présent à l'article préliminaire du Code de procédure pénale* – a trouvé une répercussion dans l'expertise avec la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007[407]. De prime abord difficile à mettre en œuvre, la contradiction insufflée à l'expertise tend à démontrer que le maintien d'un équilibre procédural reste bénéfique à la recherche de la vérité. Dans le cas de l'expertise, le contradictoire se comprend davantage comme un droit à l'information, avec un rôle de filtre joué par le magistrat instructeur.

2. Le déchiffrement des données opéré par décryptage

74. Appréhension des informations numériques. – L'essor des échanges électroniques, et la démocratisation des logiciels de création de documents au format numérique entraînent une mutation dans l'appréhension des indices. Pourtant, si l'outil informatique favorise la création d'informations pertinentes pour l'enquêteur, il facilite également le cryptage des données. Ces dernières n'ont aucune signification pour l'enquêteur ne disposant pas du savoir-faire nécessaire pour les déchiffrer. La mise au clair des informations oblige de recourir à un tiers. Conscient du potentiel que peuvent présenter les données dans la manifestation de la vérité, le législateur[408] a permis la réquisition, sur autorisation du magistrat[409], d'un tiers compétent pour déchiffrer celles ayant préalablement été cryptées[410]. Bien que la version décodée du fichier puisse être élaborée par toute personne physique ou morale compétente, la gravité de l'infraction[411] – *présumée durant l'enquête ou l'instruction* – justifie le recours aux moyens de l'État soumis au secret de la défense nationale[412]. Le décret n° 2002-1073 du 7 août 2002 désigne ainsi le service technique d'assistance (CTA) en tant qu'organisme technique chargé d'élaborer la mise en clair des données chiffrées, lequel doit être saisi par réquisition adressée à l'Office central contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC). La prégnance de l'atteinte portée aux intérêts de la société, à travers la gravité de l'infraction présumée, conditionne ainsi l'importance des moyens d'investigation.

[407] Loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale
[408] Depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.
[409] La réquisition est soumise à l'autorisation du procureur de la République durant l'enquête, et à celle du juge d'instruction durant l'information judiciaire.
[410] C. pr. pén., art. 230-1
[411] Lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement.
[412] C. pr. pén., art. 230-2

A ce titre il est intéressant de considérer l'utilisation de l'*IMSI Catcher*, procédé d'investigation issu de la loi 24 juillet 2015[413] dans le cadre des enquêtes administratives, en lien avec le renseignement, puis autorisé avec la loi du 3 juin 2016[414] dans le cadre judiciaire, dès que l'enquête ou l'information concerne la délinquance ou la criminalité organisée. L'article 706-95-4 du Code de procédure pénal réglemente ainsi la mise en place d'appareils simulant l'antenne relais d'un opérateur téléphonique mobile, afin de permettre aux autorités d'intercepter toutes les données de communications (conversations, messages, position) transmises par l'intermédiaire du numéro *IMSI* (International Mobile Subscriber Identity) présent au sein de toute carte SIM. Pour autant, et malgré le risque d'atteinte porté par l'utilisation d'un tel procédé envers les libertés individuelles, il n'est pas possible de restreindre le champ d'interception à un seul *IMSI*, de sorte que l'ensemble des abonnés connecté au réseau factice pourra être espionné. Plus grave encore, cette interception pourrait s'avérer impossible en cas de cryptage des données obtenues. C'est qu'en effet, nombreuses sont les applications de communication utilisant une clé de cryptage, de manière à sécuriser les échanges entre leurs utilisateurs, fussent-ils frauduleux. Le chiffrement de bout en bout appliqué aux conversations rend ainsi nécessaire la réquisition aux services concernés, dont la tâche demeurera complexe en raison du cryptage dynamique utilisé. En ce sens, l'extension du régime légal – *telle qu'elle est proposée par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice* – inquiète dans la mesure où il serait, désormais, possible d'autoriser la mise en place d'un *IMSI Catcher* au cours des enquêtes portant sur un crime et ce, alors même qu'il est impossible de restreindre l'interception aux seules personnes mises en cause, tandis qu'un échange crypté pourra difficilement être exploitable sans clé de déchiffrement. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[415]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité en effet méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » devient, plus que jamais, indispensable afin

[413] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
[414] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[415] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

de représenter une autorité judiciaire indépendante dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

Section 2 – Les moyens destinés à recueillir un indice

75. Existence procédurale de l'indice. – Par son recueil, l'élément matériel devenu tangible aux yeux de l'enquêteur connaît une existence procédurale. Selon que l'élément matériel dispose ou non d'une réalité corporelle, le procédé utilisable pour permettre son appropriation physique au sein de la procédure sera différent. Afin d'être appréhendé procéduralement, l'indice doit parfois être préalablement retranscrit au sein d'un support de destination. Lorsque c'est en vertu de son corps que l'indice est capable de rendre possible le fait infractionnel, l'enquêteur souhaitant le recueillir devra utiliser un procédé destiné à le prélever. Destiné à conserver l'indice à disposition de la procédure, son recueil impose, en outre, qu'il soit protégé. La réalité corporelle peut conditionner l'existence même de l'indice, dont il convient d'en préserver l'intégrité. L'informatisation de nos sociétés implique par ailleurs d'archiver un important nombre d'indices au sein de multiples bases de données. Qu'il s'agisse d'appréhension physique (§1), ou d'archivage conservatoire (§2), le recueil de l'élément matériel permet d'en assurer son exploitation – *présente ou future* – par la procédure pénale.

§ 1 – L'appréhension physique de l'élément matériel

76. Adaptation à la réalité corporelle du contenant formel. – Le recueil de l'indice en autorise l'exploitation juridique, au moyen de son appropriation physique. Selon que le contenant formel de l'indice dispose ou non d'une réalité corporelle, le moyen d'investigation permettant son recueil au sein de la procédure sera différent. Lorsque l'indice dispose d'une réalité corporelle d'une part, son appréhension physique exige qu'il soit prélevé. Dans ce cas, l'élément matériel est un corps qui rend possible le fait infractionnel. Ce dernier doit être extrait afin d'être intégré dans la procédure. Toutefois, le caractère corporel de l'indice engendre une fragilité qui implique d'en préserver l'intégrité. Lorsque l'indice dispose d'une réalité incorporelle d'autre part, son existence peut être considérée comme intellectuelle. Dans ce cas, son appréhension procédurale exige sa retranscription sur un support. L'écrit se place au centre de la procédure pénale et constitue, par conséquent, le support de prédilection permettant la retranscription de l'indice. Néanmoins, la réglementation des moyens de recueil audio-visuels

au sein du Code de procédure pénale a engendré l'instauration d'une retranscription par numérisation. L'appréhension de l'indice au sein de la procédure permet de lui conférer une existence juridique, en lui octroyer un support juridique d'une part (A), ou en veillant à l'intégrité du support corporel qu'il possède déjà d'autre part (B).

A. L'octroi d'un support à l'élément matériel

77. Retranscription écrite. – Lorsqu'il n'est pas palpable physiquement, l'appréhension de l'indice au sein de la procédure exige qu'un support juridique lui soit attribué. La suprématie de l'écrit, au stade préparatoire du procès pénal, semble imposer ce mode de recueil.

78. Retranscription numérique. – La récente réglementation des moyens audio-visuels au sein du Code de procédure pénale confère de nouvelles possibilités pour recueillir l'indice. La retranscription s'effectue par un enregistrement sur un support, et non plus seulement par écrit au sein d'un procès-verbal. De la même manière, le recueil de données informatiques oblige leur retranscription sur un support de stockage numérique. La numérisation des informations s'immisce dans la retranscription des indices et représente un moyen de recueil subsidiaire.

1. La suprématie d'une retranscription par écrit

79. Suprématie du procès-verbal. – Document majeur de la procédure pénale, le procès-verbal représente l'écrit au sein duquel sont recueillies les diligences et les constatations d'un agent de police. Supposant l'existence de compétences matérielles et territoriales adéquates, le procès-verbal ne constitue pas l'unique support de retranscription. Le rapport devient aussi un moyen, pour l'enquêteur non habilité à dresser procès-verbal, de conserver une trace écrite. Le rapport de synthèse, adressé au magistrat directeur de l'enquête, connaît une autre utilité. Il consiste pour l'agent de police à exposer une synthèse du cheminement procédural poursuivi. Destiné à faciliter la prise de connaissance du dossier de la procédure par le magistrat, ce procédé ne peut se confondre avec ceux destinés à recueillir un indice. De toute évidence, la concomitance – *exigée par principe* – entre l'action policière et l'établissement d'un écrit s'accommode mal des contraintes matérielles rencontrées en pratique. Afin de pallier la difficulté, le carnet de déclarations – *réglementairement coté et paraphé* – désigne un support écrit transitoire, préalable à la rédaction finale du procès-verbal. Il s'agit pour l'enquêteur d'éviter l'oubli préjudiciable de détails concernant les indices révélés. Retranscrits par la suite

au sein du procès-verbal, ils devront être accompagnés des mentions nécessaires à la justification du cadre procédural au cours duquel leur révélation est intervenue.

80. Support du cheminement procédural. – L'opération de police judiciaire ayant permis la révélation d'un indice trouve, dans le procès-verbal, le fondement écrit de sa mise en œuvre. Devenant le support de la procédure, le procès-verbal apporte une justification procédurale, par lui-même et en lui-même. Par lui-même d'une part, le procès-verbal autorise l'enquêteur – *en raison de l'indice y étant retranscrit* – à déterminer la mesure procédurale adaptée à l'apparence qu'il engendre. En lui-même d'autre part, le procès-verbal autorise l'enquêteur – *en raison des diligences y étant retranscrites* – à mettre en œuvre le procédé d'investigation. Support écrit justifiant le cheminement procédural durant la mise en état, le procès-verbal doit présenter des conditions de forme et de traçabilité destinées à en assurer tant l'intelligibilité[416], que la conservation[417].

81. Affectation du procès-verbal. – Le procès-verbal de constatation retranscrit l'ensemble des indices perçus par l'enquêteur, selon ses propres sens ou à l'aide d'un procédé d'investigation. Intervenant ultérieurement à la commission des faits infractionnels, les indices se trouvant sur la scène du crime devront être mentionnés au sein du procès-verbal. La retranscription de leur description doit s'accompagner des diligences entreprises afin de les identifier – *au moyen d'un recours aux services de l'identité judiciaire* – et de les saisir préalablement à leur mise sous scellés. L'écrit est également utilisé par l'agent pour recueillir les réponses données par les personnes, paraissant avoir participé à l'infraction, auxquelles ont été présentés les éléments corporels retrouvés sur les lieux de l'infraction. Le procès-verbal d'audition consiste, pour l'enquêteur, à y retranscrire l'indice obtenu durant l'audition ou l'interrogatoire. Formellement, la mise entre guillemets des déclarations de la personne interrogée, ou auditionnée, permet d'identifier plus aisément la substance de l'écrit. Obligatoire depuis la loi du 15 juin 2000, la retranscription des questions posées par l'enquêteur[418] s'inscrit dans une volonté légale de rendre la procédure plus objective. Le procès-verbal de perquisition connaît, d'ailleurs, le même impératif de transparence, le consentement exprès de la personne

[416] V. en ce sens C. pr. pén., art. 107, prohibant au sein du procès-verbal d'audition la présence d'interlignes, les ratures et renvois devant être approuvés par le juge d'instruction, greffier ou témoin. Les blancs de fin de ligne doivent par ailleurs être comblés par des pointillés et il en va de même des blancs de début d'alinéa.
[417] Le numéro d'affaire – tiré d'un registre inhérent aux services dont l'agent fait partie – suivi d'une cote et du nom de la personne mise en cause figurent au titre des mentions facilitant le classement et l'archivage des procès-verbaux.
[418] C. pr. pén., art. 429, V. en ce sens, Crim. 30 janv. 2007, n° 06-88.284, Bull. crim. n° 22 ; *Gaz. Pal*. 30-31 mars 2007, p. 22

faisant l'objet de la mesure étant obligatoirement mentionné, avant sa mise en œuvre au cours d'une enquête préliminaire[419]. Conditionnée à l'existence d'un assentiment rédigé par la personne elle-même, la perquisition durant l'enquête préliminaire trouve sa justification dans le procès-verbal placé en annexe[420]. La présence d'indices dissimulés au sein du lieu faisant l'objet de la perquisition impose d'en mentionner l'existence au sein du procès-verbal. Les réponses données par le maître des lieux interrogé sur leur origine ainsi que l'usage qu'il en aurait fait seront également retranscrites.

2. L'incursion d'une retranscription par numérisation

82. Gain d'objectivité. – L'écrit permet le recueil des indices, lesquels doivent être accompagnés des diligences procédurales justifiant leur mise en lumière. L'instauration par le législateur de moyens audio-visuels destinés à enregistrer tant les mineurs – *victimes*[421] *ou gardés à vue*[422] – que les interrogatoires en matière criminelle – *durant la garde à vue*[423] *ou devant le juge d'instruction*[424] – semble marquer un pas vers la quête d'objectivité dans la recherche de la vérité. La parole n'est plus retranscrite par la main de l'homme, sur un support écrit, mais par sa numérisation électroniquement réalisée sur un support d'enregistrement.

83. Enregistrement de l'élément matériel. – La mise en œuvre du procédé d'enregistrement suppose, en pratique, l'installation d'une caméra vidéo reliée à un ordinateur. Le procédé de retranscription par numérisation se distingue des procédés de télé-audition[425], destinés à faciliter la mise en œuvre de la procédure en permettant l'audition, l'interrogatoire ou encore la confrontation en plusieurs points du territoire de la République. Apparu avec la loi du 15 juin 2000, l'enregistrement audio-visuel des interrogatoires visait, exclusivement, à recueillir la parole des mineurs révélée au cours de leur garde à vue[426]. L'admission, plus étendue, d'un procédé de recueil de l'élément matériel par retranscription numérique sera l'œuvre de la loi du 5 mars 2007, ne visant toutefois que les seuls interrogatoires en matière criminelle[427]. Entré en vigueur le 1er juin 2008, l'enregistrement des interrogatoires en garde à

[419] C. pr. pén., art. 76
[420] Crim. 28 janv. 1987, Bull. crim., n° 48, *D*. 1987.258, note AZIBERT
[421] C. pr. pén., art. 706-52
[422] Ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945, art. 4
[423] C. pr. pén., art. 64-1
[424] C. pr. pén., art. 116-1
[425] C. pr. pén., art. 706-71
[426] Ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945, art. 4
[427] C. pr. pén., art. 64-1

vue, lorsqu'ils concernent la matière criminelle,[428] est introduit en parallèle de l'enregistrement des interrogatoires de première comparution devant le juge d'instruction, lorsqu'ils concernent également la matière criminelle[429]. La généralisation de l'outil numérique tend à rendre la procédure pénale plus objective, conformément aux travaux de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau. L'enregistrement de l'interrogatoire en matière criminelle[430] devient obligatoire, qu'il ait lieu en garde à vue ou dans le cabinet du juge[431], lors de l'interrogatoire de première comparution de la personne mise en examen. La consultation de l'enregistrement ne demeure toutefois possible qu'en cas de contestation du support écrit[432].

84. Subsidiarité de la numérisation. – L'impossibilité technique d'effectuer la retranscription de la parole par son enregistrement sur un support numérique – *en raison du nombre de personnes interrogées, ou en raison d'un dysfonctionnement imputable au dispositif lui-même*[433] – autorise par exception son recueil par écrit. Le procès-verbal mentionnera alors d'une part, la désignation par le magistrat des personnes ne faisant pas l'objet d'un interrogatoire enregistré, et d'autre part, l'explication par l'officier de police judiciaire de la nature du dysfonctionnement. Bien qu'elle ne puisse remplacer le recueil de l'élément matériel au sein d'un procès-verbal, la retranscription au moyen de sa numérisation revêt une importance suffisante pour que son omission injustifiée soit considérée comme une atteinte aux intérêts de la personne interrogée[434]. L'exclusion initiale – *lors de l'extension par le législateur de 2007 du procédé d'enregistrement au domaine criminel* – des personnes mises en cause pour des infractions en lien avec la criminalité organisée, ou l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation,[435] a d'ailleurs été censurée par le Conseil constitutionnel. Une telle exception méconnaissait inévitablement le principe d'égalité, par la différence de traitement qu'elle instaure entre les personnes suspectées d'avoir commis un crime[436]. Faisant suite à cette décision, la Cour de cassation conditionnait, toutefois, l'application de la solution dégagée aux

[428] C. pr. pén., art. 64-1
[429] C. pr. pén., art. 116-1
[430] Crim. 2 déc. 2009, n° 09-85.103, Bull. crim. n° 201 ; *D*. 2010. 211 obs. GIRAULT ; *AJ pénal* 2010. 200, obs. DUPARC
[431] Crim. 13 mai 2015, n° 14-87.534, *AJ pénal* 2015. 438, obs. GIRAULT : entendu en tant que local au sein duquel le magistrat accomplit, de manière permanente ou occasionnelle, les actes imposés par sa fonction.
[432] C. pr. pén., art. 64-1, al. 2
[433] Crim. 4 nov. 2010, n° 10-85.279, Bull. crim. n° 176
[434] Crim. 4 nov. 2010, n° 10-85.279, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, obs. LENA
[435] C. pr. pén., art. 64-1 al. 7 et 116-1 al. 7
[436] Cons. const. 6 avr. 2012, n° 2012-228/229 QPC, *D*. 2012. Actu. 1010, obs. LENA ; *D*. 2012. 1377, note COURTIN ; *AJ pénal* 2012. 423, obs. PERRIER ; *Dr. pénal* 2012. 7, obs. LESCLOUS

seuls interrogatoires intervenus postérieurement[437]. Malgré la contrainte matérielle liée à la mise en œuvre du procédé de recueil par enregistrement, l'informatisation de l'institution judiciaire commande au législateur de généraliser, à tous les interrogatoires et auditions, des procédés de retranscription par numérisation de l'élément matériel au sein d'un fichier informatique[438]. Conscient du gain d'objectivité permis par la retranscription numérique d'une parole, le législateur oblige[439] – *depuis la loi du 17 juin 1998* – l'enregistrement des auditions d'un mineur victime d'une infraction visée à l'article 706-47 du Code de procédure pénale[440]. Seul un problème technique clairement établi dans le procès-verbal d'audition peut en justifier l'absence[441].

B. L'extraction du corps de l'élément matériel

85. Protection physique de l'élément matériel. – Lorsqu'il dispose d'un corps tangible, l'indice demeure sensible aux agressions extérieures susceptibles d'altérer son intégrité. La mise en place d'un dispositif de protection des lieux devient indispensable, avant de pouvoir procéder à son extraction au moyen d'une saisie.

1. La protection du corps de l'élément matériel

86. Protection des lieux. – Le législateur commande à l'officier de police judiciaire de veiller – *lors de ses constatations* – à la conservation des indices risquant de disparaître[442]. La mise en place d'un dispositif de protection, en amont de son arrivée sur les lieux, devient indispensable lorsque l'indice dispose d'un corps, le rendant particulièrement sensible aux agressions extérieures. De prime abord, la protection du corps de l'élément matériel est d'ordre comminatoire, la modification d'une scène infractionnelle étant réprimée par une peine contraventionnelle[443]. Toutefois, la modification des lieux de l'infraction devient délictuelle lorsqu'elle est accomplie sciemment[444], en vue de faire obstacle à la manifestation de la

[437] Crim. 10 mai 2012, n° 11-87.328, *Dalloz actualité*, 7 juin 2012, obs. GIRAULT
[438] SPENCER, La procédure pénale française vue par un Anglo-saxon, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, 2009, *Dalloz*, p. 227 s
[439] C. pr. pén., art. 706-52
[440] Il s'agit des infractions de nature sexuelle perpétrées à l'encontre d'un mineur.
[441] Crim. 3 avr. 2007, n° 06-87.264, *Gaz. Pal*. 29 août-1er sept. 2007, p. 8, note GAGNOUD ; *JCP* 2007. II. 10132, note MARECHAL ; *Dr. pénal* 2007 comm. 109, note MARON; *D*. 2007. 2141, note PRADEL ; *AJ pénal* 2007. 287, note ROYER
[442] C. pr. pén., art. 54
[443] C. pr. pén., art. 55
[444] Crim. 24 janv. 1967, Bull. crim. n° 35, *RSC* 1967. 655, obs. VITU ; Crim. 20 juill. 1982, *Gaz. Pal*. 1983. 1. Pan. 95; Crim. 18 janv. 1989, n° 88-80.163, Bull. crim. n° 22, *RSC* 1989. 500, obs. DELMAS-SAINT-HILAIRE

vérité[445]. Si la nécessité, pour les secours, d'intervenir sur les lieux du crime s'oppose à caractériser l'existence d'un comportement infractionnel, l'exercice des droits de la défense érigerait, en tant que fait justificatif, la modification émanant du mis en cause lui-même. Délimitée dans son étendue par l'édification d'un périmètre de sécurité, la scène du crime est attentivement examinée par l'officier de police judiciaire assisté des services de police technique spécialisés[446]. Dans le but de percevoir chaque indice présent, les services de l'identité judiciaire constituent un album photographique assorti d'un plan de leur disposition. Les traces papillaires, et autres éléments biologiques sont prélevés en vue de leur analyse ultérieure.

2. La saisie du corps de l'élément matériel

87. Placement sous main de justice. – La conservation des éléments matériels utiles à la manifestation de la vérité impose leur saisie[447]. Par la référence explicitement faite aux armes et instruments, mais aussi aux autres objets, documents et papiers[448], la protection vise à préserver le corps de l'indice. Destinée à éviter la disparition de l'indice disposant d'une réalité corporelle, la saisie probatoire ne se confond pas avec la saisie conservatoire. Cette dernière tend davantage à garantir la bonne exécution d'une obligation d'ordre patrimonial. Distinguées par leur objectif, saisie probatoire et saisie conservatoire n'impliquent pas les mêmes effets. L'existence d'un risque lié à la disparition d'un élément probatoire nécessite son appréhension physique, tandis qu'une mesure conservatoire s'accommode d'une absence de dépossession matérielle[449].

88. Champ des saisies judiciaires. – Faute d'habilitation légale, l'appréhension physique des indices ne peut être qualifiée de saisie lorsque l'agent de police judiciaire la réalise. Ils devront dans ce cas être recueillis sur le fondement d'une création prétorienne. La Chambre criminelle leur octroie une autorisation d'extraire l'élément corporel du lieu où il se situait[450],

[445] C. pén., art. 434-4
[446] C. pr. pén., art. D. 7
[447] C. pr. pén., art. 54
[448] C. pr. pén., art. 56
[449] C. pr. pén., art. 706-148, modifié par la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines. Ainsi, au sujet des infractions prévues aux articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, peut ordonner des « mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles » afin de garantir le paiement d'amendes encourues par une personne mise en examen. V. en ce sens : CUTAJAR, Le nouveau droit des saisies pénales, *AJ pénal* 2012, étude 124 ; Crim. 9 mai 2012, n° 11-85.522, *Dalloz actualité*, 4 juin 2012, obs. GIRAULT ; *AJ pénal* 2012. 427
[450] Crim. 2 mars 1993, n° 91-81.033, Bull. crim. n° 93; *RSC* 1994 123, obs. BRAUNSCHWEIG; *Dr. pénal* 1993 chron. 59

en vue de le transmettre à l'officier de police judiciaire, seul compétent pour procéder à sa saisie[451]. Bien qu'utiles à la manifestation de la vérité, les éléments corporels couverts par le secret professionnel ne peuvent être saisis s'ils sont en lien avec l'exercice des droits de la défense. Seule la présence d'indices, laissant présumer la participation de l'avocat à la commission d'une infraction, autorise la saisie. Elle ne concerne plus l'avocat du mis en cause, mais de toute évidence l'avocat mis en cause. La saisie est d'ailleurs traditionnellement perçue comme un acte succédant à la perquisition préalablement réalisée[452]. La mise en lumière d'indices étrangers à l'objet de la perquisition commande à l'enquêteur d'obtenir – *en dehors de la flagrance* – un consentement préalable à la saisie incidente.

§ 2 – L'archivage conservatoire de l'élément matériel

89. Utilisation future de l'indice. – L'utilisation future de l'indice peut impliquer son archivage en vue d'en assurer la conservation. La mise sous scellés des éléments préalablement saisis empêche toute modification. Toutefois, l'expertise de l'homme de l'art, bénéfique à la découverte de la vérité, peut nécessiter la communication des éléments, tout comme le propriétaire peut demander leur restitution. Véritables mémoires numériques, les fichiers de données ont connu un développement fulgurant, au point de nécessiter la mise en place d'un véritable contrôle de leur consultation. Il s'agit, par conséquent, d'organiser le recueil d'un potentiel indice, à travers l'archivage de son contenant matériel, lequel doit être préservé d'une part (A), et mémorisé d'autre part (B).

A. La préservation de l'élément matériel

90. Réalité corporelle de l'élément matériel. – La corporalité de l'indice complique son appréhension juridique au sein de la procédure. Une menace à l'encontre de son intégrité risquerait d'en compromettre l'existence même. La préservation de l'élément conditionne son utilité probatoire. Si l'apposition d'un sceau garantit effectivement une restriction d'accès, la contrainte qu'il engendre lors de sa récupération future a donné lieu à la mise en œuvre d'alternatives.

[451] Crim. 5 janv. 2005, n° 04-81.714, Bull. crim. n° 6
[452] C. pr. pén., art. 56 s'agissant de l'enquête de flagrance, art. 76 concernant l'enquête préliminaire et art. 94 durant l'information judiciaire.

1. Le placement de l'élément matériel sous scellés

91. Conservation de l'élément matériel. – Disposant d'une réalité corporelle, l'indice demeure soumis aux affres du temps. Le placement sous scellés apparaît indispensable, consécutivement à une mesure de saisie. Les éléments corporels, antérieurement saisis, doivent faire l'objet d'un inventaire immédiatement réalisé, préalablement à leur placement sous scellés. En évitant que certains éléments ne soient soustraits, ou ajoutés, une telle formalité se destine tant à préserver leur intégrité, qu'à en assurer l'authenticité[453]. Par l'établissement d'une fiche de scellés, comportant la provenance et le contexte inhérent à la découverte de l'indice, l'officier de police judiciaire, et ses collaborateurs, en assurent l'identification adéquate. Les difficultés dans sa réalisation autorisent à en différer l'accomplissement, par la mise en place de scellés fermés provisoires. Lorsqu'il présente un caractère définitif, le placement sous scellés implique, toujours, la présence des personnes ayant assisté à la perquisition[454]. Les supports d'enregistrement réalisés au cours des interceptions de télécommunication exigent d'être conservés au moyen de leur placement sous scellés[455]. Cette conservation procède d'un double objectif, la substance contenue dans l'enregistrement requérant d'être préservée, et ultérieurement consultée. La mise sous scellés devient par ailleurs obligatoire lorsque le bâtonnier s'oppose à la saisie d'un élément présent au sein du domicile, ou du cabinet, de l'avocat. La préservation des éléments corporels, constitutifs d'un délit en lien avec les stupéfiants implique, enfin, la mise sous scellés de l'échantillon prélevé, avant l'entière destruction des produits illicites[456].

92. Champ des scellés. – La mise sous scellé consiste dans l'apposition d'un cachet de cire marqué du sceau de l'enquêteur. La présence d'un cachet destiné à fermer les scellés restreint d'autant la manipulation des indices. Certains nécessitent parfois d'être consultés lorsqu'ils prennent la forme d'un livre comptable, ou d'un document quelconque. Souhaitant limiter les contraintes liées à la conservation des pièces à conviction, la pratique a développé une dissociation entre la mise sous scellés et leur fermeture à proprement parler. A côté des scellés fermés, disposant d'un emballage adapté à leur volume, peuvent alors exister les scellés ouverts. Le scellé devient ouvert lorsque le cachet ne tend plus à en empêcher la prise en main. Une étiquette indiquera, dans chaque cas, l'identification de l'élément en rapport avec l'inventaire

[453] C. pr. pén., art. art. 56
[454] C. pr. pén., art. 56, 76 et 97
[455] C. pr. pén., art. 100-4
[456] C. pr. pén., art. 706-30-1

précédemment réalisé. Si le caractère ouvert des scellés peut laisser craindre leur divulgation, le secret des investigations[457] trouve une application explicitement consacrée par l'existence d'un secret des perquisitions[458]. Le caractère encombrant des objets oblige à les placer sous la garde d'une personne commise à ce titre[459], dont l'acceptation est consignée par écrit au sein d'un procès-verbal. La saisie d'un animal vivant implique, également, son placement dans un lieu de dépôt[460]. Conservés en vue d'être utiles à la manifestation de la vérité, les éléments corporels placés sous scellés n'ayant plus cette vocation doivent entrer dans un processus de restitution. Pour autant, lorsqu'ils sont indispensables au bon fonctionnement d'une entreprise, ou essentiels à la vie quotidienne d'une personne, copie peut en être délivrée à l'intéressé[461].

2. La récupération de l'élément matériel placé sous scellés

93. Protection de l'élément utile à la vérité. – Strictement utiles à la manifestation de la vérité, les éléments corporels placés sous scellés devront être restitués lorsqu'ils ne remplissent plus cette condition. Durant l'enquête, le formalisme simplifié autorise l'officier de police judiciaire à lever le placement, après avoir préalablement recueilli l'accord du procureur de la République[462]. Lorsque l'enquête a fait l'objet d'un classement sans suite, la décision de restitution incombe au magistrat du parquet[463] à compter de la décision de classement[464]. L'élément corporel est attribué à l'Etat passé ce délai[465]. D'autre part, lorsqu'une information judiciaire a été ouverte, le magistrat instructeur peut décider la restitution des objets dont la propriété n'est pas sérieusement contestée, à condition toutefois qu'elle ne constitue pas un obstacle à la manifestation de la vérité, et qu'elle ne présente aucun danger[466].

94. Analyse de l'élément utile à la vérité. – Perçus à travers le prisme de la science, les éléments corporels placés sous scellés recèlent des données pertinentes. Elles constituent la source de l'élaboration – *par l'homme de l'art* – d'un indice. Si l'inventaire des éléments n'a pas été réalisé[467], son accomplissement est exigé avant qu'ils ne puissent être communiqués[468].

[457] C. pr. pén., art. 11
[458] C. pr. pén., art. 58
[459] C. pr. pén., art. R. 147 et s.
[460] C. pr. pén., art. 99-1
[461] C. pr. pén., art. 97
[462] C. pr. pén., art. 56 al. 7 et 76 al. 3
[463] Crim. 13 mars 2012, n° 11-85.331, *Dalloz actualité*, 18 avr. 2012, obs. LENA
[464] Cass., QPC, 15 févr. 2011, n° 10-90.124, *Dalloz actualité*, 7 mars 2011, obs. JEZEQUEL
[465] C. pr. pén., art. 40-4
[466] C. pr. pén., art. 99
[467] Crim. 14 mai 2002, n° 02-80.721, Bull. crim. n° 111
[468] C. pr. pén., art. 163

Supposant leur énumération au sein d'un procès-verbal[469], le formalisme particulièrement protecteur mis en place par le législateur tend à en préserver l'intégrité et l'authenticité. Afin d'analyser les éléments corporels maintenus sous scellés, l'expert procède à leur ouverture, sans toutefois convier les parties et leurs avocats.[470] Les limites au caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale se situent lors de son exécution[471].

B. La mémorisation de l'élément matériel

95. Bases de données. – Si la conservation d'un indice corporel impose son placement sous scellés, le caractère incorporel qu'il revêt dans certains cas a nécessité la création de fichiers destinés à le mémoriser. Perçus en tant qu'outils de sûreté publique[472], les fichiers ont toujours été mis en œuvre avec la volonté – *rarement affirmée*[473] – d'amonceler des informations liées aux personnes susceptibles de constituer un risque pour la société[474]. Selon les époques[475], les comportements motivant la surveillance spécifique d'une personne ont évolué, autant que les moyens utilisés pour les identifier. L'identification d'un individu est intimement liée à sa distinction au sein d'un groupe social. La physionomie de ses traits, autant que les marques qu'il arbore constituent des signes physiques, initialement utilisés pour singulariser ceux susceptibles de causer un risque social. L'introduction du casier judiciaire en 1850 fait suite aux sommiers judiciaires mis en œuvre dans les années 1830. Ils résultent d'une réponse apportée aux prescriptions du Code d'instruction criminelle ordonnant, dès 1808, la

[469] C. pr. pén., art. 97
[470] C. pr. pén., art. 163 al. 2 *in fine*
[471] Crim. 24 mai 1976, Bull. crim. n° 175 ; Crim. 15 nov. 1990, n° 90-84.771, Bull. crim. n° 385
[472] V. par ex. l'enregistrement, dès 1753, d'informations concernant « tous les fichiers de police » au sein d'un livre rouge : CHASSAIGNE, « La Lieutenance générale de police de Paris », 1975, *Slatkine-Megariotis*, p. 157 ; PICARD, « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *RSC* 1993. 275.
[473] Beaucoup de fichiers de police n'ont d'ailleurs été que depuis très récemment réglementés, s'agissant par exemple des fichiers d'antécédents judiciaires officieusement en vigueur durant de longues années, ou des fichiers liés à la sécurité intérieure et aux renseignements généraux dont l'existence a été tenue secrète jusqu'au début des années 1990 : décrets n° 91-1051 et n° 91-1052 du 14 oct. 1991. V. en ce sens : FRAYSSINET, « Les décrets n° 91-1051 et 91-1052 du 14 oct. 1991 réglementant les fichiers et traitements automatisés des Renseignements généraux », *D*. 1992. 73.
[474] Les fichiers peuvent également recenser des personnes ne présentant pas – dans l'immédiat – un quelconque risque social, s'agissant des enregistrements notamment réalisés aux fins de statistiques, bien que leur utilisation policière ne puisse en être exclue. V. en ce sens : DENIS, « Comment le savoir vient aux policiers : l'exemple des techniques d'identification en France, des Lumières à la Restauration », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2008, n° 2, p. 9 ; DENIS et MILLIOT, « Police et identification dans la France des Lumières », *Genèses*, 2004, vol. 1, n° 54, p. 4
[475] Dès l'antiquité, les responsables politiques ont souhaité identifier les personnes susceptibles de présenter un risque pour la société en raison de leur situation alors considérée comme marginale. V. pour s'en convaincre : MOATTI et KAISER, « Gens de passage en Méditerranée de l'Antiquité à l'époque moderne, procédures de contrôle et d'identification », 2007, *Maisonneuve & Larose* ; PIAZZA, « Violence symbolique et dispositifs étatiques d'identification », *in* CRETTIEZ et MUCCHIELLI, « Les violences politiques en Europe », 2010, *La Découverte*, p. 229

conservation des jugements rendus par les cours et tribunaux de l'Empire[476]. Dès lors, la volonté récente[477] d'identifier des personnes à partir de leurs tatouages ou de leur signature vocale paraît d'autant plus inquiétante qu'il s'agirait d'un retour vers des pratiques anciennes.

96. Traitement automatisé des données. – La mémorisation de données dans un format numérique[478] semble d'ailleurs s'être progressivement substituée à la tenue d'un registre au format papier[479]. Facilitant l'archivage des informations, l'outil informatique est à l'origine d'un bouleversement marqué par la prolifération des fichiers de police[480], dont le nombre correspond aux multiples finalités poursuivies par chacun d'eux. Certains disposent de finalités connues tandis que d'autres sont classés « secret-défense ». Beaucoup intéressent d'abord le renseignement intérieur. Le fichier relatif à la Prévention des Atteintes à la Sécurité Publique, fait suite à la polémique engendrée par la mise en œuvre du fichier EDVIGE[481]. Les fichiers peuvent intégrer des données signalétiques, issues du dispositif de Lecture Automatisée des Plaques d'Immatriculation[482]. D'autres concernent la prévention des faits de récidives, finalité assignée au fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes[483]. Enfin, des fichiers tendent à assister les enquêteurs, soit par l'enregistrement des antécédents judiciaires de l'individu[484], soit par la mémorisation de ses empreintes. Contrepoids

[476] ABOUT et DENIS, « Histoire de l'identification des personnes », 2010, *La Découverte*, p. 4.
[477] GAUDIN et BAUER, « Livre blanc sur la sécurité publique », 2011, *La documentation française*, p. 11
[478] HEILMANN, « Le désordre assisté par ordinateur. L'informatisation des fichiers de police en France (1968-1988) », *Les Cahiers de la sécurité*, 2005, n° 56, p. 145 : d'après cet auteur, l'émergence de l'informatique depuis les années 1970 a considérablement augmenté les capacités de stockage, facilitant la consultation et la conservation des données, mais faisant également apparaître de nouveaux risques, tels que l'interconnexion des données ou le piratage des fichiers au sein desquels elles sont mémorisées.
[479] La centralisation des informations sur l'identification des personnes présentant potentiellement un risque envers la société a d'abord été matérialisée par la tenue de registres conservés au sein des anciennes cours de justice. V. SOMAN, GAUVARD, M. ROUSE et R. ROUSE, « Le Châtelet de Paris au début du XV^e^ siècle d'après les fragments d'un registre d'écrous de 1412 », *in Bibliothèque de l'École des chartes*, 1999, t. 157, p. 565
[480] Mis en œuvre dès 1975, le fichier des personnes recherchées, le fichier des recherches criminelles et le fichier des véhicules volés étaient consultables depuis les terminaux informatiques installés dans les commissariats de police.
[481] PIAZZA, « Edvige et les résistances au fichage policier », 2009, *Hermès*, n° 53, p. 75.
[482] Arrêté du 18 mai 2009 portant création d'un traitement automatisé de contrôle des données signalétiques de véhicules, V. CNIL, délib. n° 2009-146 du 26 févr. 2009.
[483] Connu sous l'acronyme « FIJAISV », la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 le réglementant en confit ainsi la gestion au service du casier judiciaire.
[484] Sous l'acronyme TAJ, le traitement des antécédents judiciaires a succédé, depuis le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012, au STIC et au JUDEX, jusqu'alors officiellement gérés respectivement par la police nationale, depuis le récent décret n° 2001-583 du 5 juill. 2001, et la gendarmerie nationale, depuis le plus récent encore décret n°2006-1411 du 20 nov. 2006.

nécessaire[485] à la mise en place nationale[486] d'un traitement automatisé des données à caractère personnel[487], la loi informatique et libertés de 1978 érige la CNIL[488] en tant qu'autorité administrative indépendante chargée de contrôler les fichiers de données[489]. Prenant la forme d'une empreinte, l'élément matériel mémorisé au sein du FAED[490] ou du FNAEG[491] représente une donnée personnelle. Sa conservation engendre une atteinte à la vie privée de l'individu concerné et exige, par voie de conséquence, l'encadrement strict des conditions d'inclusion et de consultation.

1. L'inclusion de l'élément matériel au sein d'un fichier de données

97. Inclusion d'une empreinte. – Lorsque l'élément matériel prend la forme d'une empreinte, digitale ou génétique, son inclusion au sein d'un fichier de données engendre une restriction des libertés individuelles. Celle-ci doit être justifiée par la constatation d'une atteinte, proportionnée, portée envers les intérêts de la société[492]. Toutefois, la justification de

[485] CEDH 26 mars 1987, Leander c/ Suède, req. n° 9248/81, A. 116, § 48 : « La mémorisation de données relatives à la vie privée constitue une ingérence dans la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »

[486] LINHARDT, « La "question informationnelle" éléments pour une sociologie politique des fichiers de police et de population en Allemagne et en France [années 1970 et 1980] », *Déviance et Société*, 2005, vol. 29, n° 3, p. 262 ; V. aussi : REMOND, « Le Fichier juif, Rapport au Premier ministre », 1996, *Plon*

[487] La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 avait initialement pour objectif de protéger « les informations nominatives » enregistrées au sein des traitements de données, la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ayant par la suite préféré le terme de « données à caractère personnel » afin de prendre également en compte les progrès de la science, permettant dorénavant l'identification d'un individu de manière indirecte, à partir de ses empreintes, qu'elles soient digitales ou génétiques. V. en ce sens les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme assimilant les éléments matériels prenant la forme d'empreintes – digitales ou génétiques – à des données personnelles : CEDH 4 déc. 2008, S. et Marper c/ Royaume-Uni, req. n° 30562/04 et n° 30566/04, *JCP* 2009. I. 104, obs. SUDRE ; CEDH 18 avr. 2013, M.K. c/ France, req. n° 19522/09, *RSC* 2013. 666, obs. ROETS.

[488] La Commission Nationale Informatique et Libertés est une autorité administrative indépendante chargée de veiller au respect des règles protectrices destinées à encadrer le développement de l'informatique telles qu'elles sont issues de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « Loi informatique et libertés ». Elle fait suite aux travaux démarrés deux ans plus tôt par la commission d'enquête dirigée par M. Bernard Tricot en réaction à l'émoi provoqué par l'essor de l'informatique dans le fichage policier de l'entière population, la volonté était alors de trouver un équilibre satisfaisant entre les avancées permises par l'informatisation de la société et la nécessaire protection des libertés individuelles. V. TRICOT, « Rapport de la Commission informatique et libertés », 1975, *La Documentation française,* faisant suite à l'article publié dans le journal Le Monde, V. BOUCHER, Safari ou la chasse aux Français, *Le Monde*, 21 mars 1974

[489] Bien que le Conseil constitutionnel reconnaisse la constitutionnalité des dispositions des articles 26 et 27 de la loi informatique et libertés autorisant le pouvoir exécutif à créer des fichiers de police par voie de décrets ou d'arrêtés (Cons. const. 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC, considérant 11), l'absence de principes constitutionnels consacrés à la protection des données personnelles amoindrit sa faculté de contrôle relative aux bases de données, laissant à la CNIL la lourde tâche d'y parvenir seule avec les maigres moyens dont elle dispose.

[490] Fichier automatisé des empreintes digitales, initialement issu du décret n° 87-249 du 8 avril 1987 et modifié depuis par le décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015.

[491] Fichier national automatisé des empreintes génétiques, initialement issu de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la répression des infractions sexuelles et étendu depuis par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

[492] L'atteinte portée aux intérêts de la société justifie alors l'inclusion d'une empreinte au sein d'un fichier de données, conformément aux finalités légalement déterminées, lesquelles peuvent toutefois évoluer dans le temps jusqu'à élargir considérablement le domaine du fichier considéré. En ce sens, les évolutions apportées au FNAEG

l'opération d'inclusion oblige, au préalable, d'établir son domaine. Le législateur préfère, à tort, confondre les différentes étapes d'un processus, pourtant limpide, lorsqu'il fait l'objet d'un traitement chronologique, fondé sur la distinction entre la révélation et le recueil de l'empreinte.

a - La détermination de l'opération d'inclusion de l'empreinte au sein du fichier

98. Détermination de l'empreinte. – La mémorisation de l'empreinte au sein de la base de données exige, au préalable, sa réalisation. Elle s'effectue à partir du matériel biologique, prélevé sur la scène du crime, ou sur la personne étant le sujet de l'analyse. Le prélèvement initial du matériel biologique, la réalisation subséquente de l'empreinte et son inclusion finale au sein d'une base de données correspondent à trois opérations distinctes, établies selon une chronologie spécifique. L'élaboration de l'empreinte s'apparente, d'une part, à la révélation d'un élément matériel, tandis que sa mémorisation dans les profondeurs d'un fichier de données intéresse, d'autre part, le recueil de l'élément matériel.

99. Chronologie du processus. – Malgré la limpidité d'une approche chronologique, fondée sur la distinction entre la révélation et le recueil de l'empreinte, le législateur obscurcit l'intelligibilité du processus en faisant le choix de raccourcis discutables. D'abord, la prise d'empreintes digitales et palmaires réalisée par l'officier de police judiciaire semble, à la lecture des dispositions la régissant[493], littéralement concomitante à sa mémorisation au sein du FAED. L'absence de clarté quant aux étapes d'élaboration et d'enregistrement de l'empreinte[494] ne peut être exclusivement justifiée par la mise en place d'un processus de numérisation des empreintes. L'empreinte digitale numérisée devient une donnée télétransmise au service gestionnaire du FAED à l'aide de terminaux implantés dans chaque commissariat[495]. Ensuite, l'analyse d'identification des empreintes génétiques paraît directement succéder au prélèvement biologique réalisé par l'officier de police judiciaire[496]. Il n'est fait quelconque mention de l'indispensable phase de réalisation de l'empreinte, maillon reliant l'identification au

au fil des révisions législatives ont transformé le fichier spécialisé qu'il était en un outil d'identification généraliste, la mémorisation des empreintes génétiques n'étant plus conditionnée à la commission d'infractions en lien avec la sexualité, mais au risque social présenté par une personne ayant réellement, ou vraisemblablement, commis une des infractions longuement énumérées. V. en ce sens : BAUER et SOULLEZ, « Fichiers de police et de gendarmerie. Comment améliorer leur contrôle et leur gestion ? », *La Documentation française*, 2007, p. 35.

[493] C. pr. pén., art. 55-1

[494] L'opération d'enregistrement se réalise matériellement au sein des services gestionnaires du FAED tandis que la prise d'empreinte s'effectue au commissariat, plusieurs intervenants physiques étant alors distinctement requis.

[495] BATHO et BENISTI, Rapport d'information n° 4113 déposé sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2011.

[496] C. pr. pén., art. 706-56, I, al. 1

prélèvement. Un gain d'intelligibilité résulterait de l'indication précise des suites logiques du prélèvement biologique. La réalisation de l'empreinte génétique permet la comparaison aux fins d'identification. Enfin, l'ambiguïté inhérente au vocable choisi par le législateur est d'autant plus hasardeuse qu'elle entretiendrait la croyance d'une empreinte génétique directement recueillie par l'enquêteur, au cours des investigations[497]. La réalité s'éloigne de cet amalgame. L'empreinte est l'œuvre d'une création humaine. Il s'agit d'un élément matériel élaboré par l'homme à partir de données biologiques préalablement recueillies[498]. La révélation d'une empreinte génétique au cours de l'enquête exige une étape subséquente d'analyse et d'interprétation des segments d'acide désoxyribonucléique prélevés[499]. La réalisation de l'empreinte implique de déterminer le domaine des prélèvements biologiques, à partir desquels elle pourrait être réalisée[500]. La mémorisation de l'empreinte impose en outre l'existence d'une justification légalement établie. L'opération d'inclusion ne fait, toutefois, pas l'objet d'une réglementation détaillée, s'agissant de sa mise en œuvre matérielle. Tout au plus, le législateur l'évoque-t-il à travers le prisme de la compétence des personnes autorisées à accéder au FNAEG[501]. La réglementation applicable au FAED n'est pas plus explicite, seule la consultation des empreintes digitales mémorisée étant distinctement précisée[502]. En pratique, l'installation de bornes au sein des commissariats octroie aux agents de police la faculté de transmettre le matériel digital numérisé directement au service gestionnaire du FAED[503]. La décision d'enregistrement semble reposer sur la libre volonté de l'officier de police

[497] La confusion est patente à la lecture de l'article 706-54 al. 4 du Code de procédure pénale, référence explicite étant faite aux « empreintes génétiques recueillies », confondant alors la phase de révélation de l'empreinte avec la phase préalable de recueil du matériel biologique.

[498] L'article R. 53–10, I, 1° du Code de procédure pénale ne reprend étrangement pas l'erreur de rédaction existante à l'article 706-54 al.4, en mentionnant clairement la réalisation de l'empreinte génétique à partir d'un matériel biologique recueilli au cours des différentes occasions qu'il liste.

[499] Il s'agit d'ailleurs, en substance, des termes de l'alinéa 5 de l'article 706-54 dont on comprend alors mal pourquoi la distinction ici opérée entre la phase de prélèvement biologique et celle d'élaboration de l'empreinte n'a pas été généralisée à l'entier article.

[500] Si la réalisation d'une empreinte exige d'opérer un prélèvement de matériel biologique, un tel prélèvement ne donne pas systématiquement lieu à l'élaboration d'une empreinte, s'agissant par exemple des dispositions applicables aux infractions du Code de la route dont les prélèvements de sang, de salive ou d'air expiré sont uniquement réalisés aux fins de dépistage.
Par ailleurs, s'agissant spécifiquement de la réalisation d'empreintes génétiques, l'article 706-54 al. 5 du Code de procédure pénale restreint le champ du prélèvement préalable pour y parvenir aux seuls segments ADN non codants.

[501] Conformément à l'article R. 53-18 du Code de procédure pénale, il s'agit du personnel de la sous-direction de la police technique et scientifique, de la direction centrale de la police judiciaire, de la police nationale et ceux de la gendarmerie nationale, spécialement affectés dans le service mettant en œuvre le traitement, et dûment habilités.

[502] Article 8 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015

[503] BATHO et BENISTI, Rapport d'information n° 4113 déposé sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale le 21 décembre 2011.

judiciaire[504], ou du magistrat[505], ayant autorisé la prise d'empreinte[506]. L'automatisation du processus d'enregistrement au sein du FNAEG[507] ne reflète pourtant pas la réalité du régime applicable à la mise en œuvre de l'opération d'inclusion. Demeure requise l'autorisation de l'officier de police judiciaire ou d'un magistrat[508]. La partie réglementaire soumet explicitement l'inclusion à la seule décision de l'officier de police judiciaire[509] lorsque la personne concernée est inconnue[510], disparue[511] ou encore soupçonnée[512]. Le monopole susceptible d'être accordé à l'officier de police judiciaire a toujours été vivement critiqué[513], avant même son entrée en vigueur[514]. Cependant, lorsque l'empreinte vise la personne condamnée[515], la décision d'inclusion repose sur le seul magistrat, procureur de la République ou procureur général, selon la phase procédurale au cours de laquelle ce dernier intervient[516].

b - La justification de l'opération d'inclusion de l'empreinte au sein du fichier

100. Gravité infractionnelle. – La présence d'indices graves et concordants a toujours permis de justifier l'inclusion d'une empreinte digitale au sein du FAED[517]. La sensibilité des empreintes génétiques, relativement aux informations qu'elles seraient susceptibles de renfermer, limitait leur conservation au seul prononcé d'une condamnation définitive[518].

[504] C. pr. pén., art. 55-1
[505] C. pr. pén., art. 78-3, il peut s'agir du procureur de la République ou du juge d'instruction selon le stade procédural au sein duquel le prélèvement a lieu.
[506] L'inclusion de l'empreinte digitale au sein du FAED doit toutefois être justifiée par une utilité sociale, tant pour faciliter les investigations que pour améliorer la sûreté publique, conformément à l'article 3 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015
[507] C. pr. pén., art. 706-54
[508] C. pr. pén., art. R. 53-10
[509] C. pr. pén., art. R.53-10, I, cette décision pouvant intervenir d'office ou sur demande du magistrat, procureur de la République ou juge d'instruction.
[510] C. pr. pén., art. R. 53-10, I, 1° et 3°
[511] C. pr. pén., art. R. 53-10, I, 4° et 5°
[512] C. pr. pén., art. R. 53-10, I, 2°
[513] FOUCART, « La CNIL s'inquiète des dangers de l'utilisation des fichiers prévus par le projet de loi sur la sécurité », Le Monde, 26 oct. 2002
[514] La généralisation du pouvoir décisionnel de l'officier de police judiciaire s'agissant de l'autorisation d'inclusion des empreintes digitales au sein du FNAEG est intervenue par le décret n°2004-470 du 25 mai 2004.
[515] L'article R. 53-10, II du Code de procédure pénale évoque d'ailleurs le vocable de « personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 » et non celui de « personnes déclarées coupables » comme le mentionne pourtant l'article 706-54 du Code de procédure pénale depuis sa modification par la loi n°2010-242 du 10 mars 2010.
[516] C. pr. pén., art. R. 53.10, II
[517] Article 3 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur.
[518] C. pr. pén., art. 706-54, dans sa version initiale issue de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, soumet ainsi l'inclusion de l'empreinte génétique au sein du FNAEG à la condamnation définitive à l'une des infractions visées à l'article 706-47 du même code.

Pourtant, le culte de la sécurité intérieure aura eu raison d'une pareille sagesse[519]. Le législateur a rapidement calqué les conditions d'inclusion d'une empreinte au sein du FNAEG sur celles du FAED[520]. Les indices graves et concordants rendant vraisemblable la commission des infractions visées[521] justifient l'enregistrement[522]. Leur appréciation par le seul officier de police judiciaire[523] peut heurter[524]. La restriction inhérente à la vie privée qu'une telle mesure engendre exigerait l'intervention de l'autorité judiciaire garante, d'après la constitution[525], des libertés individuelles[526].

101. Opposition à l'inclusion. – Malgré l'atteinte à l'intimité de la vie privée qu'implique l'enregistrement au sein d'une base de données, aucun texte ne prévoit la faculté pour la personne visée de s'y opposer[527]. L'opposition aux prélèvements préalables peut d'ailleurs constituer un délit, puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Cette peine est portée à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende lorsque la personne est condamnée pour crime[528].

[519] Déjà amplement entamée par le conséquent élargissement des finalités reconnues au FNAEG, devenu sous le coup de trop nombreuses retouches législatives une banque de données contenant les empreintes génétiques des personnes susceptibles de présenter un risque social par la commission, avérée ou supposée, d'une des infractions abondamment listées, balayant progressivement l'outil spécialisé qu'il était, ne recensant initialement les seules empreintes des auteurs d'infractions sexuelles. V. en ce sens : BAUER et SOULLEZ, « Fichiers de police et de gendarmerie. Comment améliorer leur contrôle et leur gestion ? », La Documentation française, 2007, p. 35.
[520] Depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.
[521] C. pr. pén., art. 706-55
[522] C. pr. pén., art. 706-54
[523] S'agissant du FNAEG, l'autorisation d'inclusion d'une empreinte génétique par la décision du seul officier de police judiciaire résulte de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.
[524] Pour certains auteurs, « La possibilité de conserver ou non une empreinte génétique dans le FNAEG dépend uniquement d'un critère somme tout improbable, ou tout du moins très difficile à cerner : le nombre éventuel et la gravité relative des indices relevés contre le suspect », AMBROISE-CASTEROT, note sous Crim. 16 mai 2007 et Crim 12 sept. 2007, « empreintes et fichages génétiques » *RPDP* 2008, n° 1, p. 101
[525] Constitution du 4 oct. 1958, art. 66
[526] Cette interrogation a donné lieu à une question prioritaire de constitutionnalité afin de savoir si les dispositions de l'article 706-54 du code de procédure pénale étaient conformes à l'article 66 de la constitution. V. Crim. 11 juin 2010, n° 09-88083, QPC
[527] Il s'agit de l'article 3 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur et des articles 706-54 et R. 53-10 du Code de procédure pénale s'agissant du FNAEG.
[528] C. pr. pén., art. 706-56, II

2. La consultation de l'élément matériel à partir d'un fichier de données

102. Délimitation du champ de consultation. – Les éléments matériels mémorisés répondent à une utilité conforme aux finalités attribuées à chaque fichier[529]. La durée de conservation des empreintes au sein des bases de données dépend du strict respect de ces finalités[530]. La centralisation des données, consultables grâce à l'outil informatique, facilite les risques de détournement. Les finalités du fichier apparaissent comme la limite imposée par le législateur afin de restreindre le domaine de leur consultation[531]. La mise en place de finalités floues empêche, d'une part, la justification d'une durée de consultation adaptée[532], et autorise d'autre part, l'utilisation des données à des fins incertaines.

a - La justification de la durée de consultation des empreintes mémorisées

103. Justification objective. – Impliquant une atteinte au droit à la vie privée, tel qu'il est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'inclusion d'une empreinte au sein d'un fichier de données doit être justifiée par l'existence d'une véritable utilité sociale. Elle peut consister dans la volonté des autorités de faciliter les investigations par la mémorisation des empreintes appartenant aux personnes inconnues, ou disparues[533]. Si cet objectif existe véritablement[534], il subit toutefois la comparaison avec une autre finalité. Par la mémorisation des empreintes appartenant aux personnes présentant un risque pour la société, les fichiers auraient également une finalité de sûreté publique. Ce risque se trouve matérialisé

[529] L'équilibre procédural entre les objectifs poursuivis par l'autorité publique et la protection des droits reconnus aux personnes privées impose de justifier la mémorisation des éléments matériels au sein d'un fichier de données par des finalités précises. V. en ce sens, la position de la Cour européenne des droits de l'homme fustigeant le « caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation en vigueur » : CEDH, gr. ch., 4 déc. 2008, S. et Marper c/ Royaume-Uni, req. n° 30562/04 et 30566/04, § 125 ; *JCP* 2009. I. 104, obs. SUDRE.

[530] Le Conseil constitutionnel opère ainsi un contrôle des finalités attribuées aux fichiers de données, dont l'efficacité pourrait toutefois être nuancée en raison de l'imprécision avec laquelle le législateur les détermine parfois, V. Cons. const. 22 mars 2012, n° 2012-652 DC, considérants 10 et 11.

[531] AMBROISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », *in* Mélanges BOULOC, 2007, *Dalloz*, p. 19

[532] Il s'agit, en substance, de la critique émise par la Cour européenne des droits de l'homme envers la France, l'absence de différenciation dans la mémorisation des données selon la gravité de l'atteinte portée aux intérêts de la société méconnaît l'équilibre procédural autant qu'un dispositif « purement théorique » d'effacement des données enregistrées. V. CEDH 18 avr. 2013, req. n° 19522/09, M. K. c/ France, *Dalloz actualité* 14 mai 2013, obs. LENA ; *RSC* 2013. 666, obs. ROETS ; *JCP* 2013. actu. 576, obs. PASTRE-BELDA.

[533] La Cour européenne des droits de l'homme dénonce d'ailleurs souvent la présence de finalités imprécises, s'agissant par exemple de « faciliter la poursuite, l'instruction et le jugement des affaires dont l'autorité judiciaire est saisie », V. en ce sens : CEDH 18 sept. 2014, Brunet c/ France, req. n° 21010/10, *AJ pénal* 2014. 539, comm. ROUSSEL

[534] C. pr. pén., art. 706-54 s'agissant du FNAEG et art. 1 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015.

par la condamnation dont ils ont fait l'objet, ou par les indices relevés à leur encontre[535]. La prégnance de l'atteinte portée aux intérêts de la société commande d'encadrer la durée pendant laquelle les éléments, inclus dans la base de données pourront être consultés. Leur effacement doit idéalement intervenir à l'issue d'un délai objectivement justifié[536]. L'effectivité de l'atteinte, matérialisée par la condamnation de l'individu reconnu coupable des infractions commandant l'inclusion de son empreinte génétique au sein du FNAEG, justifie qu'elle puisse être consultée durant 40 ans[537]. Ce délai est d'ailleurs calqué sur celui de l'inscription des condamnations au sein du casier judiciaire[538], dont les conditions d'accès et d'effacement sont cependant plus explicites[539].

104. Vraisemblance infractionnelle. – Le caractère hypothétique d'une infraction, dont la commission est seulement vraisemblable, limite à 25 années la durée pendant laquelle sera conservée l'empreinte génétique[540]. Bien que les dispositions régissant le FAED s'obstinent, depuis leur entrée en vigueur, à prévoir un délai fixe de 25 ans durant lequel les empreintes digitales peuvent y être mémorisées[541], la révision apportée en 2015[542] diffère au 1er mars 2017 la mise en place d'une durée de conservation modulable selon les cas visés[543], parmi lesquels figurent la gravité de l'infraction, sa vraisemblance, ou encore la minorité de la personne fichée.

[535] Ainsi, le contrôle de proportionnalité réalisé par le Conseil constitutionnel lors de l'examen des dispositions lui étant soumises perd sans doute en efficacité lorsqu'il prend pour fondement la finalité des fichiers, dont l'imprécision volontairement souhaitée par le législateur tend à justifier avec souplesse la largesse des données collectées et la longueur des délais de conservation appliqués. V. sur la difficile question de la proportionnalité du délai de conservation des informations collectées avec l'imprécision des finalités attribuées au fichier : Cons. const. 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, considérant 72 et Cons. const. 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, considérant 18.

[536] La gravité de l'atteinte envers l'intérêt général résulte, tant des circonstances relatives à la commission de l'infraction, que de la personnalité de son auteur, la minorité étant un critère de modulation des délais de conservation de l'élément matériel au sein du fichier. V. Cons. const. 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, *AJ pénal* 2010. 545, obs. DANET

[537] C. pr. pén., art. R. 53-14, al. 1

[538] C. pr. pén., art. 769 al. 3

[539] C. pr. pén., art. 770, 775-1 et 778

[540] C. pr. pén., art. R. 53-14, al. 2

[541] Article 5 du décret n° 87-249 du 8 avril 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur

[542] Décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015

[543] La réécriture des dispositions de l'article 5 du décret n° 87-249 du 8 avril 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015, fait suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme lui reprochant l'unicité du délai de conservation applicable aux empreintes digitales sans différenciation selon des critères objectifs. V. CEDH 18 avr. 2013, M. K. c/ France, req. n° 19522/09, *JCP* 2013. actu. 576, obs. PASTRE-BELDA ; *Dalloz actualité* 14 mai 2013, obs. LENA *; RSC* 2013. 666, obs. ROETS.

105. Procédure d'effacement. – La nécessité de maintenir une utilité sociale à la conservation de l'empreinte impose de procéder à son effacement, lorsque le motif ayant justifié son inclusion n'est plus. Est ainsi retirée du FNAEG l'empreinte génétique, issue d'une personne disparue ultérieurement découverte[544], ou d'un cadavre finalement identifié[545]. L'empreinte digitale fait, également, l'objet d'un effacement automatisé du FAED, selon des cas plus étendus, non encore prévus par le FNAEG[546]. L'effacement concerne d'abord les empreintes digitales issues d'une personne subséquemment découverte[547], identifiée[548] ou décédée[549]. La suppression automatisée intervient pareillement dans les cas de relaxe, ou d'acquittement devenus définitifs,[550] ou bien encore lorsque les décisions de non-lieu et de classement sans suite résultent d'une absence d'infraction, d'une insuffisance de charge, ou d'un auteur inconnu[551]. Toutefois, cette dernière possibilité d'effacement reste soumise à l'avis du procureur de la République. Il peut ainsi estimer la conservation nécessaire au regard de la nature et des circonstances de la commission de l'infraction, ou de la personnalité de l'individu concerné[552]. L'innocence présumée d'une personne non condamnée semble alors insuffisante à justifier l'effacement de l'empreinte enregistrée. La persistance d'un risque hypothétiquement identifié envers les intérêts de la société prévaut sur la restriction des libertés individuelles. Tel un principe de précaution sécuritaire, le caractère hypothétique du risque présenté par l'individu visé pourrait être perçu comme arbitraire. Il détermine également le refus d'effacement demandé de manière volontaire au procureur de la République[553], aussi longtemps que n'est pas acquise la prescription de l'action publique[554]. Les procédures inhérentes à la demande d'effacement, opérée par la personne dont l'empreinte est mémorisée,[555] connaissent une

[544] C. pr. pén., art. R. 53-14-2
[545] C. pr. pén., art. R. 53-14-1
[546] Faisant suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme considérant les dispositions relatives aux conditions d'effacement des données inscrites au sein du FAED inaptes à garantir le nécessaire équilibre procédural entre les intérêts publics et privés, l'article 7-1 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur a fait l'objet d'une révision par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015, lequel modernise considérablement les cas d'effacement automatisés opérés par le gestionnaire du fichier. V. sur les motivations de la condamnation : CEDH 18 avr. 2013, M. K. c/ France, req. n° 19522/09, *JCP* 2013. actu. 576, obs. PASTRE-BELDA ; *Dalloz actualité* 14 mai 2013, obs. LENA *; RSC* 2013. 666, obs. ROETS.
[547] Article 7-1, I, 1° et 4°
[548] Article 7-1, I, 3° et 5°
[549] Article 7-1, I, 2° et 4°
[550] Article 7-1, I, 6°
[551] Article 7-1, II, al. 1
[552] Article 7-1, II, al. 1 *in fine*
[553] Article 7-1, III
[554] Article 7-1, II, al. 2
[555] S'agissant d'une empreinte génétique, la procédure d'effacement volontairement demandée est visée aux articles R. 53-13-1 à R. 53-13-6 du Code de procédure pénale, tandis que celle applicable aux empreintes digitales

complexité les rendant sans doute volontairement fastidieuses. Celles applicables au FNAEG sont spécifiquement limitées aux seules personnes soupçonnées. La condamnation définitive rend alors impossible toute tentative d'effacement volontairement menée par la personne concernée[556]. La demande d'effacement volontairement menée par la personne intéressée suppose, certainement, qu'elle ait été informée de son inscription au sein de la base de données. Aucune notification n'a pour autant été imposée par le législateur au bénéfice de la personne dont l'empreinte est mémorisée. L'information de la réalité d'un fichage résulterait de l'exercice du droit d'accès indirect mis en œuvre grâce aux attributions confiées à la CNIL[557].

b - La détermination du domaine de la consultation des empreintes mémorisées

106. Habilitation à la consultation. – La création de fichiers destinés à mémoriser des données sensibles implique, fatalement, un risque de détournement[558] de leur contenu, ou d'abus lors de leur consultation. Bien qu'explicitement opérée par le législateur, la stricte limitation des finalités applicables à chaque fichier[559] peut ne pas suffire à endiguer les risques de détournement. Afin de prévenir ce risque, la consultation des fichiers doit impérativement faire l'objet d'un encadrement. La répression des consultations à des fins étrangères aux objectifs du fichier doit s'accompagner d'une restriction d'accès. Les agents légalement chargés de contrôler l'intégrité des fichiers de données[560] disposent d'un droit d'accès permanent aux empreintes qu'ils contiennent respectivement[561]. La consultation de l'intégralité des informations mémorisées suppose une habilitation. Elle est individuellement attribuée au personnel spécialement affecté dans les services mettant en œuvre les fichiers

résulte de l'article 7-2 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015.

[556] C. pr. pén., art. 706-54, al. 2 et R. 53-13-1

[557] L'article 39 de la Loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 autorise toute personne intéressée, justifiant de son identité et d'un motif sérieusement explicité, à saisir la CNIL afin d'interroger de manière indirecte le responsable d'un traitement de données à caractère personnel.

[558] Les informations relatives aux caractéristiques physiques susceptibles d'être contenues au sein des segments ADN justifient nécessairement un encadrement de son utilisation, « la révélation des caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime » à partir de son ADN devrait ainsi être parfaitement proscrite, conformément aux articles 16-10 et 16-11 du Code civil dont la Chambre criminelle semble pourtant parfois méconnaître la portée. V. Crim. 25 juin 2014, n° 13-87.493, *RSC* 2014. 595, comm. DANET

[559] C. pr. pén., art. 706-54 s'agissant du FNAEG et article 1 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015.

[560] C. pr. pén., art. R. 53-16, s'agissant du comité de contrôle du FNAEG et de manière similaire pour le FAED, art. 7 al. 1 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2005-585 du 27 mai 2005.

[561] C. pr. pén., art. R. 53-17 concernant l'accès permanent du comité de contrôle du FNAEG et art. 7 al. 2 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2005-585 du 27 mai 2005.

correspondants[562]. Selon la finalité attachée aux empreintes digitales, la consultation du FNAED est conditionnée à une demande émanant du seul officier de police judiciaire, ou de l'autorité judiciaire[563]. Les dispositions relatives au FNAEG prévoient, quant à elles, un accès direct, mais retreint, tant aux officiers de police judiciaire,[564] qu'au personnel affecté au service central de préservation des prélèvements biologiques[565].

107. Finalités de la consultation. – La fermeté avec laquelle le législateur conditionne la consultation des empreintes digitales au strict respect des finalités attribuées au FAED[566] ne s'est pas accompagnée de la mise en place d'un dispositif visant à retracer la consultation du fichier. Il existe pourtant déjà s'agissant du FNAEG[567]. La mémorisation des empreintes, au sein d'une base de données, gérée de manière centralisée, facilite d'autant l'installation d'un dispositif destiné à en contrôler l'accès. La preuve d'une consultation frauduleuse résulterait du dispositif lui-même. La traçabilité de l'accès aux données octroie la faculté d'alerter, en temps réel, les gestionnaires du fichier. Passant sous les fourches caudines du droit pénal, le délit de divulgation vise tant les données à caractère personnel,[568] que le matériel permettant l'identification génétique[569]. Intégrant formellement les empreintes digitales mémorisées au sein du FAED, la divulgation non autorisée de données à caractère personnel doit avoir pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé, ou à l'intimité de sa vie privée[570]. Elle peut intervenir de manière non intentionnelle[571]. Par opposition, le délit lié à la divulgation d'empreintes génétiques connaît un domaine d'application plus restreint. L'objectif est ici

[562] L'article R-53-18 du Code de procédure pénale autorise l'accès aux informations contenues dans le FNAEG aux seuls personnels de la sous-direction de la police technique et scientifique, de la direction centrale de la police judiciaire de la police nationale, et ceux de la gendarmerie nationale tandis que l'article 8 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015 autorise l'accès au FNAED aux fonctionnaires et militaires individuellement désignés et habilités des services d'identité judiciaire de la police nationale, du service central de renseignement criminel de la gendarmerie nationale ainsi que des unités de recherches de la gendarmerie nationale.
[563] Article 8 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, modifié par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015
[564] C. pr. pén., art. R. 53-18 al. 2, limitant le champ de la consultation au seul état civil lorsque l'officier de police judiciaire agit en vertu des dispositions de l'article 706-56, I du Code de procédure pénale et art. R. 53-19-1, s'agissant des rapprochements d'empreintes génétiques.
[565] C. pr. pén., art. R. 53-18 al. 3, restreignant le champ de la consultation aux seules données enregistrées dans le fichier, à l'exception de celles relatives aux résultats d'analyse, les personnels affectés au service central de préservation des prélèvements biologiques dûment habilités étant par ailleurs autorisés à y enregistrer les informations relatives aux scellés.
[566] Article 8-1 du décret n° 87-249 du 8 avr. 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, créé par le décret n° 2015-1805 du 28 décembre 2015.
[567] C. pr. pén., art. R. 53-18, prévoyant expressément la mise en place d'un dispositif permettant de retracer l'accès au fichier par suivi informatique.
[568] C. pén., art. 226-22
[569] C. pén., art 226-28
[570] C. pén., art. 226-22 al. 1
[571] C. pén., art. 226-22 al. 2

d'interdire la communication intentionnelle du profil ADN réalisé au cours d'une procédure[572]. En termes de sanctions, la sévérité d'une divulgation de données personnelles[573] peut surprendre, comparativement à celle des empreintes génétiques[574]. L'essor dans l'utilisation des capteurs biométriques, autorisant l'accès à une zone protégée ou le paiement d'une somme d'argent déterminée, favorise les risques d'usurpation d'identité. Les dangers liés à la divulgation des informations personnelles, accentués par la banalisation des bases de données informatisées, expliquent sans doute la rigueur du dispositif répressif.

TITRE 2 – L'OBTENTION D'UN ELEMENT PROBANT

108. Source de la preuve. – L'avènement de la preuve morale reconnaît, entre les mains du seul juge, le pouvoir d'élever au rang de preuve l'élément probatoire l'ayant convaincu de la réalité d'une infraction. Ce faisant, chacun d'entre eux se trouve assimilé à un indice, capable de rendre simplement possible le fait infractionnel. Le juge donne naissance à la preuve, et l'indice nourrit sa conviction. Dans un système où la preuve est déterminée par l'intime conviction du juge, s'intéresser à l'indice revient en réalité à s'intéresser à l'ensemble des éléments probatoires. Cependant, ce dernier doit tout de même présenter des caractères adéquats, lui octroyant la capacité de « rendre possible » l'infraction. L'indice est constitué d'un contenant matériel, perçu par l'enquêteur, au sein duquel un contenu informationnel est intellectuellement interprété, afin d'en déduire comportement infractionnel vraisemblable. La capacité de l'indice à rendre possible le fait en lien avec une infraction suppose, outre son appréhension matérielle par l'enquêteur, la crédibilité des informations qu'il encapsule.

109. Caractère probant de l'indice. – L'avènement de la preuve morale s'oppose à la détermination légale d'une valeur probante. Elle constituerait l'exception de notre système juridique actuel. Les procès-verbaux disposent pourtant d'une valeur probante légalement fixée. En dehors de ces cas, la fiabilité du contenu informationnel est présumée par l'observateur, à partir des qualités présentées par son contenant matériel. La crédibilité du contenu informationnel est subjectivement appréciée selon une force probante déduite de la fiabilité du contenant matériel. Les conditions légales dictant la mise en œuvre d'un moyen d'investigation

[572] C. pén., art. 226-28 al. 2

[573] L'article 226-22 du Code pénal prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende lorsque la divulgation de données personnelles est intentionnelle, laquelle est réduite respectivement à trois ans et 100 000 euros lorsqu'elle est commise par imprudence ou négligence.

[574] L'article 226-28 du Code pénal réprime les faits de divulgation d'informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques par une peine d'emprisonnement d'un an assortie d'une amende de 15 000 euros.

tendent à assurer la fiabilité de l'indice obtenu. Il peut d'abord s'agir de vérifier la valeur probante attribuée à son contenu informationnel (Chapitre 1). Il peut ensuite s'agir de garantir la fiabilité de son contenant matériel (Chapitre 2).

Chapitre 1 - La fiabilité du contenant matériel de l'indice

110. Force probante de l'indice. – L'apparence infractionnelle résulte de l'interprétation d'un contenu informationnel encapsulé au sein de l'indice. Cependant, il n'est pas toujours possible d'attribuer à ce contenu une valeur probante. Celle-ci suppose une évaluation préalable. Lorsqu'elle n'est pas évaluable, la fiabilité du contenu informationnel suppose la fiabilité de son support matériel. Il pourrait s'agir d'une présomption de fiabilité. La force probante reconnue au contenu informationnel résulte, dans ce cas, des seuls gages de fiabilité présentée par son contenant matériel. Les conditions légales, régissant la mise en œuvre du moyen d'investigation, parviennent à assurer la fiabilité du contenant matériel de l'élément probatoire. Soit, d'une part, en lui attribuant des qualités extrinsèques de fiabilité, de manière à neutraliser le subjectivisme entourant son obtention (Section 1). Soit, d'autre part, en veillant à préserver les qualités intrinsèques dont il dispose, en raison de l'immuabilité structurelle de son support matériel (Section 2).

Section 1 – L'attribution de qualités probantes extrinsèques

111. Garanties légales de fiabilités**.** – La fiabilité du contenant matériel de l'indice peut s'avérer constante ou, à l'inverse, être marquée par une importante fluctuation. Le subjectivisme entourant son obtention explique cette grande disparité. D'abord, le rôle actif joué par l'enquêteur dans le déroulement de l'interrogatoire, ou dans la mise en œuvre d'une perquisition, implique la possible altération du contenant matériel obtenu. La parole, ensuite, dépend du seul déclarant, avec toutes les fragilités qui en résultent. Aucune qualité de fiabilité intrinsèque ne peut être attribuée à l'indice d'origine subjective. Afin d'y remédier, le législateur soumet l'obtention de l'élément probatoire à la validation de conditions légales. Elles seront destinées à octroyer des qualités de fiabilité extrinsèques au contenant matériel de l'indice. Le subjectivisme s'en trouve neutralisé. Le régime lié à la mise en œuvre d'un moyen d'investigation tend à assurer la confiance dans l'indice. La neutralité, légalement aménagée dans la mise en œuvre des procédés d'investigation (§2), contribue, par conséquent, à atténuer la subjectivité attachée à l'obtention de l'indice (§1).

§ 1 – La subjectivité attachée à l'obtention de l'indice

112. Source subjective du contenant matériel. – Le subjectivisme inhérent à l'obtention de l'élément probatoire rend impossible la détermination de qualités probantes intrinsèques. Lorsque la mise en lumière du contenant matériel dépend principalement du rôle joué par l'homme, enquêteur d'une part (A), ou déclarant d'autre part (B), la subjectivité qui en résulte anéantit la possibilité de lui reconnaître des qualités propres, attestant de sa fiabilité.

A. La versatilité de l'indice révélé par l'enquêteur

113. Rôle de l'enquêteur. – De nombreuses affaires, notamment celles jugées par la Cour européenne des droits de l'homme, ont mis en exergue les écarts de rigueur susceptibles d'exister dans le comportement de l'enquêteur. Cette potentielle déviance fait naître un doute sur la fiabilité de l'élément probatoire qu'il révèle. La confiance susceptible de lui être accordée en pâtit, et rend impossible l'attribution de qualités intrinsèques de fiabilité, en faveur du contenant matériel de l'indice. Le caractère fondamental de l'interrogatoire, ou de l'audition, dans la recherche d'une vérité judiciaire ne doit pas évincer le doute pesant sur la fiabilité de l'indice obtenu. Il importe de considérer la versatilité comportementale de l'enquêteur afin qu'un encadrement légal puisse être à même d'en neutraliser la subjectivité.

1. La révélation soumise à l'action coercitive de l'enquêteur

114. Rôle central de l'enquêteur. – Malgré les progrès réalisés dans le perfectionnement des moyens d'investigation, la reconnaissance de culpabilité par la personne mise en cause elle-même dispose d'un impact élevé. L'aveu reste l'élément probatoire recherché au cours des investigations en raison du réconfort qu'il apporte[575]. Avec le régime de la preuve légale, l'aveu se voit affubler de la plus haute des distinctions légales. La reconnaissance d'une culpabilité s'impose au juge, sans qu'il ne puisse la remettre en question. Ce faisant, la reconnaissance de culpabilité vaut culpabilité prouvée. Une telle évidence ne saurait, aujourd'hui, exister en raison de l'exigence d'une preuve morale. Cette dernière résulte, désormais, d'une intime conviction du juge, forgée à partir d'indices, parmi lesquels peut d'ailleurs figurer la parole de l'individu. C'est précisément en raison de l'apport d'une parole, au sein des investigations, qu'il existe une pérennité des moyens mis en œuvre afin d'organiser sa recherche, au moyen d'une audition ou

[575] GAMBIER, La défense des droits de la personne dans la recherche des preuves en procédure pénale française, *Dr. pénal* 1992. chron. 66, spéc. n° 4

d'un interrogatoire. L'investigation se nourrit d'indices, obtenus selon des moyens d'investigation plus ou moins modernes, sans qu'il faille soumettre leur importance à la fraîcheur de leur découverte. La perquisition consiste, pour l'enquêteur, à rechercher activement des éléments matériels corporels dissimulés au sein d'un lieu clos. Cette action de recherche, activement menée par l'enquêteur, est inhérente à la perquisition. Elle représente le critère à même de la distinguer d'une remise volontaire[576]. Les moyens d'investigation utilisés pour révéler la parole du déclarant, ou la chose dissimulée, confèrent à l'enquêteur une place centrale. Celle-ci est d'autant plus prégnante au cours de l'interrogatoire, puisqu'il s'agit d'aider la révélation d'une reconnaissance de culpabilité au moyen d'une interaction activement menée[577]. L'interrogatoire reposerait par conséquent sur le rôle actif joué par l'enquêteur chargé d'interroger le suspect. Il se distinguerait principalement de l'audition. Le jeu coercitif, mis en exergue par l'enquêteur dans l'obtention d'un élément probatoire, se retrouve au cours des perquisitions. L'efficacité des investigations, souhaitée par le législateur, engendre l'autorisation de perquisitions en l'absence de l'assentiment de la personne visée[578]. Le calque du régime de la flagrance sur l'enquête préliminaire devient plus prégnant depuis la loi du 9 mars 2004. La gravité de l'atteinte sociale impose d'accélérer le rythme de l'enquête. L'introduction du traitement en temps réel des affaires pénales explique, sans doute, le succès de la garde à vue. Autorisée contre la personne suspectée, elle tendrait à améliorer l'efficacité des investigations en facilitant la révélation de l'aveu[579].

115. Rôle secondaire de l'expert. – Une question se pose, en pratique, quant à la détermination du rôle de l'expert souhaitant questionner la personne mise en examen. Dans ce cas, l'article 164 du Code de procédure pénale fait référence aux formalités prévues par les articles 114 et 119 du même code, interdisant au seul expert d'interroger la personne mise en examen. L'aveu recueilli au cours d'une expertise aura été obtenu au moyen d'un interrogatoire réalisé par le juge d'instruction. Le cadre légal s'oppose à la pratique des expertises « psycho criminologiques », où le juge d'instruction missionne un expert, dans le but de lui déléguer des attributions relevant de sa seule compétence[580]. Lorsque le contenu d'une parole porte sur de simples déclarations, l'expert peut les recevoir de la personne mise en examen, ou du témoin assisté, sur autorisation du juge d'instruction. Les médecins psychologues peuvent entendre la

[576] Crim. 20 sept. 1995, n° 95-81.140, Bull. crim. n° 276
[577] Crim. 2 févr. 1928, Bull. crim. n° 45 ; Crim. 21 févr. 1967, Bull. crim. n° 72; Crim. 4 oct. 1968, Bull. crim. n° 245
[578] C. pr. pén., art. 76
[579] R. MERLE, La garde à vue, *Gaz. Pal*. 1969. 2, p. 17-19
[580] Crim. 29 janv. 2003, n° 02-86.774, Bull. crim. n° 22

personne mise en examen, dans le cadre des missions leur étant confiées, hors la présence du juge et de son avocat. L'échange avec le praticien peut concerner les faits infractionnels lui étant reprochés[581], couverts par le secret médical[582]. L'avis médical qui en résulte nécessite d'entendre la personne examinée. Cette dernière pourrait se livrer sur les faits infractionnels, motivant sa mise en examen. Pour autant, ces confidences sont précisément révélées en raison de la pérennité d'un secret professionnel[583]. Elles trouvent leur utilité dans l'établissement d'un diagnostic psychiatrique ou psychologique[584]. Il ne saurait être caractérisé d'aveu, au sens juridique du terme, lorsque l'expert entend la personne mise en cause. La reconnaissance de culpabilité retranscrite dans un rapport d'expertise demeure un indice[585].

2. La fiabilité menacée par l'action coercitive de l'enquêteur

116. Pressions psychologiques. – Si la coercition inhérente à l'action de l'enquêteur facilite la révélation de l'indice, elle peut également générer une pression psychologique néfaste à sa fiabilité. Un sentiment de faiblesse pourrait être alimenté pour arracher une reconnaissance de culpabilité[586]. Les études réalisées sur la question démontrent qu'un innocent, placé dans une situation de conditionnement psychologique, serait plus enclin à reconnaître sa culpabilité que les personnes réellement coupables. Le risque est d'autant plus important qu'un tel indice constituera, par la suite, le fondement d'une composition pénale, ou d'une reconnaissance préalable de culpabilité.

117. Pressions physiques. – L'action coercitive usitée par l'enquêteur trouve un écho négatif dans les décisions rendues par les juges de Strasbourg. Certaines font état des traitements inhumains infligés, au risque de diminuer la crédibilité des déclarations révélées au cours d'une garde à vue[587]. Les pressions physiques s'écartent de la tempérance imposée par le respect de

[581] Crim. 30 avr. 1996, n° 96-80.829, Bull. crim. n° 183
[582] V. ARCHER, Les limites structurantes de la relation médecin-magistrat, *AJ pénal* 2004. 147
[583] V. LOPEZ et TZITZIS, « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin », Dictionnaire des sciences criminelles, 2004
[584] Un adage de médecine résume ainsi la situation : « il n'y a pas de soins sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret ». La règle est d'ailleurs reproduite à l'article 4 du code de déontologie des médecins, désormais codifié à l'article R. 4127-4 du code de la santé publique, et traduit l'esprit du serment d'Hippocrate.
[585] V. GLEZER, L'expert psychiatre, auxiliaire de justice à charge ou à décharge ?, *Rev. pénit*. 2005. 863, spéc. 866
[586] BIHAN et BÉNÉZECH, "Psychology of false confessions: Classical and contemporary data", *Annales médico-psychologiques* 2013, vol. 171, p. 468. - KASSIN, DRIZIN, GRISSO, GUDJONSSON, LEO and REDLICH, "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations", *Law Hum Behav* 2010, n° 34, p. 3 s.
[587] CEDH 1er avr. 2004, Rivas c/France, req. n° 59584/00, *AJ pénal* 2004. 206, obs. COSTE - CEDH 1er sept. 2006, Taïs c/France, req. n° 39922/03, *AJ pénal* 2006. 403, obs. SAAS

la dignité humaine[588]. L'intervention d'un tiers, au cours de l'enquête, contribue à amoindrir les risques pesant sur la fiabilité de l'indice révélé. Les investigations corporelles internes, dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants, sont dorénavant réalisées par le seul médecin requis à cet effet[589]. La présence d'un défenseur doit être perçue comme un support, favorable à la personne mise en cause[590]. Aucune condamnation ne peut d'ailleurs être prononcée contre une personne, sur le seul fondement de déclarations qu'elle aurait faites, sans avoir pu s'entretenir avec son avocat.

B. La versatilité de l'indice révélé par le déclarant

118. Fragilités humaines. – Dans toute son humanité, la personne du déclarant demeure extrêmement perméable aux opinions extérieures. Il en résulte une versatilité la parole révélée, rendant délicat l'octroi d'une quelconque qualité intrinsèque de fiabilité. La science a tenté de supprimer la conscience animant tout homme. Par l'emploi de procédés médicamenteux, le libre arbitre est affaibli. Le résultat consiste en une altération du caractère probant des propos recueillis. Certains scientifiques se sont aussi attachés à analyser les dires du déclarant, afin d'en interpréter la véracité. Les expériences menées démontrent la grande versatilité de la parole révélée.

1. La fragilité d'une parole physiologiquement altérée

119. Versatilité de la parole. – S'il est toujours réconfortant pour l'enquêteur à entendre, l'aveu reste soumis aux aléas de la conscience humaine. L'état de fatigue d'une personne, l'interaction parfois intimidante avec l'enquêteur, ou encore son instabilité psychologique peuvent engendrer la reconnaissance d'une culpabilité usurpée. La spontanéité de la parole devient son principal inconvénient lorsqu'il s'agit d'en apprécier la fiabilité. Les souvenirs subissent l'influence du temps passé, tandis que les déclarations peuvent être influencées par des facteurs irrationnels, tels que la peur, ou le désir narcissique.

[588] CEDH 24 juill. 2001, Valasinas c/ Lituanie, req. n° 44558/98, *JCP* 2001. I. 105, obs. SUDRE - CEDH 12 juin 2007, Frerot c/France, req. n° 70204/01, *D*. 2007. Pan. 2637, obs. Garé ; *D*. 2007. Pan. 1016, obs. CERE ; *RSC* 2008. 410, obs. PONCELA ; *AJ pénal* 2007. 336, note HERZOG-EVANS ; *JCP* 2007. I. 182, obs. SUDRE ; *RFDA* 2008. 737, obs. LABAYLE et SUDRE ; *Dr. pénal* 2008. 3, obs. DREYER

[589] C. pr. pén., art. 63-5

[590] CEDH 28 juill. 1999, Selmouni c/France, req. n° 25803/94, *RGDIP* 2000. 181, obs. COHEN-JONATHAN ; *AFDI* 1999. 747, obs. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI* 2000. 118, obs. BENZIMRA-HAZAN ; *RTDH* 2000. 138, obs. LAMBERT ; *RSC* 1999. 891, obs. MASSIAS ; *D.* 2000. Somm. 179, obs. RENUCCI ; *JCP* 1999. II. 10193, note SUDRE ; *RTD civ*. 1999. 911, obs. MARGUÉNAUD ; *D*. 2000. Somm. 31, obs. MAYAUD

120. Portée probatoire encadrée. – Les conditions légales liées au recueil d'une parole ne peuvent, à elles seules, en garantir la fiabilité. Les altérations, dictées par le temps et les sensations internes à l'individu, demeurent des facteurs difficilement maîtrisables[591]. La conscience des conséquences d'une reconnaissance de culpabilité ne peut suffire à endiguer les phénomènes d'accusation erronée. Dès lors, la seule liberté de l'aveu ne peut en garantir la fiabilité. Il peut d'ailleurs être rétracté jusqu'à la clôture des débats. Le caractère versatile de la parole anéantit toute possibilité d'en déterminer les qualités probatoires intrinsèques.[592] Depuis la réforme de 2011[593], le législateur limite la portée procédurale des déclarations faites par une personne[594]. Aucune condamnation ne peut être prononcée, sur le seul fondement d'une parole prononcée, sans entretien préalable avec un avocat. Cette approche est confortée par la vision des juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge doit pondérer la valeur des déclarations incriminantes par la recherche d'autres éléments probatoires amenés à les compléter[595]. Au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit à un procès équitable, il est imposé aux juridictions répressives de faire reposer leur décision de condamnation sur plusieurs éléments probatoires à charge. Le seul témoignage ne doit pas en constituer l'unique fondement[596]. A la différence de notre législateur, la jurisprudence européenne affirme ses doutes quant à la fiabilité d'une parole prononcée, quand bien même aurait-elle été accompagnée par l'assistance d'un avocat. La considération légale des fragilités susceptibles de lézarder la fiabilité d'une parole donnée existait avant même la rédaction d'un article préliminaire au sein du Code de procédure pénale. Le prononcé d'une peine complémentaire de privation des droits civiques, civils et de famille a ainsi toujours emporté l'interdiction du droit de témoigner en justice, autrement que pour faire de simples déclarations[597]. La crainte d'un manque d'impartialité de la personne définitivement condamnée justifie cette interdiction. Un risque de partialité se retrouve lorsque les liens intimes et familiaux unissent le témoin aux personnes poursuivies. Il est interdit de recourir aux témoignages des parents et alliés de la personne poursuivie[598], des ascendants, descendants,

[591] V. LASSALLE, La fiabilité du témoignage *in* Le droit dans le souvenir, 1998, *PUAM*, p. 250 s
[592] Crim. 19 août 1841, Bull. crim. n° 252. - Crim. 28 juill. 1881, *D*. 1882. I. 185
[593] Loi n° 2011-932 du 14 avril 2011
[594] V. DANET, « Le nouvel article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pénal* 2011. 331
[595] CEDH 23 févr. 2010, Yoldas c/Turquie, req. n° 27503/04, *Dr. pénal* 2011. 3, obs. DREYER. - CEDH 15 déc. 2011, Al-Khawaja et Tahery c/Royaume-Uni, req. n° 26766/05 et 22228/06, *D*. 2012. 586, note RENUCCI ; *JDI* 2012. 1051, obs. BACHELET ; *RTDH* 2012. 693, obs. MICHIELS
[596] CEDH, 3e sect., 13 nov. 2003, req. n° 71846/01, Rachdad c/France, BICC 599, n° 4 ; *AJ pénal* 2004. 76, obs. LEBLOIS-HAPPE ; *D*. 2004. Somm. 988, obs. RENUCCI
[597] C. pén., art. 131-26, 4°
[598] C. pr. pén., art. 335, 446 et 536

sœurs et alliés au même degré[599], ainsi que le conjoint même après divorce[600]. En revanche, l'exclusion des témoins ne se retrouve pas concernant les parents et alliés de la victime[601]. Si le jeune âge du témoin mineur explique qu'il ne puisse prêter serment lorsqu'il est entendu en justice, il est étonnant de constater qu'aucune mesure semblable n'existe s'agissant des majeurs protégés[602]. La réforme opérée par la loi du 5 mars 2007[603], relative à la protection juridique des majeurs, n'a finalement pas réglé la question[604]. Au stade de l'instruction, la présence d'indices graves et concordants, laissant présumer la participation de la personne visée aux faits infractionnels recherchés, s'oppose à son audition en tant que témoin[605]. Destinée à éviter les inculpations tardives, et ayant pour but de préserver les droits de la défense, cette règle impose de recueillir les propos d'une personne, après lui avoir octroyé la qualité de témoin assisté,[606] ou de mis en examen.

121. Limitation du témoignage anonyme. – L'esprit humain est ainsi fait qu'il se persuade, parfois, d'une vérité qui n'existe pas. L'imperfection des souvenirs justifie le regard méfiant porté sur l'anonymat d'un témoignage qui, par essence, rendrait impossible toute discussion[607]. L'intérêt de l'anonymat se comprend lorsque pèse sur le témoin un risque de représailles. La question d'une protection de l'anonymat du témoin est connue depuis le recours aux indicateurs, en tant que pratique policière[608], officiellement reconnue à travers la légalisation de leur rémunération[609]. Les opérations d'infiltration, réalisées par les agents appartenant aux forces de l'ordre reposent aussi sur l'anonymat conservé. La parole anonymement gardée par l'enquêteur infiltré ne peut constituer l'unique fondement d'une condamnation pénale[610]. L'anonymat du témoignage ne doit pas s'apparenter à une absence de confrontation avec la personne qu'il vise. Le législateur a été amené à prévoir une possibilité de confrontation, au moyen de procédés

[599] Crim. 26 juill. 1966, obs. ROBERT, *RSC* 1967. 190. - Crim. 30 mars 1977, Bull. crim. n° 118. - Crim. 14 mars 1984, *D*. 1984. IR 314. - Crim. 5 déc. 1990, n° 90-81.209, Bull. crim. n° 418. - Crim. 12 déc. 1990, n° 90-82.175, Bull. crim. n° 428. - Crim. 14 oct. 1992, n° 91-86.985, Bull. crim. n° 323. - Crim. 4 mars 1998, n° 97-82.360, Bull. crim. n° 83. - Crim. 26 janv. 2000, n° 99-82.979, Bull. crim. n° 43
[600] Crim. 30 mars 1977, Bull. crim. n° 118
[601] C. pr. pén., art. 335, 6° et art. 442
[602] V. en ce sens, DESCOT, La participation du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007, *AJ pénal* 2008. 21
[603] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007
[604] Crim. 1er déc. 1949, Bull. crim. n° 324
[605] C. pr. pén., art. 105
[606] C. pr. pén., art. 113-1
[607] V. PETTITI, Témoins anonymes, *RSC* 1990. 149
[608] V. DI MARINO, « L'indicateur » *in* Problèmes actuels de sciences criminelles, III, 1990, *PUAM*, p. 63 s.
[609] Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995
[610] C. pr. pén., art. 706-87

techniques visant à dissimuler le son et l'image[611]. La logique du contradictoire[612] rend acceptable, par les juges de Strasbourg[613], la pratique d'un anonymat garanti au témoin. La discussion devient une manière d'en déceler les éventuelles incohérences[614]. L'utilisation d'un témoignage anonyme impose qu'il puisse être contradictoirement discuté d'une part, et qu'il ne constitue pas l'unique fondement de la culpabilité pénale d'autre part[615]. Le législateur limite l'anonymat du témoignage aux seules personnes sur lesquelles n'existe aucune raison plausible de soupçonner la commission d'une infraction[616]. L'anonymat du témoignage exige la caractérisation d'un risque grave de mise en danger, pesant tant sur le témoin lui-même que sur ses proches[617]. Le législateur octroie à la personne mise en examen la possibilité de contester, dans un délai de dix jours, l'audition anonymement réalisée[618]. Le défaut de fiabilité justifie le refus jurisprudentiel de considérer le procès-verbal, chargé de recueillir le témoignage anonyme, comme un procès-verbal d'audition. Il s'agirait d'un simple renseignement, destiné à guider les futures investigations de la police judiciaire, sans pouvoir constituer un élément probatoire[619].

2. La fragilité d'une parole scientifiquement altérée

122. Limitation de la conscience. – A l'époque où l'aveu de culpabilité était auréolé d'une importante valeur probante, la science s'est intéressée à résoudre l'impact négatif d'une conscience, agissant comme un filtre lors de l'interrogatoire. Considéré comme une preuve

[611] C. pr. pén., art. 706-86
[612] GROTRIAN, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Dossier sur les droits de l'Homme, n° 13, Conseil de l'Europe, 1994, n° 123
[613] CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/Portugal, req. n° 25829/94, Rec. CEDH, p. 1998 -IV ; *RSC* 1999. 384, obs. KOERING-JOULIN. - CEDH 7 sept. 2004, Eurofinacom c/France, req. n° 58753/00, Rec. CEDH, p. 2004 - VII. - CEDH 5 févr. 2008, Ramanauskas c/Lithuanie, req. n° 74420/01, *RSC* 2008. 692 - CEDH 4 nov. 2010, Bannikova c/Russie, req. n° 18757/06, *Dalloz Actualités*, 19 nov. 2010, obs. SCHURRER
[614] RENUCCI, Les témoins anonymes et la Convention européenne des droits de l'homme, *RD pénal* 1998. 3. - GUERRIN, Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH* 2002. 45. - MATSOPOULOU, Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale, *in* Mélanges offerts à J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, 2007, *Cujas*, spéc. p. 429 s
[615] CEDH 19 déc. 1990, Delta c/France, série A, n° 191-A ; Cass. crim. 26 mars 1998, n° 97-81.214, Bull. crim., n° 883 ; 4 juin 1998, n° 97-82.618, Bull. crim., n° 184
[616] C. pr. pén., art. 706-57 depuis la loi n° 95-73 du 21 janv. 1995, V. en ce sens, Crim. 8 juill. 2015, n° 15-82.383, *AJ pénal* 2015. 554, obs. D. BRACH-THIEL
[617] C. pr. pén., art. 706-58 depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001
[618] C. pr. pén., art. 706-60. V. sur une appréciation critique de cette procédure : LE CALVEZ, Les dangers du « X » en procédure pénale. Opinion contre le témoin anonyme, *D*. 2002. chron. 3024
[619] Crim. 9 juill. 2003, n° 03-82.119, Bull. crim. n° 138 ; *D*. 2003. IR 2285 ; *JCP* 2003. IV. 2667; *AJ pénal* 2003. 73 ; *Gaz. Pal*. 17-18 nov. 2004, p. 7, note FIORI-KHAYAT ; Crim. 28 mai 2014, n° 11-81.640, Bull. crim. n° 142; *Dalloz actualité*, 17 juin 2014, obs. BOMBLED ; *AJ pénal* 2014. 542, obs. ASCENSI

irréfutable, l'aveu pouvait être provoqué par le biais d'un arsenal médical[620]. L'empreinte génétique apparaît, aujourd'hui, s'être substituée à l'aveu au rang des preuves déterminantes du procès pénal[621]. Destinées à faciliter la révélation d'un aveu, des tentatives sont apparues afin de supprimer le subjectivisme propre à la parole. Il en résulte une dénaturation de la parole donnée, par l'altération de sa structure matérielle. L'utilisation du pentothal fut rapidement proscrite au cours des interrogatoires. Seuls les experts avaient la possibilité d'en utiliser au cours des narco-expertises destinées à déceler la simulation.

123. Analyse de la conscience. – Désigné sous l'expression de détecteur de mensonges, le polygraphe propose de retracer les manifestations émotives de l'organisme humain, à travers une parole donnée. L'individu doit simplement répondre aux questions ciblées, posées par l'enquêteur spécialement formé à la technique que requiert ce procédé[622]. L'analyse des stimulations enregistrées au moyen d'un appareil autorise à évaluer la vérité des paroles révélées. Les stigmates du mensonge apparaissent dans les réactions nerveuses de l'individu interrogé. Un tel procédé place la personne habituée à mentir au-dessus de tout risque de voir déceler son absence de sincérité. Cette limite explique l'absence de consensus scientifique sur la valeur probante des analyses fournies à partir d'un polygraphe. Des tentatives similaires ont récemment vu le jour avec l'analyse des zones cérébrales mises en activité durant l'interrogatoire pratiqué au cours d'une IRM fonctionnelle. Le souhait de parvenir à une vérité objective à travers l'esprit humain se heurte, systématiquement, à la subjectivité d'une conscience. La capacité, relative, de l'esprit humain à rendre état de l'exacte réalité dans la parole qu'il révèle est une constante.

[620] HEUYER, Narco-analyse et narco-diagnostic, *RSC* 1950. 7. - CADÈNE, La preuve en matière pénale : essai d'une théorie générale, thèse, Montpellier, 1963, p. 198 s. - MELLOR, Vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel ?, *RSC* 1958. 371. - SUSINI, L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromiques ?, *RSC* 1986. 915. - VOUIN, L'emploi de la narco-analyse en médecine légale, *D*. 1949. 101 - PUIGELIER et TIJUS, L'hypnose en tant que moyen de preuve, *in* Science, éthique et droit, 2007, *Odile Jacob*, p. 149

[621] PASCAL et SCHLENK, L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue, *AJ pénal* 2004. 24 - GALLOUX, Les empreintes génétiques : la preuve parfaite ?, *JCP* 1991. I. 3497 ; AMBROISE-CASTÉROT, Les empreintes génétiques en procédure pénale, Mélanges Bouloc, 2007, *Litec*, p. 20 s.

[622] MANDET, Le polygraphe et son utilisation en justice, *RI crim. et pol. techn*. 1959. 298. - SUSINI, Un nouveau chapitre de police scientifique : la détection objective du mensonge, *RI crim. et pol. techn*. 1960. 326. - CLÉMENT, Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges, *RI crim. et pol. techn*. 2004. 55. - PALMATIER, Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonge ? Un point de vue des États-Unis, *AJ pénal* 2008. 124

§ 2 – La neutralité aménagée dans l'obtention de l'indice

124. Innocence présumée. – L'efficacité dans la recherche de la vérité, érigée en tant que principe constitutionnel, justifie une action investigatrice progressivement renforcée. L'atteinte, corrélativement portée à l'innocence présumée d'une personne non encore jugée exige toutefois que lui soient attribués des droits. Le principe d'équité canalise l'efficacité dans la recherche de la vérité. Fondée sur les indices obtenus, l'apparence infractionnelle vraisemblable impose le maintien d'un équilibre procédural. Il faudra attendre la loi du 15 juin 2000 pour qu'apparaisse, du moins dans son intitulé, une véritable volonté législative de protéger la présomption d'innocence. Plutôt que de reconnaître des droits aux seules parties à la procédure, la réforme octroie une protection fondée sur l'apparence vraisemblable d'une atteinte portée aux intérêts de la société. Tandis que la qualité de partie à la procédure ne peut être reconnue préalablement au déclenchement des poursuites, l'effectivité d'une innocence présumée implique l'octroi d'un socle embryonnaire de droits (A). La protection des personnes mises en cause contribue à fiabiliser les indices obtenus (B).

A. L'attribution de droits justifiés par l'innocence présumée

125. Rôle de l'apparence infractionnelle. – L'apparence infractionnelle appréciée à l'aune des indices autorise la mise en œuvre d'une coercition, autant qu'elle commande l'octroi de droits corrélatifs. Il serait ainsi préférable de mettre en œuvre les droits de la défense dès qu'il existe une coercition à l'encontre du mis en cause, plutôt que de les faire dépendre d'un stade procédural postérieur au déclenchement des poursuites. Les droits de la défense peuvent se comprendre comme un contrepoids à la coercition, et non uniquement comme des droits accordés à la seule partie défenderesse. La cohérence d'un droit de se taire, ou d'un droit à ne pas participer à sa propre incrimination, fait défaut lorsqu'il n'est reconnu postérieurement au déclenchement des poursuites. Le statut de partie contraste avec sa situation antérieure au cours de l'enquête de police. Bien que cette phase brille par sa souplesse, la reconnaissance de droits pourrait intervenir dès qu'une coercition s'instaure. La coercition susceptible d'être exercée au cours de la mise en état implique la préparation d'une défense par la personne mise en cause. La gravité d'une infraction vraisemblable questionne l'étendue des droits susceptibles d'être octroyés à la personne mise en cause. La place de l'avocat au cours de la garde à vue stigmatise la confrontation entre les objectifs antagonistes d'efficacité des investigations et de protection des libertés individuelles. Les faits de terrorisme connaissent un régime spécifique visant à

raréfier l'intervention de l'avocat[623]. L'atteinte portée au postulat protecteur d'une innocence présumée impliquerait l'octroi de droits destinés à compenser le déséquilibre engendré. Le rôle du procureur de la République tend davantage à privilégier l'efficacité immédiate des investigations au détriment d'une efficacité plus réfléchie, prenant en compte l'exigence de fiabilité des indices[624]. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice contribue, inexorablement, à maintenir la position hégémonique des magistrats du parquet au cours de l'enquête, lesquels seraient désormais autorisés à prolonger la mesure de garde à vue, sans présentation préalable de l'intéressé mis en cause s'agissant de la première prolongation de 24 heures.

126. Statut de suspect. – L'apparence infractionnelle déterminerait le statut procédural de la personne mise en cause. L'existence de raisons plausibles de soupçonner une participation à la commission de l'infraction confère le statut de suspect. L'apparence vraisemblable de participation à la commission d'une infraction distinguerait le témoin du suspect[625]. Il est compréhensible qu'une personne à l'encontre de laquelle n'existe aucun élément probatoire à charge soit dispensée de toute forme de coercition[626], possiblement déstabilisante[627]. En considérant, de manière inadéquate la coercition comme l'unique moyen d'atteindre la présomption d'innocence, la liberté maintenue de la personne suspectée revenait finalement à une absence de droits. La personne suspectée, mais restée libre se trouvait ainsi privée du droit de se taire ou de bénéficier de l'assistance d'un avocat[628].

127. Statut de témoin. – Parmi les différences notables entre le témoin véritable, contre lequel n'existe aucune raison plausible de soupçonner la commission d'une infraction, et le

[623] Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC, *RFDC* 1993. 848, note RENOUX

[624] CEDH 10 juill. 2008, Medvedyev c/France, req. n° 3394/03, D. 2008. 3055, note HENNION-JACQUET ; RSC 2010. Chron. 685, obs. MARGUENAUD ; D. 2009. 600, note RENUCCI ; JCP 2009. I. 104, obs. Sudre ; RSC 2009. 176, obs. MARGUENAUD ; AJ pénal 2008. 469, obs. SAAS ; Dr. pénal 2009. 4, obs. Dreyer ; Dr. pénal 2009. 8, obs. LESCLOUS. - CEDH 23 nov. 2010, Moulin c/France, req. n° 37104/06, D. 2011. 277, obs. RENUCCI ; *D*. 2011. 338, obs. PRADEL ; *RSC* 2011. 208, obs. ROETS ; *Procédures* 2011, n° 30, obs. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pénal* 2011. 26, obs. MARON ET HAAS ; Dr. pénal 2011. Chron. 3, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2011. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2012. 1, obs. GEORGET. - CEDH 27 juin 2013, Vassis c/France, req. n° 62736/09, JCP 2013. 843, note MARINO ; *AJ pénal* 2013. 549, obs. ROUSSEL ; *D.* 2013. 1687, obs. BACHELET ; *RSC* 2013. 656, obs. ROETS, *RPDP* 2013. 705, obs. RENUCCI

[625] V. LE COZ, L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014, *AJ pénal* 2014. 320 - GOGORZA, L'interrogatoire au stade policier. À propos d'un concept oublié, *Dr. pénal* 2015. Étude 16

[626] C. pr. pén., art. 62

[627] V. FOURMENT, Audition libre du contrevenant ou garde à l'ouïe ?, *Gaz. Pal*. 23 juill. 2013, n° 204, p. 40 ; ETRILLARD, Monographie du coup de fil policier invitant à passer au poste, *Lexbase*, *Hebdo édition privée*, n° 537 du 25 juill. 2013

[628] Crim. 3 avr. 2013, n° 11-87.333, *Dr. pénal* 2013, comm. 82, MARON ET HAAS ; *RSC* 2013. 842, obs. SALVAT

témoin imparfait possiblement suspecté, figure l'interdiction pour le premier de faire l'objet d'un placement en garde à vue[629]. Les soupçons de l'enquêteur à l'encontre du témoin auditionné obligent à modifier le déroulement de l'audition. Un placement en garde à vue sera mis en œuvre lorsque la contrainte apparaît nécessaire. Elle peut aussi intervenir sous le régime de l'audition libre, octroyant des droits similaires à ceux de la garde à vue sans la contrainte associée. La primauté de l'information dans le cadre d'une procédure pénale, souhaitée par la directive européenne n° 2012/13/UE, a permis la consécration du statut de suspect libre au sein de notre législation nationale[630]. A ce titre, le suspect entendu librement dispose des droits similaires à celui faisant l'objet d'un placement en garde à vue, à ceci près qu'il est informé de son droit d'y mettre fin à tout moment[631].

128. Statut du mis en examen. – Au fil de l'apparition d'indices laissant présumer la commission d'une infraction, les droits reconnus à la personne mise en cause se déploient. Durant l'information judiciaire, la constatation d'indices de culpabilité impose le statut de mise en examen ou de témoin assisté. Une protection supplémentaire résulte du statut de partie à la procédure pénale. L'objectif du dispositif légal consiste à interdire les mises en examen tardives. Compte tenu du risque de pression exercée par le juge d'instruction sur la personne mise en cause, l'intervention de l'avocat est nécessaire au cours de l'information judiciaire.

B. L'effectivité des droits destinés à fiabiliser l'indice

129. Efficacité procédurale. – Les libertés et droits fondamentaux rééquilibrent la situation d'une personne, présumée innocente, contre laquelle se caractérise la vraisemblance d'une participation infractionnelle. Jugulant la coercition justifiée par l'efficacité des investigations, la protection apportée autorise une préparation optimale de leur défense, autant qu'elle préserve la fiabilité des indices obtenus. Le droit au silence et l'assistance effective d'un avocat cristallisent les débats sur l'évolution de la garde à vue, au détriment parfois mis en avant de l'efficacité des investigations[632]. La rénovation du régime légal applicable à la garde à vue n'a

[629] V. GUÉRY, L'avenir du suspect, *AJ pénal* 2005. 232

[630] Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 ; V. TOUILLER, Le statut du suspect à l'ère de l'européanisation de la procédure pénale : entre « petite » et « grande » révolutions, *RSC* 2015. 127 - PELLE, Garde à vue : la réforme de la réforme [acte I], À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014, *D*. 2014. chron. 1508 - VERGES, Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale, *Dr. pénal* 2014, étude 15

[631] C. pr. pén., art. 61-1

[632] CEDH 27 nov. 2008, Salduz c/Turquie, req. n° 36391/02, §§ 50-62, *JCP* 2009. I. 104, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2009 chron. 4, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2010. chron. 1, obs. GUERIN. - CEDH 9 févr. 2010, Boz c/Turquie, req. n° 2039/04, § 33-36. - CEDH 8 déc. 2009, Yesilkava c/Turquie, req. n° 59780/00. - CEDH 24 sept.

toutefois pas permis d'endiguer totalement les mauvais traitements infligés[633]. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rapidement pointé du doigt les incohérences d'une mesure devenue la phase principale de l'enquête. L'accroissement du nombre de personnes ayant les pouvoirs d'officier de police judiciaire et l'instauration d'un traitement en temps réel des affaires pénales demeurent au cœur des critiques[634]. Si l'intervention d'un défenseur et le silence de la personne gardée à vue peuvent ralentir l'enquête et amoindrir l'efficacité dans la recherche de la vérité, il s'agit néanmoins d'un effet à court terme. Les droits accordés engendrent également une amélioration de la fiabilité des indices révélés en réduisant les risques de pressions physiques et psychologiques. Les juges de Strasbourg tentent d'insuffler cette vision d'une procédure où l'efficacité n'est pas exclusivement liée à la coercition mise en œuvre. La notification du droit au silence dès le début de la mesure ainsi qu'un soutien de l'avocat instauré dès le début des interrogatoires[635] pouvant assurer la révélation d'aveux sans provocation. L'obtention de l'indice se trouve ainsi dénuée d'une contrainte néfaste risquant d'en compromettre le caractère probant[636].

130. Inquisitoire atténué. – Les exigences européennes tenant à la présence de l'avocat au cours d'une mesure de garde à vue se verront inscrites dans la loi du 14 avril 2011[637]. L'application devenue immédiate par décision d'assemblée plénière en date du 15 avril 2011 oblige les juges du fond à constater l'irrégularité des auditions recueillies en l'absence de l'avocat et sans notification préalable du droit au silence[638]. Malgré les insuffisances du texte

2009, Pishchalnikov c/Russie, req. n° 7025/04, *Dr. pénal* 2010. Chron. 1, obs. GUERIN. - CEDH 2 mars 2010, Adamkiewicz c/Pologne, req. n° 54729/00

633 CEDH 1er avr. 2004, Rivas c/France, req. n° 59584/00, *AJ pénal* 2004. 206, obs. COSTE. - CEDH 1er sept. 2006, Taïs c/France, req. n° 39922/03, *AJ pénal* 2006. 403, obs. SAAS

634 Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *Dr. pénal* 2010. 113, obs. MARON ET HAAS ; *AJ pénal* 2010. 470, note PERRIER ; *AJDA* 2010. 1556 ; *D*. 2010. 2254, obs. PRADEL ; *RSC* 2011. 139, obs. GIUDICELLI ET DANET. - CHARRIÈRE BOURNAZEL, Garde à vue, le sursaut républicain, *D*. 2010. 1928

635 CEDH 13 oct. 2009, Dayanan c/Turquie, req. n° 7377/03, §§ 30-34, *RSC* 2010. 23, obs. ROETS ; *D*. 2009. 2897, note RENUCCI ; *AJ pénal* 2010. 27, note SAAS ; *Dr. pénal* 2010, chron. 1, obs. GUERIN ; *Dr. pénal* 2010, chron. 3, obs. DREYER

636 CEDH 14 oct. 2010, Brusco c/France, req. n° 1466/07, § 54, *D*. 2010. chron. 2783. obs. PRADEL ; *D.* 2010. chron. 2809, obs. DREYER ; *D.* 2010. chron. 2950, obs. RENUCCI ; *RSC* 2010. 2011, obs. ROETS ; *Dr. pénal* 2011. chron. 3, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2011. chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Procédures* 2010. 419, obs. CHAVENT-LECLERE. – V. MAURO, Réflexions sur la garde à vue ; à propos de l'arrêt Brusco c/France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 oct. 2010, *Dr. pénal* 2010, étude 29

637 Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 ; V. Cons. const. 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *Dalloz actualité*, 24 nov. 2011, obs. GIRAULT ; *D*. 2011. 3034, note MATSOPOULOU

638 Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242, *Dr. pénal* 2011. 72 et 84, obs. MARON ET HAAS ; *AJ pénal* 2011. 311, obs. MAURO ; *JCP* 2011. 756, note PRADEL ; *D*. 2011. Actu. 1080, obs. LAVRIC ; *D*. 2011. 1128, obs. ROUJOU DE BOUBEE ; *RSC* 2011. 410, obs. GIUDICELLI ; *Dr. pénal* 2011. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2012. 1, obs. GEORGET ; *JCP* 2011. 214, obs. LEROY, *Gaz. Pal*. 17-19 avr. 2011, 10, obs. BACHELET ; V. également BOULOC, *AJ pénal* 2012. 222

initial[639], lequel a d'ailleurs rapidement été modifié[640], les dispositions nouvelles apportent enfin une définition de la garde à vue. Aux termes de l'article 62-2 du Code de procédure pénale, il s'agit d'une « mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs ». Strictement limitée à la nécessité de parvenir à l'un des six objectifs fixés par ce texte, la garde à vue apparaît dorénavant comme une mesure facultative, distinguée de l'audition libre selon l'unique critère coercitif[641]. Dans cette optique de limiter la pression que suscite le placement en garde à vue pour la personne suspectée, le régime juridique prévoit désormais une information immédiate relative à la nature de l'infraction objet de l'enquête, la durée de la mesure, la possibilité de prévenir un proche, d'être examiné par un médecin et bien sûr, de bénéficier d'un entretien avec l'avocat pendant trente minutes à compter de la vingtième heure. Enfin, la personne gardée à vue est informée de son droit d'interroger le procureur de la République, à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la fin de la garde à vue, concernant les suites données à la procédure. La tendance inquisitoriale imprégnant traditionnellement l'interrogatoire limite la prise de parole de l'avocat, restreint à poser les questions que le juge autorise ou pour présenter quelques observations[642]. A moins que la personne mise en examen y ait explicitement renoncé[643], la convocation de l'avocat est obligatoire à la tenue de l'interrogatoire[644]. Ce faisant, la nullité de l'interrogatoire est encourue lorsque la convocation délivrée à une adresse devenue périmée explique l'absence du défenseur de la partie interrogée[645]. Les droits accordés au défenseur l'autorisent à demander la production des originaux d'une écoute téléphonique afin d'en exercer la vérification[646].

[639] CHAVENT-LECLÈRE, La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! À propos de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, *Procédures* 2011, Étude 7 ; MATSOPOULOU, Une réforme inachevée. À propos de la loi du 14 avril 2011, *JCP* 2011. 542 ; MULLER, La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française, *Dr. pénal* 2011. étude 2 ; PRADEL, Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011, *JCP* 2011. étude 665

[640] L. n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans les procédures pénales

[641] V. MURBACH, Réforme de la garde à vue : mémento des conduites à tenir pour les enquêteurs, *AJ pénal* 2011. 359

[642] C. pr. pén., art. 120

[643] Crim. 19 juill. 1989, Bull. crim. n° 293

[644] C. pr. pén., art. 114 - V. Crim. 1er oct. 1985, Bull. crim. n° 288. - Crim. 6 août 1991, *Gaz. Pal*. 1992. 1. Somm. 43, obs. DOUCET

[645] Crim. 16 mai 1974, Bull. crim. n° 181 ; *D*. 1974. 727, note BRUNOIS ; *JCP* 1975. II. 18190, note MAYER-JACK

[646] Versailles, 9 avr. 1993, Gaz. Pal. 1994. 1. Somm. 87 ; Bastia, 24 mai 1994, *JCP* 1995. II. 22393, note GUERY

131. Neutralisation de la subjectivité. – Le régime régissant la perquisition oblige la présence du maître de maison lors des opérations visant à révéler les éléments dissimulés au sein du domicile visité[647]. Sera ainsi vérifiée la présence du propriétaire, d'un représentant désigné ou encore de deux témoins en cas d'empêchement avéré du maître des lieux[648]. Le contrôle opéré de l'action investigatrice menée par l'officier de police judiciaire est capital afin de garantir la fiabilité des éléments matériels révélés. La Chambre criminelle de la Cour de cassation apprécie d'ailleurs strictement l'impossibilité, pour la personne concernée, d'assister à la mesure de perquisition décidée à son encontre[649]. Le contrôle de l'intervention des enquêteurs exigé par le régime légal des perquisitions contribue à garantir la fiabilité des éléments probatoires révélés. Cette exigence semble toutefois concerner les seuls lieux assimilés au domicile de la personne visée, en raison de l'atteinte portée à sa vie privée. La gravité des faits peut justifier l'absence du mis en cause au cours des perquisitions[650]. Le contrôle du déroulement de la mesure s'effectue alors en présence de deux témoins requis par l'officier de police judiciaire[651] ou d'un représentant légal désigné par le maître des lieux[652]. La Chambre criminelle de la Cour de cassation insiste sur le contrôle exercé par les témoins, destiné à garantir la régularité des perquisitions réalisées[653]. Le cadre légal limite l'action de l'agent de police judiciaire, non habilité à exécuter une perquisition dans le cadre de la flagrance. Dans la pratique, il peut néanmoins assister l'officier de police judiciaire à cette fin[654]. Le déroulement de la perquisition fait intervenir plusieurs personnes, c'est-à-dire plusieurs « subjectivités » qu'il est possible de neutraliser par une action de concert. C'est pour cette raison que la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait soumis la mise en œuvre du procédé de sonorisation au contrôle du juge d'instruction[655]. L'absence de régime légal à même de contenir avec la marge de manœuvre des enquêteurs a motivé la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. L'impulsion est donnée au législateur d'élaborer des dispositions spécifiques telles qu'elles régissent ce moyen d'investigation depuis la loi du 9 mars 2004. Il existe assurément un lien entre la volonté de protéger les libertés

[647] Cass. crim. 6 févr. 1997, n° 96-84.018, Bull. crim., n° 49
[648] C. pr. pén., art. 76, al. 3, et 56
[649] Cass. crim. 27 sept. 1984, Bull. crim., n° 275 ; 23 févr. 1988, Bull. crim., n° 91 ; 5 mars 1998, n° 96-82.678, Bull. crim., n° 89
[650] C. pr. pén., art. 706-94, al. 1er
[651] C. pr. pén., art. 57, al. 2
[652] C. pr. pén., art. 706-94, al. 1er
[653] Crim. 14 oct. 2015, n° 15-81.765, *Procédures* déc. 2015, n° 373, obs. CHAVENT-LECLERE
[654] C. pr. pén., art. art. 56 et art. 57 issu de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, V. Crim. 27 juin 2001, n° 01-81.865, *D*. 2001. 2947 ;
[655] Crim. 15 févr. 2000, n° 99-86.623, Bull. crim. n° 68 ; V. ACCOMANDO et GUÉRY, La sonorisation. Un mode légal de preuve ?, *D*. 2002. chron. 2001

individuelles et la volonté de préserver la fiabilité de l'élément probatoire révélé. Le contrôle des ingérences étatiques aboutit en ce sens au contrôle de l'action investigatrice. En contrôlant la proportionnalité de l'ingérence étatique engendrée par la perquisition au domicile de la personne visée, les juges de Strasbourg limitent la mise en œuvre du moyen d'investigation à une stricte nécessité[656]. Inscrits dans le régime légal applicable à la perquisition[657], les principes de nécessité et de proportionnalité sont fondés sur l'apparence infractionnelle résultant de l'interprétation des indices par son observateur. La réalisation des perquisitions en dehors des plages horaires est possible, à condition toutefois qu'elles soient autorisées par le juge d'instruction[658]. Ainsi, l'intervention de l'autorité judiciaire accompagne l'intervention des policiers et neutralise la subjectivité. La subjectivité entoure toujours la réalisation d'une perquisition, mais elle se trouve neutralisée par l'intervention du juge. La motivation de l'autorité judiciaire est rendue obligatoire par le contrôle des ingérences portées envers la vie privée d'une personne présumée innocente[659]. Le procès-verbal dressé par l'enquêteur garantit l'effectivité des droits octroyés. Doivent ainsi être retranscrites au sein du procès-verbal d'audition les informations exigées pour attester de la fiabilité de la parole donnée. Ces exigences légales visent notamment de la durée de l'interrogatoire[660] avec mention du repos, accompagnées de la date de début et fin de garde à vue ainsi que le possible entretien avec un avocat. Les mentions relatives au respect d'un temps suffisant de repos et d'alimentation seront appréciées par le juge afin de déterminer le caractère probant des déclarations réalisées au cours de l'interrogatoire de garde à vue. L'effectivité des droits octroyés à la personne suspectée impose une retranscription, à peine de nullité, des mentions relatives aux conditions de la garde à vue exigées par l'article 64 du Code de procédure pénale[661]. Les questions posées lors de l'interrogatoire seront par ailleurs retranscrites au procès-verbal dans leur intégralité[662]. Au cours de l'instruction, chaque page du procès-verbal se voit paraphée par le juge d'instruction, le greffier et enfin le témoin[663]. Une fois encore, la signature du déclarant fait l'objet de toutes les attentions afin de s'assurer d'une bonne vérification des propos tenus et, par conséquent,

[656] CEDH 16 déc. 1992, Niemetz c/Allemagne, *RTDH* 1993. 467 ; 25 févr. 1993, Funke c/France, série A, n° 256-A ; 16 déc. 1997, Camenzind c/Suisse, Rec. *CEDH*, VIII
[657] C. pr. pén., art. 56 et art. prélim., III
[658] C. pr. pén., art. 706-91
[659] Crim., 8 juill. 2015, n° 15-81.731, *Procédures* 2015. 308, note CHAVENT-LECLERE
[660] Légalement considéré comme une audition par la nouvelle rédaction de l'article 64 du Code de procédure pénale malgré la coercition inévitablement mise en œuvre lorsqu'il existe une mesure de garde à vue
[661] Crim. 8 mars 2000, n° 99-87.319, *D*. 2000. IR 165 ; *Procédures* 2000. 176, obs. BUISSON - Civ. 2e, 23 janv. 2003, n° 01-50.066, *D*. 2003. IR 667 ; *JCP* 2003. IV. 1426
[662] C. pr. pén., art. 429
[663] C. pr. pén., art. 106

d'assurer la fiabilité de la parole retranscrite[664]. Plus encore, l'interrogatoire de première comparution au stade de l'instruction connaît un cadre spécifique, exclusivement mis en œuvre par le juge d'instruction[665]. Conformément aux dispositions de l'article 121 du Code de procédure pénale, le procès-verbal établi à l'occasion de l'interrogatoire retranscrit le plus fidèlement possible la parole révélée, ratures et renvois étant admis à la seule condition d'être approuvés par le juge d'instruction, son greffier ainsi que la personne mise en examen[666]. Il en résulte qu'un doute subsistant sur l'accomplissement d'une formalité substantielle engendrerait la possible nullité de l'acte, justifiée par le défaut d'authenticité de l'élément matériel retranscrit au sein du procès-verbal[667]. L'authentification des propos recueillis exige également la signature de chaque page du procès-verbal par les participants à l'interrogatoire, s'agissant du juge d'instruction, de son greffier, de la personne mise en examen ainsi que de son interprète s'il y a lieu[668]. La relecture sans protestation assure la conformité des déclarations retranscrites au sein du procès-verbal ainsi rédigé, dont la signature apposée lui octroie des qualités extrinsèques de fiabilité. Le refus de signer émanant de la personne mise en examen doit impérativement être retranscrit au sein du procès-verbal. Enfin, l'absence de fiabilité tenant à l'absence de signature des participants à l'interrogatoire vaut au procès-verbal d'être considéré comme non avenu[669]. Le procès-verbal de perquisition relate quant à lui l'ensemble des opérations réalisées au cours de sa mise en œuvre. La description précise des éléments découverts au cours de la perquisition, ainsi que la réponse faite par la personne mise en cause après leur présentation, assure qu'ils aient été reconnus de manière concluante. La régularité formelle du procès-verbal exige ainsi qu'il soit rédigé par un agent compétent, agissant dans l'exercice de ses fonctions. Afin d'éviter les risques d'incompréhension dans les réponses données par le déclarant interrogé, le procès-verbal d'audition comprend également la retranscription des questions posées[670]. La rédaction immédiate du procès-verbal milite aussi en faveur d'une fiabilité améliorée de l'écrit, minimisant les risques d'oubli voire, plus grave encore, de transformations inhérentes à la subjectivité du rédacteur. La Cour de cassation a toutefois admis, notamment concernant la perquisition, l'établissement du procès-verbal au retour de l'enquêteur dans son service[671]. Enfin, la parole révélée par le déclarant telle qu'elle

[664] C. pr. pén., art. 102
[665] C. pr. pén., art. 116, V. Crim. 5 avr. 1960, Bull. crim. n° 210, à l'époque de l'article114
[666] C. pr. pén., art. 107
[667] Crim. 26 avr. 1935, *Gaz. Pal*. 1936. 1. 168
[668] C. pr. pén., art. 106
[669] C. pr. pén., art. 107, al. 2. - Crim. 6 juin 1974, Bull. crim. n° 206. - Crim. 11 déc. 1974, Bull. crim. n° 367; *D*. 1975. IR 19
[670] C. pr. pén., art. 429, al. 2
[671] Cass. crim. 8 oct. 1985, Bull. crim., n° 301, *D*. 1986, IR 303, obs. PRADEL

y est retranscrite au sein du procès-verbal se voit authentifiée par sa signature, confirmant une relecture concluante.

132. Crédibilité de l'indice. – L'anonymat procéduralement organisé incite à craindre le risque d'un caractère probant diminué en raison de l'immunité qu'il laisserait entrevoir. Les agents des forces de l'ordre infiltrés ne peuvent pourtant pas témoigner à visage découvert sous peine d'atteindre leur couverture. Sans jamais dévoiler l'identité réelle de l'agent infiltré auditionné, la procédure prévue à l'article 656-1 du Code de procédure pénale place l'autorité hiérarchique dans un rôle de garant de la fiabilité des allégations anonymement versées au dossier. Les auditions, tout comme les confrontations du personnel des services spécialisés du renseignement sont réalisées dans des conditions aptes à maintenir l'anonymat du déclarant. L'anonymat conservé par l'agent interdit néanmoins qu'une condamnation puisse être fondée sur ses seules déclarations. La limitation juridique de la portée procédurale d'une parole anonymement donnée, tout comme celle de la parole révélée par le déclarant hors de la présence d'un avocat, coïncide avec la prise en compte du subjectivisme humain et, par conséquent, de la fragilité de cet indice. La Cour européenne des droits de l'homme fonde son raisonnement non pas explicitement sur l'atteinte portée à la fiabilité de l'indice obtenu, mais sur la restriction mesurée aux droits de la défense. Plus précisément, les juges de Strasbourg examinent le respect des exigences procédurales qu'implique la tenue d'un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention. La question de la crédibilité du témoin comme critère destiné à refuser son audition en justice trouve une solution sur le fondement de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, où le principe de l'égalité des armes impose d'entendre toute personne citée par le prévenu[672]. Sous couvert d'une protection du secret des sources, la fiabilité des paroles tenues par les journalistes auditionnés pourrait également être mise à mal, faute de pouvoir en vérifier l'exactitude du fondement[673]. Bien sûr, le jeu de l'intime conviction du juge autorise à relativiser l'importance probatoire de telles révélations. Par de nombreuses

[672] Crim. 3 juin 2009, n° 08-83.665, *D*. 2009. AJ 1762 ; *AJ pénal* 2009. 370 ; Crim. 23 juin 2004, n° 04-81.051, *AJ pénal* 2004. 412, obs. LEBLOIS-HAPPE ; Crim. 4 mars 2014, n° 13-81.135, *AJ pénal* 2015. 375

[673] C. pr. pén., art. 109, al. 2. - FRANCILLON, Le secret professionnel des journalistes, Mélanges Larguier, 1993, *PUG*, p. 127 ; BONFILS, Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, *RSC* 2010. 457 ; Crim. 6 déc. 2011, Fadettes du Monde, n° 11-83.970, Bull. crim. n° 248 ; *Dalloz actualité*, 20 déc. 2011, obs. LAVRIC ; *D*. 2012. Pan. 765, obs. DREYER ; *RSC* 2012. 191, obs. DANET ; *Dr. pénal* 2012. chron. 5, obs. MOUYSSET ; Procédures 2012, n° 47, obs. CHAVENT-LECLERE. - V. égal., pour une perquisition pratiquée au domicile d'un journaliste : Crim., 25 févr. 2014, n° 13-84.761, Dalloz actualité, 5 mars 2014, obs. LAVRIC ; *D.* 2014. 1736, obs. PRADEL ; *AJ pénal* 2014. 434, obs. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RSC* 2014. 369, obs. SALVA. - Pour une appréciation européenne de ces questions, V. CEDH 12 déc. 2103, Donohoe c/Irlande, req. n° 19165/08

décisions rendues au visa de ce texte, la Cour européenne des droits de l'homme affirme le droit de convoquer et d'interroger des témoins[674].

133. Apport du progrès technique. – La Chambre criminelle de la Cour de cassation veille à assurer une protection constante du mineur placé dans une situation de contrainte en vérifiant l'octroi des droits attachés au placement en garde à vue[675]. La seule absence de contrainte durant l'audition libre ne peut suffire à enrayer la suggestibilité affectant le déclarant mineur. Sa protection devrait être identiquement calquée sur l'apparence infractionnelle présumée à son encontre. De la même manière, quels que soient l'âge de la personne entendue ou la gravité des faits présumés, aucun enregistrement audio-visuel de l'audition libre n'est imposé par le législateur. Lorsque la procédure concerne des mineurs, l'exigence d'enregistrements consultables ultérieurement engendre une rationalisation dans la conduite de l'audition[676]. L'apport indéniable de l'enregistrement, destiné à assurer la vérification des propos tenus au cours de l'interrogatoire, se justifierait particulièrement lorsque la gravité incite les enquêteurs à faire montre d'une coercition marquée. Face à ce constat, le Comité de réflexion sur la justice pénale préconise la généralisation de l'enregistrement des auditions[677]. L'extension de l'enregistrement rendu obligatoire au cours de l'audition des majeurs[678] placés en garde à vue en matière criminelle s'inscrit dans l'idéal d'une neutralité à même de garantir la fiabilité de l'indice. Lorsqu'il concerne une infraction en matière criminelle, l'interrogatoire de première comparution doit faire l'objet – depuis la loi du 5 mars 2007 – d'un enregistrement audio-visuel[679]. Afin de s'assurer de l'authenticité des paroles retranscrites au sein du procès-verbal, la consultation de l'enregistrement est permise en cas de contestations portant sur la retranscription. Des exceptions légales sont prévues dans la mise en œuvre de l'enregistrement, tenant à leur impossibilité pratique, lorsque plusieurs personnes placées en garde à vue doivent être entendues simultanément. Compte tenu des risques de dérapages, lors d'un interrogatoire mené relativement à la commission présumée d'une infraction de criminalité organisée ou de terrorisme, il paraissait difficilement concevable qu'aucune disposition légale n'imposât le

[674] CEDH 24 nov. 1986, Unterpertinger c/Autriche, série A, n° 110, § 33. - CEDH 19 déc. 1989 Kamasinski c/Autriche, série A, n° 168, § 91. - CEDH 20 nov. 1989, Kostovski, série A, n° 166 ; CEDH 19 déc. 1990, Delta c/France, *Dr. pénal* févr. 1991, comm. 68. - CEDH 20 sept. 1993, Saîdi c/France *JCP* 1994. II. 22215, note CHAMBON

[675] Crim. 6 nov. 2013, n° 13-84.320 ; V. CHAVENT-LECLERE, L'impossibilité d'entendre librement un mineur mis en cause sans le placer en garde à vue, *in Procédures* n° 2, févr. 2014. Comm. 55

[676] V. SPENCER, La procédure pénale française vue par un Anglo-saxon, *in* La procédure pénale en quête de cohérence, 2009, *Dalloz*, p. 227 s

[677] LÉGER, Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, 2009, *La Documentation française*, proposition n° 5

[678] C. pr. pén., art. 64-1, L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 renforçant l'équilibre de la procédure pénale

[679] C. pr. pén., art. 116-1

recours au procédé d'enregistrement. Un tel traitement différencié justifiait inévitablement la décision du Conseil constitutionnel, prononçant la censure des articles 64-1 et 116-1 du Code de procédure pénale[680].

134. Incrimination du mensonge. – Le serment de dire la vérité a d'abord été exigé lors de l'interrogatoire, sous l'empire de la Grande Ordonnance de Colbert de 1670. Le refus du serment plaçait le déclarant dans la situation d'un muet au sein du procès. Ce n'est qu'à partir de la Révolution que fut supprimée l'obligation du serment, au nom du principe de liberté de défense et du droit implicitement reconnu de ne pas s'auto-accuser[681]. Ce faisant, l'interrogatoire d'un accusé entendu sous la foi du serment serait nul d'une nullité d'ordre public[682]. Le droit reconnu à toute personne mise en cause de ne pas participer à sa propre incrimination s'oppose à reconnaître la fiabilité de l'aveu. Seul le témoin compte tenu de l'utilité probatoire du témoignage dans l'aiguillage des enquêteurs devrait prêter serment de dire la vérité[683]. Il s'agit bien là de garantir la fiabilité du contenu informationnel inclus au sein de la parole qu'il révèle[684]. Conservant un caractère sacré, la prestation de serment de « dire la vérité et rien que la vérité » est obligatoire devant la cour d'assises[685], devant le juge d'instruction et les juridictions correctionnelles[686]. La dimension sacramentelle des termes choisis par le législateur est telle qu'un retranchement ou une modification n'est en principe pas admis[687], sauf à considérer qu'une croyance religieuse interdise au déclarant de jurer[688]. Toutefois, les légitimes doutes sur le véritable statut du témoin au cours de l'enquête, pouvant finalement apparaître comme un suspect[689], justifient qu'il ne puisse être soumis à l'obligation de prêter serment. Cette obligation doit alors être réservée aux seuls témoins véritables[690]. Le serment assure la sincérité du témoin en garantissant la fiabilité de son contenu informationnel, sous couvert d'une possible sanction pénale pour faux témoignage[691]. Le Code de procédure

[680] Cons. Const. 6 avril 2012, n° 2012-228/229 QPC, *JCP* 2012, p. 482 ; *Dalloz actualité* 17 avr. 2012, obs. LENA ; *D*. 2012. Actu. 1010 ; *D*. 2012. 1377, note COURTIN
[681] Loi des 8 et 9 oct. 1789
[682] Crim. 6 janv. 1923, *DP* 1924. 1. 175 ; S. 1923. I. 185, note ROUX. - Riom 23 nov. 1960, *JCP* 1961. II. 11952, note CHAMBON
[683] C. pr. pén., art. 103, art. 331, al. 3, à l'exception des personnes visées par l'article 335, art. 437 s
[684] V. SUSINI, Le témoin, le témoignage et la police, *RSC* 1980. 499. - MONTREUIL, L'audition du témoin par la police, *Police nat*. oct.-déc. 1976, p. 25
[685] C. pr. pén., art. 331
[686] C. pr. pén., art. 102, al. 3, en matière d'instruction et art. 446 devant le tribunal correctionnel
[687] Crim. 4 nov. 1983, Bull. crim. n° 283 ; *RSC* 1984. 542, obs. ROBERT
[688] Crim. 6 mai 1987, Bull. crim. n° 182 ; *D*. 1987, somm. 406, obs. PRADEL
[689] V. SCREVENS, Le statut du témoin et sa protection avant, pendant et après le procès pénal, *RSC* 1989. 3
[690] C. pr. pén., art. 61, 62 et 78 a contrario
[691] C. pén., art. 434-13

pénale l'érige en cas de révision du procès[692]. L'incrimination du faux témoignage et de la subornation de témoin tend à garantir le caractère probant de la parole révélée par le déclarant en érigeant, en amont, une peine dissuadant l'intention d'en altérer le fond. Considéré comme une entrave à la justice, le faux témoignage est sanctionné devant toutes les juridictions[693]. Afin d'être constitué, le mensonge doit d'abord s'apparenter à une altération intentionnelle de la vérité, portant sur des faits matériels essentiels. Ensuite, la déposition mensongère doit avoir été préjudiciable[694]. Ne pourra pas se voir poursuivre le déclarant ayant menti antérieurement à la rétractation spontanée de son témoignage, soit avant la décision mettant fin à la procédure. Le rôle dissuasif de l'infraction impose une répression en conséquence[695]. Le législateur sanctionne également la subornation de témoin. Il s'agit de réprimer les manœuvres destinées à amener toute personne à mentir. Le Code pénal de 1994 ne vise plus exclusivement le témoin, mais également l'interprète ou encore l'expert[696]. L'obligation de prêter serment est en revanche sanctionnée en tant que contravention, au même titre que l'obligation de déposer ou de comparaître, soit une amende de 3750 euros[697].

135. Grief tiré du défaut de fiabilité. – Sous couvert de l'effectivité des droits qu'elle protège, la Cour européenne des droits de l'homme veille à la recevabilité des demandes d'annulation afférentes à la coercition déraisonnée mise en œuvre au cours de l'action investigatrice. Les juges français octroient désormais à toute personne écoutée la possibilité de demander la nullité des enregistrements réalisés à son encontre[698]. De la même manière, l'irrégularité d'une mesure de garde à vue engendre une nullité procédurale lorsque la demande émane de la personne concernée, seule recevable pour l'invoquer[699]. Porte ainsi nécessairement atteinte aux intérêts de la partie concernée le retard constaté, à travers la lecture du procès-verbal, dans la notification d'une garde à vue non justifiée par des circonstances insurmontables[700], mais également du dépassement dans la durée totale d'une garde à vue

[692] C. pr. pén., art. 622 3
[693] C. pén., art. 434-13
[694] C. pr. Pén. art. 434-13, al. 2
[695] C. pén., art. 434-14
[696] C. pén., art. 434-15
[697] C. pén., art. 434-15-1
[698] Crim. 15 janv. 2003, *D*. 2003. IR 604 ; *Dr. pénal* 2003. comm. 121, note BUISSON ; Crim. 7 déc. 2005, n° 05-85.876, Bull. crim. n° 327 ; *D*. 2005. IR 253 ; *RSC* 2006. 343, obs. COMMARET
[699] Crim. 14 févr. 2012, n° 11-84.694, *Dalloz actualité*, 16 févr. 2012, obs. ALLAIN, consacrant un revirement jurisprudentiel confirmé par Crim. 13 mars 2012, n° 11-88.737, *Dalloz actualité*, 25 avr. 2012, obs. LENA. – V. la jurisprudence antérieure : BOCCON-GIBOD, Sur l'irrégularité de la garde à vue invoquée par un tiers, *D*. 2012. Chron. 775
[700] Cass. crim. 3 déc. 1996, n° 96-84.503

fractionnée[701]. Afin de prononcer la nullité des interrogatoires réalisés en méconnaissance de l'enregistrement audio-visuel exigé dans les domaines de la criminalité, la Cour de cassation constate l'atteinte nécessairement portée aux intérêts de la personne en cause[702]. Concernant la portée de l'annulation, seuls les actes postérieurs à l'acte annulé, dont il constitue le support nécessaire, se verront également touchés[703]. La méconnaissance des formalités exigées au cours de la perquisition sera frappée de nullité à la condition toutefois qu'un grief soit démontré à l'encontre de la personne visée[704]. S'agissant de l'interrogatoire de première comparution réalisé par le juge d'instruction, l'article 173-1 du Code de procédure pénale institue un délai de forclusion de six mois à compter de la notification de mise en examen pour demander la nullité de l'interrogatoire lui-même, mais encore des actes lui étant antérieurs[705]. Passé ce délai, le caractère probant des éléments probatoires sera exclusivement discuté devant la juridiction de jugement. Le système des nullités permet d'éviter les dérives policières et d'assurer la fiabilité des paroles révélées au cours de la garde à vue. S'il n'existe aucune disposition légale visant à uniformiser le régime des nullités, la jurisprudence distingue en pratique celles soumises à l'existence d'un grief et celles portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne. Coexistent ainsi, au sein d'une même mesure, des nullités substantielles soumises à un grief et des nullités sans grief, limitativement énumérées par la chambre criminelle. Il s'agit de l'absence ou le retard d'information sur les droits de la personne gardée à vue[706], le non-respect de la durée légale de garde à vue[707] ou des formalités d'enregistrement audio-visuel obligatoire[708], et parfois même, l'absence d'examen médical ou d'interprète[709]. La limitation

[701] Cass. crim. 13 févr. 1996, n° 95-85.766

[702] V. pour les mineurs : Crim. 3 avr. 2007, n° 06-87.264, Bull. crim. n° 104; *D*. 2007. AJ 1422 ; *D*. 2007. 2141, note PRADEL ; *AJ pénal* 2007. 287, obs. ROYER. – Crim. 12 juin 2007, n° 07-80.194, Bull. crim. n° 155; *D.* 2007. AJ 1960 ; *AJ pénal* 2007. 388. – Et, pour les majeurs : Crim. 3 mars 2010, n° 09-87.924, Bull. crim. n° 47 ; *D*. 2010. AJ 1024 ; *AJ pénal* 2010. 294, obs. ASCENSI ; *Procédures* 2010, n° 247, obs. CHAVENT-LECLERE

[703] Cass. crim. 30 avr. 1996, n° 95-82.217, Bull. crim., n° 182 ; Cass. crim. 4 oct. 1994, n° 94-83.490, Bull. crim., n° 313, *JCP* 1995. IV. 153

[704] Cass. crim. 22 janv. 1953, préc. supra, n° 72 ; 30 mai 1980, Bull. crim., n° 165 ; T. corr. Paris, 24 janv. 1985, *D*. 1985. 498, note PRADEL

[705] Crim. 20 juin 2001, n° 01-82.438, Bull. crim. n° 152. - Crim. 19 sept. 2001, n° 01-85.188, Bull. crim. n° 184. - Crim. 12 déc. 2001, n° 01-86.880, Bull. crim. n° 267. - V. COMMARET, Demande d'annulation d'actes antérieurs à la première comparution. Point de départ du délai de forclusion, *RSC* 2002. 844

[706] Crim. 30 avr. 1996, n° 95-82.217, *RSC* 1996. 879, obs. DINTILHAC ; Crim. 1er déc. 2015, n° 15-84.874, *Dalloz actualité*, 7 janv. 2015, note COLLOT ; Crim. 16 juin 2015, n° 14-87.878, *AJ pénal* 2015. 505, obs. BRACH-THIEL ; *RSC* 2015. 678, obs. GIUDICELLI

[707] Crim. 17 mars 2004, n° 03-87.739, *D*. 2005. Pan. 686, obs. PRADEL

[708] Crim. 22 juin 2010, n° 10-81.275

[709] Crim. 25 févr. 2003, n° 02-86.144, *JCP* 2003. IV. 1812 ; *Dr. pénal* 2003. 80, obs. MARON ET HAAS ; *RSC* 2004. 421, obs. BUISSON

des personnes susceptibles de l'invoquer aux seules concernées interdit d'y voir la reconnaissance d'un régime d'ordre public[710].

Section 2 – La préservation des qualités probantes intrinsèques

136. Fiabilité inhérente au contenant matériel. – Bien que l'élément probatoire ne puisse voir la fiabilité de son contenu informationnel évaluée par l'attribution d'une valeur probante, sa force probante résulterait néanmoins de la fiabilité de son contenant matériel. Lorsque le contenant matériel de l'élément probatoire dispose systématiquement des mêmes spécificités, alors elles peuvent être perçues comme des qualités intrinsèques de fiabilité. D'une part, le procès-verbal répond toujours à des critères structurels préétablis, consistant dans des qualités intrinsèques de fiabilité. L'origine légale de cet écrit justifie son objectivité structurelle. D'autre part, chaque support enregistrable dispose toujours de spécificités structurelles prédéterminées.

137. Préservation du contenant matériel. – Le seul constat de spécificités propres au contenant matériel ne suffit toutefois pas à en garantir la fiabilité. L'altération du contenant matériel atteint nécessairement ses caractéristiques propres. La pérennité structurelle du support coïncide par conséquent avec sa fiabilité. Les conditions légales, exigées lors de la mise en œuvre des moyens d'investigation, devraient intégrer une attention soutenue à la fiabilité de l'indice obtenu. La protection structurelle de l'indice (§2) prend tout son sens lorsque la confiance qu'il suscite dépend des qualités de fiabilité intrinsèquement liées à son support matériel (§1).

§ 1 – L'objectivité structurelle de l'indice

138. Classification séculaire. – La catégorisation légale des éléments probatoires, telle qu'elle résultait initialement du système de la preuve légale, attribue au contenant matériel des caractéristiques immuables. Aujourd'hui encore, le procès-verbal se définit comme un écrit présentant une structure matérielle particulière déterminée par la loi.

139. Caractéristiques techniques. – L'origine technique de l'élément probatoire détermine les spécificités intrinsèques du contenant matériel. Les qualités probantes du contenant matériel sont déterminées par les caractéristiques techniques de l'appareil qui en est à l'origine. La

[710] Crim. 14 févr. 2012, n° 11-84.694, *D*. 2012. 779, note MATSOPOULOU ; *JCP* 2012. 242, obs. MARECHAL ; *JCP* 2012. 341, obs. MARON ; *JCP* 2012. 485, obs. PRADEL ; *Procédures* 2012. 127, obs. CHAVENT-LECLERE ; *AJ pénal* 2012. 159, obs. GUERY ; *Rev. pénit*. 2012. 379, obs. RIBEYRO. - Crim. 7 mars 2012, n° 11-88.118, *Procédures* 2012. 157, obs. CHAVENT-LECLERE

confiance reconnue au contenant matériel, qu'il s'agisse d'un support enregistrable (A), ou d'un procès-verbal (B), résulte des spécificités légales ou techniques dont il dispose, c'est-à-dire de ses qualités intrinsèques.

A. La détermination des qualités intrinsèques du support enregistrable

140. Fiabilité technique. – Le support d'enregistrement obtenu par la mise en œuvre des moyens d'investigation tels que l'interception de correspondances, la sonorisation et fixation d'images ou encore les auditions filmées, connaît des spécificités techniques lui garantissant des qualités de fiabilité intrinsèques. C'est cette immuabilité structurelle du support d'enregistrement qui en garantit la fiabilité. La fiabilité de l'enregistrement concerne uniquement celle du support matériel en tant que tel et non la fiabilité du contenu y étant enregistré. Lorsqu'elles régissent la mise en œuvre de ces moyens d'investigation, les conditions légales veilleraient moins à garantir la fiabilité de l'indice obtenu qu'à assurer l'effectivité d'une équité procédurale. Le législateur se concentre moins sur les conditions légales destinées à garantir la fiabilité du contenant matériel de l'indice et réglemente davantage les conditions liées à la justification des moyens coercitifs mis en œuvre. L'immuabilité structurelle du contenant matériel autorise le législateur à focaliser ses efforts de réglementation sur l'atteinte à la vie privée qu'engendre la mise en œuvre du procédé et non à s'intéresser véritablement à la fiabilité de l'élément probatoire obtenu.

141. Evolution technique. – Le progrès technique a permis l'enregistrement des éléments probatoires, rendant tout autant possible le visionnage différé aux fins de vérification que la copie aux fins de conservation. La mémorisation de l'élément probatoire a été nécessitée par la mise en œuvre des moyens d'investigation exigeant une interception autonome, sans la présence de l'enquêteur. L'informatisation de la société a quant à elle développé le phénomène de numérisation des indices. Si le progrès technique a d'abord donné lieu à l'enregistrement de l'élément sur un support enregistrable analogique, l'informatisation de notre société moderne a exigé sa mémorisation au sein d'un support de stockage numérique. La sauvegarde de l'indice sur un support enregistrable a été par la suite supplantée par sa numérisation dans un langage informatique. Le terme de « donnée informatique » ne désigne pas la « forme » de contenant matériel de l'indice, mais plutôt sa nature numérique. Une donnée informatique peut ainsi désigner une multitude de contenus informationnels encapsulés au sein de conteneurs logiciels variés. Le son, l'image ou encore l'écrit seront numérisés au sein d'un fichier informatique disposant d'un format spécifié par son extension. La numérisation des éléments probatoires

représente l'essence de l'indice. Elle implique une distinction entre le contenant, correspondant au format du fichier informatique identifié par son extension, et le contenu informationnel qu'il contient. Les moyens d'investigation tels que la réquisition ou la perquisition informatique ont pour objectif de retranscrire, au sein d'un support d'enregistrement, les indices sous une forme numérique. La plate-forme nationale des interceptions judiciaires (PNIJ) est chargée d'intercepter les données transmises par la suite au service de police judiciaire demandeur. La dématérialisation des indices engendrée par la numérisation accentue leur échange.

142. Indice dématérialisé. – Le terme même de « dématérialisation » est toutefois ambigu dans le sens où il fait référence à l'absence de « matière ». L'indice conserve pourtant sa « matérialité », s'agissant ici des conséquences sensorielles qu'il produit chez son observateur. Lorsqu'il est exprimé en tant que donnée numérique, l'indice aurait un contenant « matériellement perceptible » dans un format informatique « dématérialisé ». Il existe donc une « matérialité » perceptible sans « matérialité » physique. L'appréhension physique de l'élément probatoire numérisé implique d'ailleurs sa retranscription au sein d'un support de stockage informatique. L'élément probatoire devenu « immatériel » par sa numérisation doit ainsi être à nouveau « matérialisé » par sa retranscription au sein d'un support de stockage « corporel ». Se pose alors la question de la durabilité des supports d'enregistrement au sein desquels l'élément probatoire est inscrit. Quelle serait en effet la capacité du support à maintenir dans le temps un niveau de fiabilité satisfaisant correspondant aux caractéristiques techniques préalablement déterminées. La bande magnétique indispensable à la mémorisation des données analogiques a été supplantée par des supports optiques, tels que le CD-ROM ou le disque dur, avant que les puces de mémoire dite « flash » connaissent un essor retentissant, portées par la démocratisation des supports de stockage articulés autour d'une interface USB. Afin de retracer le déroulement des opérations, la mise en œuvre du moyen d'investigation exige une retranscription au sein d'un procès-verbal, support obligatoire d'une procédure nécessairement écrite au stade de l'avant-procès.

B. La détermination des qualités intrinsèques du procès-verbal

143. Primauté de l'écrit. – Le caractère écrit de la procédure durant les investigations impose la retranscription des enregistrements au sein d'un procès-verbal. La mise en œuvre d'un procédé d'interception donne ainsi naissance à deux indices, matérialisés par deux contenants distincts : le procès-verbal d'interception retranscrivant la parole enregistrée et le support d'enregistrement lui-même, fruit de l'interception. La réglementation des procédés d'investigation interdit toutefois à l'enquêteur de retranscrire les paroles enregistrées ne présentant pas un intérêt pour la manifestation de la vérité, s'agissant encore ici d'une volonté de protéger la vie privée de la personne surveillée.

144. Spécificités de l'écrit. – La catégorisation légale des modes de preuve distingue les éléments probatoires selon des critères préalablement établis, tenant soit à la forme de leur contenant matériel, soit à la teneur de leur contenu informationnel. Le procès-verbal désigne ainsi l'écrit répondant spécifiquement aux exigences légales édictées afin de lui attribuer cette qualité. Seul l'écrit élaboré en accord avec les conditions légales objectivement prévues par le Code de procédure pénale pourra se voir reconnaître la qualité de procès-verbal[711]. Parmi les prérequis, l'écrit doit émaner d'un rédacteur compétent, s'agissant tant du territoire d'intervention que des attributions conférées à l'agent de police. Ces compétences sont liées à la qualité de l'agent, mais également au cadre procédural inhérent au déroulement de l'enquête. Elles seront vérifiées par l'indication écrite du matricule ou de l'identité du rédacteur. Par ailleurs, la signature de l'enquêteur est exigée. L'indication de la date facilite la vérification d'une retranscription récente des faits, à défaut d'une retranscription sur-le-champ. Enfin, les altérations provoquées par des ratures ou des surcharges laissant poindre un doute quant à son intégrité.

[711] DECOCQ, MONTREUIL ET BUISSON, Le droit de la police, 1991, *Litec*, n° 1050

§ 2 – La protection structurelle de l'indice

145. Protection du contenant matériel. – Puisque la fiabilité du contenant matériel de l'indice est liée aux qualités intrinsèques dont il dispose, la perte de ces qualités équivaut à un risque quant à sa fiabilité. Il s'agit pour le code de procédure pénale d'organiser la préservation des qualités intrinsèques de l'indice (A), mais également d'en assurer la conservation (B).

A. La préservation des qualités intrinsèques de l'indice

146. Protection judiciaire. – La mise en œuvre des procédés d'interception prévoit la conservation du support d'enregistrement par son placement sous scellés. Il en va de même des procédés d'enregistrement exigés au cours des interrogatoires et auditions de mineurs. La numérisation des éléments probatoires rendue nécessaire par l'informatisation de la société exige toutefois la copie du fichier sur un support d'enregistrement, lui-même protégé par son placement sous scellés. La saisie consiste à extraire un indice corporel du milieu au sein duquel il se trouvait initialement. Elle autorise à le maintenir à disposition de la procédure, mais aussi éviter tout risque de disparition ou d'altération. La saisie représente la phase préalable au placement sous scellés. L'inventaire réalisé concomitamment ou subséquemment à la saisie servira à l'identification des indices appréhendés. La rédaction du procès-verbal de saisie autorise le contrôle des opérations. Saisie et mise sous scellés sont souvent traitées parallèlement en raison de leur enchevêtrement procédural. Alors que la saisie consiste à appréhender judiciairement un indice, la mise sous scellés garantit la pérennité structurelle de son contenant matériel.

B. La conservation des qualités intrinsèques de l'indice

147. Copie de l'indice. – Le procès-verbal doit faire l'objet d'une copie, certifiée conforme par l'officier de police judiciaire rédacteur, avant leur transmission au procureur de la République[712]. Il n'est pas prévu par les dispositions légales qu'une copie du procès-verbal soit remise après constatation d'une infraction à l'auteur de cette dernière. Les seuls destinataires énumérés par les textes sont l'autorité judiciaire et dans certains cas, le préfet[713]. Le secret de l'enquête s'opposerait également à la transmission d'une copie du procès-verbal rédigé par

[712] C. pr. pén., art. 19
[713] Cass. crim. 19 mai 1987, Bull. crim., n° 206 ;

l'enquêteur au témoin[714]. Toutefois, dans le domaine des contrôles et vérifications d'identité, l'article 78-3 du Code de procédure pénale dispose qu'une copie du procès-verbal doit être adressée à l'intéressé lorsqu'aucune enquête n'est subséquemment lancée. Dans ces derniers cas, la copie tendrait sans doute davantage à assurer une information plutôt qu'à prévenir les risques de pertes ou d'atteintes à l'intégrité du procès-verbal.

Chapitre 2 - La fiabilité du contenu informationnel de l'indice

148. Fiabilité évaluée. – La capacité de tout indice à rendre possible le fait infractionnel suppose la fiabilité de son contenu informationnel, perçu à travers un contenant matériel dont la forme diffère. L'attribution légale, ou scientifique, d'une valeur probante en faveur du contenu informationnel rend sa fiabilité évaluable. Il en va ainsi lorsque le sachant, auteur de l'hypothèse défendue au sein du rapport d'expertise, met en œuvre un processus expérimental normalisé. La loi, elle-même, détermine la fiabilité du contenu informationnel encapsulé au sein du procès-verbal.

149. Fiabilité contrôlée. – La reconnaissance théorique d'une fiabilité en faveur du contenu informationnel de l'indice engendre une valeur probante susceptible d'être perçue comme un critère de classement. Elle doit par conséquent faire l'objet d'un contrôle afin d'éviter une confiance excessive dans un indice. La fiabilité du contenu informationnel est garantie par l'adéquation entre une valeur probante théoriquement attachée d'une part (Section 1), et le contrôle pratique porté sur son origine d'autre part (Section 2).

Section 1 – La détermination théorique du caractère probant

150. Référentiel d'évaluation. – La force probante de l'indice désigne la fiabilité présumée du contenu informationnel par rapport aux qualités de son contenant matériel. La valeur probante de l'indice fait quant à elle référence à la fiabilité, objectivement évaluée, du contenu informationnel qu'il renferme. L'attribution d'une valeur probante impose la mise en place d'une évaluation préalable. Par la reconnaissance de spécificités techniques ou par la normalisation des processus scientifiques, il est possible de déterminer une marge d'erreur relative aux informations révélées. Dans ces deux cas, la fiabilité dépend d'un référentiel scientifique. L'évaluation théorique peut aussi avoir un fondement légal. La catégorisation des

[714] Rép. quest. écrite n° 2585 : JO Sénat, 21 oct. 1993 ; C. pr. pén., art. R. 156

procès-verbaux au sein du Code de procédure pénale engendre leur différenciation selon une échelle de valeurs. Le contenu informationnel de l'indice voit sa fiabilité évaluée par la loi d'une part (§1), et par la science d'autre part (§2).

§ 1 – L'attribution légale d'une valeur probante

151. Valeur du procès-verbal. – Le procès-verbal représente le support écrit des diligences procédurales. Son contenu informationnel est constitué de l'élément probatoire qu'il recueille. Une valeur probante lui est accordée par le Code de procédure pénale (B), conformément au domaine d'intervention autorisé par les compétences de son rédacteur (A).

A. Le contenu du procès-verbal fiabilisé par la compétence du rédacteur

152. Compétence déterminée. – Selon les fonctions de l'enquêteur rédacteur du procès-verbal ou selon le domaine de son intervention[715], le contenu informationnel peut valoir jusqu'à inscription de faux[716]. La compétence de l'enquêteur est déterminée selon la qualité qu'il possède, conformément aux différentes catégories existantes dans la police judiciaire. Il peut s'agir d'un officier de police judiciaire[717], d'un agent de police judiciaire[718] ou encore d'un agent de police judiciaire adjoint[719]. Seul l'enquêteur habilité à exercer les attributions que la loi lui reconnaît aura compétence pour rédiger le procès-verbal[720]. Bien que certaines attributions de l'officier de police judiciaire puissent être déléguées à l'agent de police judiciaire, d'autres lui sont propres. Selon le cadre juridique au sein duquel l'enquête se déroule, la loi attribuera exceptionnellement compétence à l'agent de police judiciaire pour la réalisation de diligences revenant normalement à l'officier de police judiciaire. Il est admis à tout citoyen de procéder à l'arrestation de l'auteur présumé d'un crime, ou d'un délit de flagrant délit punissable d'emprisonnement. Seul l'officier de police judiciaire sera toutefois autorisé à mener une appréhension coercitive en enquête préliminaire sans se rendre coupable de violences illégitimes[721]. La valeur probante peut être plus difficile à déterminer. Le Code de la route complexifie la désignation des enquêteurs compétents pour rédiger le procès-verbal des infractions qu'ils constatent. La compétence de l'enquêteur dépend de son territoire

[715] C. pr. pén., art. 431, art. 537
[716] C. pr. pén., art. 433
[717] C. pr. pén., art. 16 ; C. route, art. L. 23-1
[718] C. pr. pén., art. 20 ; C. route, art. L. 23-1
[719] C. pr. pén., art. 21
[720] C. pr. pén., art. 429
[721] CA Paris, 31 oct. 1955, *Gaz. Pal*. 1955.2.409

d'affectation[722]. Seul le régime de la flagrance permet une appréhension de l'auteur présumé afin de le mener devant l'officier de police judiciaire territorialement compétent[723]. Il est impossible pour l'agent, placé en dehors des frontières territoriales de sa compétence, de rédiger un procès-verbal relatant l'infraction qu'il constate. Un rapport pourra être élaboré sur la contravention commise. Aucune valeur probante ne sera attribuée, conformément aux dispositions de l'article 429 du Code de procédure pénale.

153. Valeur probante déterminée. – A défaut de dispositions spécifiques, le procès-verbal rédigé par l'agent compétent ne vaut qu'à titre de simple renseignement. Il en va ainsi s'agissant du contenu informationnel afférent à la commission d'un crime ou à la reconnaissance d'une culpabilité émanant du déclarant. L'aveu est laissé à la libre appréciation des juges[724]. Sauf lorsque la loi en dispose autrement[725], les délits constatés par l'agent de police octroient au procès-verbal qui les recueille la valeur de simple renseignement. A l'inverse, les faits contraventionnels retranscrits au sein du procès-verbal, tels qu'ils ont été constatés par l'agent, valent jusqu'à preuve contraire[726]. Cette distinction revêt une certaine importance dans l'attribution légale d'une valeur probante en matière de contraventions au Code de la route. Seul le personnel de la police et de la gendarmerie spécialement habilité[727] et assermenté[728] auront compétence pour établir un procès-verbal de constatation dans ce domaine. Par ailleurs, des lois spéciales accorderont au procès-verbal valeur jusqu'à preuve contraire selon le domaine des infractions constatées. Il s'agit notamment de ceux établis en matière de délit de chasse[729] ou de pèche[730], des infractions au code forestier[731], du contenu informationnel retranscrit au sein du procès-verbal rédigé par deux agents des douanes[732], ceux afférents à la matière fiscale[733] ou au Code du travail[734], à la police du chemin de fer[735], s'agissant du domaine des fraudes au droit de la consommation[736], en matière de prix et de concurrence[737] et enfin, les

[722] C. pr. pén., art. 18 et art. 21
[723] C. pr. pén., art. 18
[724] C. pr. pén., art. 428
[725] C. pr. pén., art. 430 et 431
[726] C. pr. pén., art. 537
[727] C. route, art. 248
[728] C. route, art. 252
[729] C. rural, art. L. 228-27
[730] C. rural, art. L. 237-1
[731] C. forestier, art. 122-7
[732] C. douanes, art. 336-2
[733] Livre des procédures fiscales, art. L. 238
[734] C. Travail, art. L. 611-10
[735] L. du 15 juill. 1845, art. 23
[736] C. Conso, art. L. 121-1
[737] Ordo. 1er déc. 1986, art. 46

infractions au code de l'urbanisme[738]. Les constatations retranscrites au sein du procès-verbal auquel est attribuée une valeur jusqu'à preuve contraire s'imposent au juge. Le caractère probant du contenu informationnel peut être remis en cause par écrit ou par témoins[739]. Il ne saurait être accepté le relevé de communications émanant du contrevenant à l'usage du téléphone lors de la conduite automobile[740]. La valeur octroyée au contenu informationnel du procès-verbal jusqu'à inscription de faux est régie par des lois spéciales[741]. Présentant la plus grande autorité, les constatations retranscrites au sein de tels procès-verbaux ne pourront être remises en cause par la simple preuve contraire. Les textes visent le contenu informationnel du procès-verbal afférent aux infractions régies par le Code des douanes, lorsque les constatations résultent de deux agents[742]. Le même esprit résulte des dispositions du Code rural, octroyant la plus haute valeur probante au procès-verbal dont le contenu émane de deux agents compétents[743].

B. Le contenu du procès-verbal fiabilisé par les qualités intrinsèques de l'écrit

154. Qualités de l'écrit. – Le non-respect des spécificités imposées par la catégorisation probatoire des procès-verbaux interdit d'octroyer à l'écrit une quelconque fiabilité intrinsèque[744]. Le contenu informationnel qu'il retranscrit ne pourra, ici, jamais atteindre la valeur de simple renseignement reconnue au procès-verbal formellement valable[745]. Les qualités intrinsèques de l'écrit autorisent qu'une valeur probante soit attribuée à son contenu informationnel. Leur absence neutralise par conséquent le référentiel mis en place par le Code de procédure pénale. La majeure partie des procès-verbaux possèdent une valeur probante légalement assimilée à de « simples renseignements ». Il n'est pas distingué si l'absence de signature du déclarant limite, ou non, la portée des déclarations y étant retranscrites[746]. L'anonymisation du procès-verbal anéantit la valeur probante attribuée aux informations qu'il contient. Elles n'engendrent aucune conséquence procédurale si elles ne sont pas corroborées par d'autres indices à charge. Cette logique se retrouve à propos de l'aveu. Sa retranscription

[738] C. Urbanisme, art. 104
[739] C. pr. pén., art. 431 ; Circ. gén., art. C. 609
[740] C. route, art. 412-6-1 ; Crim. 13 sept. 2011, n° 11-80.432, *Dalloz actualité* 17 oct. 2011, obs. BOMBLED
[741] C. pr. pén., art. 433
[742] C. douanes, art. 336 ; Cass. crim. 5 nov. 1979, Bull. crim., n° 305
[743] C. rural, art. 237-4
[744] C. pr. pén., art. 429
[745] C. pr. pén., art. 430
[746] V. LESCLOUS et MARSAT, *Dr. pénal* 1993, chron. n° 11

au sein du procès-verbal ne revêt aucune valeur probante lorsque la reconnaissance de culpabilité du déclarant ne résulte pas de l'entretien avec un avocat.

155. Conditions formelles. – Selon la bienveillance de la Cour de cassation, l'irrégularité commise au sein des actes de police pourrait ne pas engendrer une atteinte aux droits de la défense[747]. La chambre criminelle a davantage sanctionné les transgressions attentatoires aux droits de la défense[748]. Seront par ailleurs considérés non avenus les ratures et renvois du procès-verbal d'audition non approuvés par le témoin[749]. Les conditions de régularité formelle du procès-verbal produiront l'anéantissement immédiat de sa valeur probante. S'agissant des perquisitions et saisies, le non-respect des mesures utiles afin d'assurer le respect du secret professionnel et des droits de la défense[750] engendrera la nullité du procès-verbal rédigé[751]. Concernant les contrôles et vérifications d'identité, l'irrespect des formalités prévues à l'article 78-3 du Code de procédure pénale interdira de reconnaître au procès-verbal une quelconque valeur probante. Relativement aux interceptions de correspondances émises par voie de télécommunications, leur mise en œuvre sur la ligne d'un député, ou d'un sénateur, sans en informer le président de l'assemblée à laquelle il appartient anéantit la régularité du procès-verbal[752].

§ 2 – L'attribution scientifique d'une valeur probante

156. Démarche scientifique. – La mise en place d'expérimentations visant à évaluer la fiabilité d'un composant électronique, d'une méthode de travail ou plus généralement d'une technique donnée permet l'attribution scientifique d'une valeur probante[753]. La fiabilité de l'indice s'évalue par l'octroi d'une marge d'erreur d'une part (A), et par la reconnaissance d'un seuil de tolérance d'autre part (B).

[747] V. BOULOC, L'acte d'instruction, thèse, 1965, *LGDJ*, p. 235 ; V. DENIS, L'enquête préliminaire, thèse, *Police-Revue*, n° 429
[748] Cass. crim. 23 avr. 1981, Bull. crim., n° 117
[749] C. pr. pén., art. 107
[750] Formalités prévues par le Code de procédure pénale aux articles 56, 56-1, 57 et 59
[751] V. C. pr. pén., art. 59 pour l'enquête de flagrance, art. 76 et 706-24 pour l'enquête préliminaire, art. 95 et 96 lors d'une information judiciaire.
[752] C. pr. pén., art. 107-7
[753] Il en va ainsi s'agissant de l'attribution légale d'une marge d'erreur à la vitesse révélée par le cinémomètre ; V. Arr. 7 janv. 1991 relatif à la construction, au contrôle et aux modalités techniques d'utilisation des cinémomètres de contrôle routier, art. 11

A. L'évaluation d'une marge d'erreur en faveur du contenu informationnel

157. Marge d'erreur scientifique. – Le rapport d'expertise correspond à la mise en œuvre d'une technique grâce aux connaissances spécifiquement acquises. Son caractère probant résulte alors d'une évaluation portée sur la fiabilité du contenu informationnel qu'il renferme. L'évaluation du résultat obtenu correspond à l'attribution d'une marge d'erreur par l'auteur des expérimentations. Afin de la réduire, le processus de réalisation des expérimentations peut répondre à une certification internationalement reconnue. La mise en œuvre du processus d'analyse correspond à un cahier des charges préétabli. Le respect de la norme représente une garantie sur fiabilité du laboratoire qui y adhère.

158. Marge d'erreur technique. – Les contrôles de la vitesse du véhicule opérés par les forces de l'ordre reposent principalement sur la mise en œuvre d'un instrument de mesure. Les performances qu'il possède justifient son homologation. Bien que les indices révélés puissent toujours être contradictoirement discutés[754], leur fiabilité théoriquement évaluée limite l'aléa. Le législateur érige le cinémomètre au rang des seuls instruments de mesure normalement utilisables lors d'un contrôle routier[755]. La chambre criminelle ne semble toutefois pas être du même avis que le législateur[756]. Les juges du quai de l'Horloge autorisent en effet la constatation d'une vitesse excessive par l'utilisation du compteur présent dans le véhicule conduit par les forces de l'ordre[757] ou encore par un chronométrage réalisé par eux-mêmes sur plusieurs kilomètres. Qu'il s'agisse des radars équipés d'un faisceau laser ou encore des radars automatiques fournissant une photo du contrevenant, les indices obtenus disposent d'une fiabilité théoriquement évaluée.

B. La légalisation d'un seuil de tolérance en faveur du contenu informationnel

159. Coefficient de réduction. – Malgré la fiabilité réelle des appareils utilisés, le législateur a instauré un seuil de tolérance sur les mesures obtenues. La vitesse lue sur le cinémomètre et l'alcoolémie affichée par l'éthylomètre seront ainsi pondérées par application d'un coefficient de réduction. Il s'agit, d'abord, d'attribuer une valeur probante à la vitesse affichée selon les caractéristiques techniques de l'appareil utilisé. L'article 11 de l'arrêté du 7 janv. 1991 prévoit

[754] Cass. crim. 4 mai 1994, n° 93-85.491, *Jur. auto* 1995. 16 ; Cass. crim. 11 janv. 1995, n° 94-84.014, Bull. crim., n° 14
[755] Arr. 7 janv. 1991 relatif à la construction, au contrôle et aux modalités techniques d'utilisation des cinémomètres de contrôle routier
[756] Crim. 18 sept. 2007, n° 06-89.496
[757] Crim. 19 avr. 1988, *Jur. auto* 1988. 337 ; Crim. 3 juin 1992, *Jur. auto* 1992. 413

une marge d'erreur plus élevée en faveur des cinémomètres installés dans un véhicule en mouvement, comparativement à ceux restés fixes. Dans le premier cas, la marge d'erreur sera de 10 km/h pour les vitesses inférieures à 100 km/h et à dix centièmes de la vitesse pour celles supérieures ou égales à 100 km/h. Dans le second, la marge est fixée à 5 km/h pour les vitesses inférieures à 100 km/h et de cinq centièmes de la vitesse pour celles supérieures ou égales à 100 km/h. Suivant la précision du cinémomètre mis en œuvre pour révéler la vitesse parcourue, la valeur probante reconnue ne signifie pas qu'il faille y voir un quelconque caractère incertain[758]. Il s'agit, ensuite, d'attribuer une valeur probante au taux d'alcool mesuré dans l'air expiré. L'article 15 de l'arrêté du 8 juill. 2003[759] établit une marge d'erreur variable selon l'importance de la concentration alcoolique révélée. D'une part, l'erreur maximale tolérée sera de 0,032 mg/l lorsque la concentration alcoolique dans l'air est inférieure à 0,400 mg/l. Elle est, d'autre part, fixée à 8 % de la valeur mesurée pour les concentrations d'alcool expiré égales ou supérieures à 0,400 mg/l et inférieures ou égales à 2 000 mg/l. Enfin, la marge d'erreur s'établit à 30 % de la valeur mesurée lorsque les concentrations sont supérieures à 2 000 mg/l.

160. Conditions d'installation. – L'attribution d'une valeur probante en faveur du contenu informationnel de l'indice impose de respecter les prescriptions de son concepteur. Elles déterminent en effet la fiabilité selon des conditions optimales d'utilisation. La distance, la hauteur et l'angle d'installation du cinémomètre constituent des variables déterminantes à la validité des mesures obtenues. La vitesse relevée pourrait changer en cas de non-respect des consignes imposées lors de son positionnement. Une lecture attentive de la jurisprudence met en exergue les impératifs dans l'installation des radars. Ils ne peuvent être disposés en direction d'un virage[760], sans que la distance les séparant du sol ne dépasse les prévisions comprises entre quarante et quatre-vingts centimètres[761]. Il en résulte un important contentieux relatif à la détermination du degré de courbure adéquate à la fiabilité de la vitesse mesurée[762]. La Cour de cassation a pu exiger du contrevenant qu'il établisse l'influence néfaste du placement sur la fiabilité de la vitesse relevée par cinémomètre. Il paraît délicat à une personne privée d'apporter la preuve d'un dysfonctionnement lorsqu'il résulte du non-respect des prescriptions imposées par une documentation technique à laquelle il n'a pas accès[763]. Les juges du fond tiennent, eux,

[758] Crim. 24 janv. 1996, n° 95-83.574, *Jur. auto* 1996. 327
[759] Arr. 8 juil. 2003 relatif au contrôle des éthylomètres
[760] CA Bordeaux, 21 mars 1985, *Gaz. Pal*. 1985. 1. 390, note AMOUROUX
[761] T. pol. Briey, 20 juin 1978, *Gaz. Pal.* 1979. 2. 490
[762] Crim. 20 oct. 1993, n° 90-81.609, *Jur. auto* 1994. 122 ; T. pol. Versailles, 20 mars 1987, *Gaz. Pal*. 1989. 1. 250 ; CA Angers, 13 févr. 1990, *Juris-Data*, n° 040 853
[763] Cass. crim. 29 oct. 1986, *Jur. auto* 1987. 15

plus facilement compte des doutes quant à l'installation adéquate du radar[764]. Revers des technologiques employées, la fiabilité du cinémomètre a parfois été relativisée par les émissions radioélectriques constatées aux abords de son positionnement[765]. Reste qu'il semble en pratique difficile, pour le contrevenant, de remettre en cause les énonciations retranscrites au sein d'un procès-verbal auxquelles est reconnue une valeur probante jusqu'à preuve contraire[766]. La difficulté pour apporter la preuve contraire est particulièrement prégnante lorsque les conditions météorologiques sont défavorables à la validité des mesures obtenues. Les premières générations fonctionnaient aléatoirement par temps de pluie, sans que la production d'un bulletin météorologique[767] ne suffise à écarter les énonciations contenues dans le procès-verbal s'il ne fait par lui-même état du climat[768]. Le progrès technique insufflé dans les investigations ne peut entièrement remplacer le facteur humain[769]. Le recours aux radars automatiques a amélioré la fiabilité d'ensemble du processus. L'algorithme mis en œuvre ne peut remplacer l'intervention humaine lorsque la qualité des photographies prises lors du déclenchement de l'appareil empêche une lecture autonome[770].

Section 2 – La vérification pratique du caractère probant

161. Garanties de fiabilité. – Bien qu'il soit possible de déterminer de manière théorique le caractère probant de l'indice, certains facteurs extérieurs peuvent avoir une influence négative. Ainsi, lorsque le tiers expert attribue une marge d'erreur aux hypothèses qu'il développe dans son rapport, il est seul juge de leur valeur probante. La valeur probante théoriquement exprimée par le sachant d'une part, ou par les dispositions du Code de procédure pénale d'autre part, ne peut suffire à emporter la confiance dans l'indice sans que son auteur ne présente lui-même certaines garanties. La fiabilité repose en effet sur l'impératif d'une confiance dans l'auteur ou l'origine du contenu informationnel de l'indice obtenu. Par le contrôle des compétences dont dispose l'auteur du contenu informationnel, la réglementation légale garantit en pratique la confiance dans l'indice. Les informations que contient l'indice seront ainsi vérifiées à travers

[764] T. pol. Chambéry, 20 mai 1980, *Rev. sc. crim*. 1980. 975, obs. VITU, *Gaz. Pal*. 1980. 2. 496; T. pol. Bastia, 4 mai 1987, *Gaz. Pal*. 1989. 1. 248
[765] Crim. 16 mars 1994, n° 92-84.529, *Jur. auto* 1994. 328
[766] Crim. 29 avr. 2009, n° 08-87.235
[767] Crim. 29 janv. 1991, n° 90-81.533, Jur. auto 1991. 237 ; Crim. 3 mars 1993, n° 92-83.967, *Jur. auto* 1993. 341
[768] Crim. 27 juin 1990, n° 89-86.524, *Jur. auto* 1990. 370
[769] Crim. 6 sept. 1993, n° 92-85.583, *Jur. auto* 1994. 73 ; Crim. 29 mars 1995, n° 94-84.493, *Jur. auto* 1995. 285
[770] V. SANSON et X. MORIN, Chronique de droit de la circulation routière, *Gaz. Pal*. 2002. 2. 12

la compétence de leur auteur d'une part (§1), ou à travers la précision de l'appareil qui en est à l'origine d'autre part (§2).

§ 1 – La compétence contrôlée de l'auteur du contenu

162. Gages de confiance. – Bien que la valeur probante reconnue en faveur du contenu informationnel de l'indice favorise la confiance de son observateur, encore faut-il qu'elle se vérifie en pratique. L'effectivité des qualifications dont dispose le sachant garantiraient la fiabilité des appréciations avancées dans le rapport qu'il rédige. Un raisonnement similaire autorise l'observateur à accorder sa confiance dans le contenu du procès-verbal élaboré par l'enquêteur compétent. La confiance dans le contenu informationnel de l'indice résulte ainsi d'un contrôle de qualification, tant chez l'expert d'une part (A), que chez l'enquêteur d'autre part (B).

A. La qualification du sachant déduite de sa probité

163. Inscription de l'expert. – La réglementation applicable tant à l'expertise, durant l'instruction, qu'aux examens techniques et scientifiques, durant l'enquête, encadre la compétence du tiers requis. Le décret relatif aux experts judiciaires soumet ainsi l'inscription sur une liste d'experts à diverses exigences dont certaines se réfèrent aux compétences de l'homme dans sa spécialité, tandis que la majorité d'entre elles se concentrent sur sa probité[771]. Il en va de même lorsque l'inscription émane d'une personne morale. L'article 3 du décret de 2004 érige alors, au rang des conditions d'inscription sur une liste d'experts, certaines tenant à la pérennité des activités poursuivies tandis que la majorité d'entre elles visent à maintenir une indépendance dans l'exécution des missions confiées, à travers le contrôle des personnes détenant une fraction d'au moins 10 % du capital social[772]. Même si la procédure légale d'inscription des experts sur une liste tend à vérifier la compétence de l'homme de l'art postulant, l'examen se trouve en pratique limité. Les compétences propres à l'homme de l'art deviennent un prérequis théorique, difficile à évaluer lors de l'acceptation des candidatures. Le recours au tiers sachant s'effectue en priorité par son inscription préalable au sein d'une liste près la Cour d'appel ou nationalement au niveau de la Cour de cassation. Concernant l'inscription sur les listes établies par les Cours d'appel d'abord, les demandes réalisées

[771] Décr. du 23 déc. 2004, art. 2, mod. par Décr. du 19 juill. 2007
[772] Décr. du 23 déc. 2004, art. 3, mod. par Décr. du 19 juill. 2007

conformément aux modalités exigées par le décret[773] seront examinées par le procureur de la République à l'aune des compétences du candidat, lesquelles seront discutées par l'assemblée générale des magistrats du siège de la Cour d'appel[774]. Processus destiné à vérifier la compétence professionnelle de l'expert, il peut paraître étonnant que sa convocation devant l'assemblée ne soit pas requise[775]. Concernant l'inscription sur les listes nationales établies par la Cour de cassation ensuite, la demande adressée par le candidat est instruite par le procureur général, lequel vérifie les conditions tenant à l'inscription initiale sur une liste établie par la Cour d'appel avant d'entamer la saisine du bureau de la Cour de cassation[776] où sera établie la liste nationale[777]. Les exigences relatives à l'inscription sont d'autant plus sévères si le domaine d'intervention est sensible, s'agissant notamment des expertises génétiques soumises à un agrément spécifique[778]. Dans ce cadre, il est exigé du candidat un niveau de formation adéquat, fixé soit au grade de master ou de doctorat dans le domaine des sciences biologiques, soit à l'obtention d'un diplôme d'études spécialisées dans les domaines de la biologie ou de la génétique médicale[779]. Des passerelles sont toutefois prévues afin de prendre en compte l'expérience professionnelle du candidat. Par la suite, le maintien de l'agrément ainsi que son renouvellement seront subordonnés à la réalisation périodique d'un contrôle qualité externe organisé par l'ANSM[780]. Destiné à assurer la fiabilité des résultats issus d'une analyse biologique d'identification par empreinte génétique, ce contrôle effectué au moins deux fois par an consiste à réaliser une expertise sur des échantillons dans des conditions d'exécution réelles. Se trouve ainsi vérifiée la compétence de l'expert chargé de réaliser des missions d'identification sur des échantillons biologiques. Les laboratoires où seront réalisés les examens devront quant à eux être accrédités par l'organisme national d'accréditations suivant la norme ISO/CEI 17025[781].

[773] Décr. du 23 déc. 2004, art. 6, mod. par Décr. n° 2011-1173 du 23 sept. 2011
[774] Décr. du 23 déc. 2004, art. 7
[775] Civ. 1ère, 6 avr. 1976, Bull. civ. I, n° 104, 105 et 109
[776] Décr. du 23 déc. 2004, art. 17
[777] Décr. du 23 déc. 2004, art. 18, mod. par Décr. n° 2014-1338 du 6 nov. 2014
[778] C. civil, art. 16-12 ; Décr. n° 97-109 du 6 février 1997, art. 1, mod. par Décr. n° 2016-796 du 14 juin 2016, relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de la procédure extra-judiciaire d'identification des personnes décédées
[779] Décr. du 6 février 1997, art. 4, mod. par Décr. du 14 juin 2016
[780] Décr. du 6 février 1997, art. 7, mod. par Décr. du 14 juin 2016, contrôle de qualité réalisé par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé conformément aux dispositions de l'article L. 761-24 du Code de la santé publique.
[781] Décr. du 6 février 1997, art. 9, mod. par Décr. du 14 juin 2016

164. Serment de l'expert. – Par une motivation explicite[782], le magistrat peut toujours requérir un expert non inscrit sur les listes[783]. Ce dernier sera alors soumis à une prestation de serment par lequel il s'engage à réaliser sa mission avec probité. La probité de l'expert non inscrit sur une liste suppose de vérifier l'absence de condamnation entraînant une incapacité à son égard[784]. Il s'agit également de vérifier la compatibilité de la mission confiée avec la profession exercée[785] ou encore la situation familiale effective[786]. Formalité préalable, essentielle à la fiabilité des missions réalisées, le serment de l'expert inscrit sur une liste, prêté devant la Cour d'appel du ressort de son domicile[787], n'a toutefois pas à être renouvelé lors des décisions de nomination[788]. Les conditions régissant l'inscription de l'expert, tout comme le serment qu'il prête, insufflent une confiance dans les informations contenues au sein du rapport qu'il élabore. Pourtant, les vérifications effectuées laissent présager une certaine légèreté dans l'estimation réelle des compétences scientifiques. En vertu d'une déontologie dont semble faire preuve l'expert, les compétences qu'il avance suffisent à engendrer la confiance de l'observateur. En ce sens, la probité de l'expert est légalement vérifiée tandis que sa véritable compétence est présumée.

B. La qualification de l'enquêteur déduite de ses attributions

165. Cadre de l'enquête. – Chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information judiciaire n'est pas ouverte[789], la police judiciaire s'exerce à travers des participants dont la qualité est distinguée. Le cadre juridique de l'enquête octroie des attributions de police judiciaire différenciées relativement à la qualité d'officier de police judiciaire[790], d'agent de police judiciaire[791] ou enfin d'agent de police judiciaire adjoint[792]. La conjonction du cadre procédural de l'enquête avec la qualité de l'enquêteur déterminerait la valeur probante du procès-verbal rédigé. Au cours de l'enquête de flagrance, compétence est donnée à l'officier de police

[782] Crim. 5 mars 1985, Bull. crim. n° 102 ; 15 mai 1990, n° 90-80.827, Bull. crim. n° 193 ; 26 févr. 1991, n° 90-87.479, Bull. crim. n° 98
[783] C. pr. pén., art. 157, al.3
[784] Crim. 4 déc. 1991, n° 91-82.828, *Gaz. Pal*. 1992. 1. 381, note OLIVIER
[785] Crim. 30 mai 1960, Bull. crim. n° 299
[786] Crim. 17 avr. 1857, Bull. crim. n° 154
[787] C. pr. pén., art. 160 ; Décr. du 23 déc. 2004, art. 22
[788] Crim. 20 mai 1969, Bull. crim. n° 178
[789] C. pr. pén., art. 14
[790] C. pr. pén., art. 16 ; C. route, art. L. 23-1
[791] C. pr. pén., art. 20 ; C. route, art. L. 23-1
[792] C. pr. pén., art. 21

judiciaire pour réaliser les actes de constatations, saisies et perquisitions[793], auditions et interrogatoires, placement en garde à vue prévus aux articles 54 et suivants du Code de procédure pénale. L'action investigatrice des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints dans le cadre de la flagrance est plus restreinte. Elle se limite d'abord à la constatation des infractions en investissant les lieux et en organisant la protection des indices matériellement présents au besoin. Elle intervient ensuite par l'assistance de l'officier de police judiciaire aux fins de réaliser toute audition utile[794]. Aucune valeur probante ne pourrait ainsi être reconnue en faveur du procès-verbal de perquisition durant la flagrance, voire de placement en garde à vue, rédigé par l'agent de police judiciaire, incompétent en la matière[795]. Le cadre de l'enquête préliminaire octroie compétence à l'officier de police judiciaire pour effectuer les actes de perquisition, d'auditions, de placement en garde à vue ainsi que l'exécution des actes prescrits par commission rogatoire du juge d'instruction[796]. Le champ des compétences octroyées à l'agent de police judiciaire est dans ce cadre plus étendu. Les perquisitions ainsi que les interrogatoires sont à sa portée, bien que réalisés sous le contrôle de l'officier de police judiciaire[797]. Par ailleurs, les contraventions constatées par les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints valent jusqu'à preuve contraire[798], sous réserve toutefois du respect des dispositions prévues par l'article R. 252 du Code de la route.

166. Domaine de l'enquête. – Selon le domaine d'intervention de l'enquêteur, les informations retranscrites auront une valeur probante jusqu'à inscription de faux, tandis qu'elles valent comme simples renseignements en l'absence de dispositions spécifiques. La compétence de l'enquêteur détermine la valeur probante des informations qu'il retranscrit en fonction du champ qu'elles recouvrent. Il devient possible de vérifier le caractère probant du procès-verbal par la constatation des compétences dont dispose effectivement l'agent rédacteur[799].

[793] A l'exception des perquisitions dans les lieux protégés telles qu'elles sont prévues par les articles 56-1 et 56-2 du Code de procédure pénale, recouvrant notamment le cabinet d'un avocat ou son domicile, le cabinet d'un médecin, d'un notaire, les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audio-visuelle
[794] C. pr. pén., art. 61
[795] C. pr. pén., art. 429
[796] Outre le respect du formalisme prévu aux articles 81, 151 et 152 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire doit se conformer aux restrictions des articles 104, 105 et 152 du Code de procédure pénale relativement à l'audition de certaines personnes.
[797] C. pr. pén., art. 75
[798] C. pr. pén., art. 537
[799] C. pr. pén., art. 429

§ 2 – La précision contrôlée de l'origine du contenu

167. Précision technique vérifiée. – La précision de l'appareil vecteur du contenu informationnel devient une condition essentielle à la fiabilité de l'indice dont il permet l'obtention. Le législateur veille à maintenir l'adéquation entre la précision spécifiée par les caractéristiques techniques qu'il possède et celle relevée en pratique. La vérification périodique (B) rejoint l'homologation initiale de l'appareil de mesure (A) afin d'assurer la fiabilité des mesures obtenues.

A. L'homologation inhérente à l'appareil de mesure

168. Ethylomètre. – En matière de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, le dépistage positif[800] autorise la recherche de la concentration d'alcool par l'analyse de l'air expiré. Il s'agit d'utiliser un éthylomètre conforme, soumis à des vérifications périodiques[801]. Conformément à l'article R. 234-2 du Code de la route, l'éthylomètre doit répondre à une homologation délivrée pour un modèle et une période de mise en service spécifiquement déterminés[802]. Avec le souci de vérifier la précision de l'appareil utilisé, le Code de la route admet la possibilité de réaliser un second contrôle d'alcoolémie[803]. La méconnaissance de ces dispositions engendre une irrégularité procédurale justifiant la nullité du résultat obtenu[804]. Réalisés en un trait de temps, ces contrôles successifs sont susceptibles de mettre en évidence le dysfonctionnement de l'éthylomètre[805]. En l'absence d'une fixation légale des modalités du second contrôle, de nombreux tâtonnements ont eu lieu. D'abord, à propos du procédé utilisable. Une certaine liberté est laissée aux agents des forces de l'ordre dans le choix qu'ils font entre l'éthylomètre ou la prise de sang[806]. La commodité guiderait toutefois la mise en œuvre d'un procédé identique dans les deux cas. Il s'agit en effet d'une concentration alcoolique exprimée en milligrammes d'air expiré évaluée par l'éthylomètre, tandis que la prise de sang révèle une concentration alcoolique exprimée en grammes par litre de sang. Concernant l'appareil utilisable, il aurait pu être préconisé un changement d'éthylomètre entre les deux contrôles

[800] TGI Grenoble, 18 juin 2004, *AJ pénal* 445, obs. CERE
[801] Décret 3 mai 2001 relatif au contrôle des instruments de mesure, art. 30 et Arr. du 8 juil. 2003 relatif au contrôle des éthylomètres, art. 13 ; V. Crim. 8 sept. 2015 n° 14-85.563, *Dalloz actualité*, 28 sept. 2015, obs. BENELLI DE BENAZE
[802] Crim. 10 janv. 2012, n° 11-85.773, *Dr. pénal* 2012. Chron. 6, n° 9, note GAUVIN
[803] C. route, art. L. 234-5 et R. 234-4
[804] Crim. 2 sept. 2009, *Jurispr. auto* 2009. 34
[805] Crim. 9 nov. 1994, n° 94-80.043, Bull. crim. n° 357; Crim. 2 oct. 2001, *Jurispr. auto* 2002. 17
[806] Circ. 9 janv. 1989, JO 23 mars, p. 3824 ; V. Crim. 27 oct. 1993, n° 93-81.570, Bull. crim. n° 316 ; *D.* 1994. IR 9 ; Crim. 11 juill. 1995, *Jurispr. auto* 1996. 65

successifs. La souplesse prime cependant dans la réalisation du contrôle d'alcoolémie. La chambre criminelle n'impose pas le changement d'embout entre les deux souffles et, a fortiori, autorise l'emploi successif d'un unique éthylomètre[807].

169. Cinémomètre. – Le fonctionnement de l'appareil s'est parfois accompagné de la vérification de sa bonne marche au cours d'un essai préalable à la mise en service véritable. Cette vérification préalable a fait l'objet d'un important débat jurisprudentiel. Sa réalisation n'est pas explicitement imposée par l'arrêté chargé de réglementer la mise en œuvre des cinémomètres lors d'un contrôle routier[808]. La vérification préalable du radar vise à assurer l'utilisation de l'appareil conformément aux prescriptions du constructeur. Référence est ainsi faite, dans chaque décision d'approbation, aux conditions d'utilisation des cinémomètres selon leur modèle spécifique[809]. Or, il s'avère qu'un test préalable est préconisé concernant certains modèles de cinémomètres, parmi lesquels est visé le Mesta 208[810]. La jurisprudence de la Chambre criminelle s'y oppose[811]. Ces décisions sont critiquables tant il s'agit de valider les préconisations du constructeur[812]. La modernisation des cinémomètres rend aujourd'hui dispensable la réalisation d'un essai préalable[813].

B. La vérification périodique de l'appareil de mesure

170. Contrôle technique. – La pérennité du bon fonctionnement des cinémomètres et des éthylomètres exige que soit réalisé un contrôle technique périodique visant à contrôler leur précision effective. Attestant du caractère probant des mesures, la vérification technique de l'appareil utilisé doit être indiquée dans le procès-verbal constatant l'infraction[814]. Le législateur exige la réalisation d'un contrôle technique annuel de l'éthylomètre, matérialisée par

[807] Crim. 19 mai 2015, n° 14-85.046, *AJ pénal* 2015. 547, obs. CERE ; V. aussi, sur la position similaire du garde des sceaux : JOAN, 23 avr. 1987, spéc. p. 620

[808] Arr. 7 janv. 1991 relatif à la construction, au contrôle et aux modalités techniques d'utilisation des cinémomètres de contrôle routier

[809] V. pour le Multinova 6 F : Décis. 3 oct. 1990, *Rev. métrologie*, t. 70, n° 0, 1992. 1437 ; pour le Mesta 208 M : Décis. 20 janv. 1994, *Rev. métrologie*, t. 72, n° 1, 1994. 37 ; pour le Multalaser : Décis. 6 nov. 1995, *Rev. métrologie*, t. 74, n° 2, 1997. 531 ; pour l'Eurolaser : Décis. 15 mai 1997, *Rev. métrologie*, t. 75, n° 11, 1997. 627

[810] Décr. CADA n° 19990104 -YG du 7 janv. 1999

[811] Crim. 24 mars 1999, Bull. crim., n° 55, *D*. 1999, IR 120, *Jur. auto* 1999. 218 ; Cass. crim. 20 déc. 2000, n° 00-83.697, *Jur. auto* 2001. 216 ; Crim. 25 sept. 2001, n° 01-82.493, *Jur. auto* 2001. 526 ; Crim. 6 nov. 2001, n° 01-82.494, *Jur. auto* 2002. 69 ; Crim. 18 janv. 2006, n° 05-85.579, *Jur. auto* 2006. 158

[812] CA Reims, 27 mars 1997, *Gaz. Pal*. 1998. 1. 126, note SANSON et MORIN ; CA Pau, 15 déc. 1998, *Cah. jurispr*. *Aquitaine* 1/1999, p. 153, obs. CERE

[813] V, pour le modèle Eurolaser Sagem 2095, la notice abandonne l'essai préalable à la discrétion de l'agent, CA Toulouse, 8 nov. 2004, *Cah. jurispr. Aquitaine* 1/2005, p. 179, obs. CERE

[814] V. AMOUROUX, Alcoolémie au volant, *Gaz. Pal*. 1989. 1. Doctr. 155 ; DEFRANCE, La conduite sous l'empire de l'alcool, *Jurispr. auto* 1998. 9

l'apposition d'une vignette sur l'appareil de mesure, précisant la date de la prochaine visite périodique. Les doutes susceptibles d'exister sur la fiabilité de la concentration alcoolique mesurée lorsqu'aucune vérification n'est mentionnée au sein du procès-verbal justifient que ce dernier soit annulé[815]. Il s'agit alors, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, de s'assurer d'un fonctionnement correct de l'éthylomètre[816]. Tel ne peut être le cas lorsque seule la date du prochain contrôle technique de l'appareil est retranscrite dans le procès-verbal[817]. L'homologation du cinémomètre lors de sa mise en service impose, par la suite, son contrôle technique annuel[818]. Ce faisant, l'absence de contrôle intervenu dans ce délai – compté de date à date à minuit – impose d'écarter la mesure de vitesse relevée[819]. Les effets d'une absence de contrôle technique sont inévitablement étendus lorsque la date du contrôle est raturée, compte tenu des risques similaires d'atteinte à la fiabilité de la vitesse mesurée[820].

[815] T. corr. Rennes, 15 déc. 1994, *Jurispr. auto* 1995. 169 ; Basse-Terre, 3 oct. 1995, *Gaz. Pal*. 1998. 8. ; T. corr. Vannes, 16 déc. 1997, *Gaz. Pal*. 1998. 1, chron. 40
[816] Crim. 6 mai 1997, Bull. crim. n° 171 ; *Jurispr. auto* 1997. 335; *Gaz. Pal*. 1997. 2, chron. 194. - Crim. 6 mai 1997, n° 96-80.160, Bull. crim. n° 171
[817] Crim. 7 mars 2007, n° 05-87.292, *AJ pénal* 2007. 325, obs. CERE - Crim. 17 févr. 2010, *Procédures* 2010, comm. n° 206, obs. BUISSON
[818] Arr. 7 janv. 1991, art. 10
[819] Crim. 4 oct. 2006, n° 06-83.247, *Jur. auto* 2006. 583, *AJ pénal* 2006. 450
[820] T. pol. Sens, 5 janv. 1999 et T. pol. Châteaubriant, 26 mai 2000, *Gaz. Pal*. 2001. 1. 28 ; CA Paris, 28 janv. 2000, *Gaz. Pal*. 2001. 1. 29

PARTIE II – L'EXPLOITATION DES INDICES

171. Appréhension d'une vraisemblance infractionnelle. – Tandis que le juge est à l'origine de la preuve, l'indice est à la source de son intime conviction. A mesure que l'enquête avance, au fil des indices exploités, l'apparence infractionnelle déduite oblige une réponse pénale adaptée. La commission apparente d'une infraction justifie le déclenchement du processus pénal, lequel doit toutefois rester compatible avec l'effectivité d'une innocence toujours présumée. Le déclenchement procédural devient obligatoire dès qu'est constatée la présence d'indices tels que le Code de procédure pénale les exige explicitement. Aux termes de l'article 80-1 du Code de procédure pénale, la mise en examen exige la constatation à l'encontre de la personne visée d'indices graves ou concordants laissant présumer sa participation à la commission d'une infraction. D'ailleurs, l'article 105 du Code de procédure pénale interdit d'entendre comme témoin la personne dont les indices graves et concordants indiquant sa participation à la commission d'une infraction imposent qu'elle dispose au préalable du statut protecteur de la mise en examen. S'agissant de l'article 113-2 du Code de procédure pénale, il soumet le statut de témoin assisté à la constatation, contre la personne visée, d'indices laissant présumer sa participation à la commission d'une infraction. L'article 122 du Code de procédure pénale vise l'existence d'indices graves et concordants rendant vraisemblable la participation à la commission d'une infraction d'une personne contre laquelle il est ainsi admis de décerner un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt. Les articles 706-54, 230-7 et 230-13 du Code de procédure pénale évoquent la personne contre laquelle existent des indices graves et concordants rendant vraisemblable sa participation à la commission d'une infraction pour justifier l'inclusion de son empreinte génétique au sein du fichier informatisé instauré à cet effet. Dans le domaine des bases de données informatisées, l'existence d'indices graves et concordants laissant présumer la participation d'une personne à la commission d'une infraction justifie qu'elle figure au sein des fichiers d'antécédents judiciaires tels que ceux érigés à l'article R. 40-25 du Code de procédure pénale. Enfin, l'article 706-47-2 soumet la personne contre laquelle existent des indices graves et concordants laissant présumer sa participation à la commission d'un viol à la réalisation d'un examen prophylactique, même en l'absence de son consentement. Afin d'insuffler une certaine souplesse dans le cheminement procédural, le législateur fait parfois seulement référence à l'apparence infractionnelle implicitement déduite des indices, lesquels ne sont alors pas explicitement visés. Il en va ainsi de l'article 55-1 du Code de procédure pénale aux termes duquel le prélèvement externe réalisé par l'officier de

police judiciaire est autorisé dès que sont caractérisées des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction. L'article 61-1 du Code de procédure pénale fait quant à lui dépendre le statut de suspect à l'existence de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction contre la personne mise en cause. Par conséquent, l'article 62 du Code de procédure pénale interdit la mise en œuvre d'une mesure de contrainte à l'encontre des personnes contre lesquelles ne pèse aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction. La garde à vue est ainsi liée, d'après l'article 62-2 du Code de procédure pénale, à l'existence de raisons plausibles de soupçonner la personne visée d'avoir participé à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement. L'article 70 du Code de procédure pénale autorise la délivrance d'un mandat de recherche contre la personne sur laquelle pèsent des raisons plausibles de soupçonner sa participation à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans. L'article 78-2 du Code de procédure pénale soumet la réalisation d'un contrôle d'identité des personnes contre lesquelles existent des raisons plausibles de soupçonner leur participation à la commission d'une infraction. L'article 122 du Code de procédure pénale exige la caractérisation de raisons plausibles de soupçonner la participation à la commission d'une infraction d'une personne afin que lui soit délivré un mandat de recherche par le juge d'instruction. En outre, l'article 141-4 du Code de procédure pénale exige la caractérisation de raisons plausibles de soupçonner le manquement aux obligations du contrôle judiciaire instauré pour justifier l'appréhension de la personne y étant soumise. Enfin, l'article 706-80 du Code de procédure pénale autorise l'extension territoriale des compétences de l'officier de police judiciaire dans la surveillance des personnes contre lesquelles existent des raisons plausibles de soupçonner leur participation à la commission d'une infraction en lien avec le terrorisme et, plus généralement, la criminalité organisée. Sans faire explicitement référence aux indices ni viser implicitement l'apparence infractionnelle susceptible d'en être déduite, le législateur aménage la procédure pénale au gré d'un fondement factuel résultant nécessairement d'une interprétation. L'article 188 du Code de procédure pénale évoque ainsi la reprise de l'information judiciaire sur charges nouvelles, lesquelles sont considérées par l'article 189 du même code comme des éléments matériels amenés à fortifier une apparence infractionnelle, c'est-à-dire comme des indices. Au même titre que l'absence de charges justifie le prononcé d'une ordonnance de non-lieu par le juge d'instruction, l'article 177 du Code de procédure pénale allègue un fondement factuel tiré des indices pour déterminer le cheminement procédural. S'agissant du cadre des investigations, l'enquête pour cause de mort suspecte se fonde nécessairement sur l'existence de faits laissant présumer le caractère trouble des

circonstances dans lesquelles la personne a été retrouvée morte[821]. S'agissant de l'aiguillage procédural, l'article 118 du Code de procédure pénale fait état des hypothèses de requalification des faits reprochés à la personne visée par une information judiciaire. Ces dispositions, tout comme celles de l'article 137 du Code de procédure pénale relatives à la motivation d'une exception à la liberté de la personne mise en examen, laissent au juge d'instruction une importante marge d'appréciation dans le pronostic qu'il réalise sur la gravité d'une atteinte vraisemblablement portée envers les intérêts de la société. La décision d'ordonner ou de prolonger la mesure de détention provisoire, ainsi que la durée ce cette dernière, résultent aux termes des articles 144 et 144-1 du Code de procédure pénale d'une appréciation des circonstances de l'espèce par le magistrat à l'aune de l'apparence infractionnelle qu'il déduit des indices préalablement obtenus. Les circonstances de l'espèce – c'est-à-dire les indices librement appréciés par le magistrat – autoriseront par ailleurs le procureur de la République à déterminer la manière dont l'affaire sera jugée, l'article 395 du Code de procédure pénale ouvrant la voie de la comparution immédiate pour les faits infractionnels punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à deux ans. Dans cette quête d'une rationalisation procédurale adaptée au degré de complexité des faits, l'ordonnance pénale est ouverte par l'article 495 du Code de procédure pénale lorsque ces derniers revêtent une simplicité justifiant la mise en œuvre d'une procédure accélérée. Lorsqu'elle justifie le prononcé d'une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans, la reconnaissance de l'infraction par la personne soupçonnée autorise le procureur de la République à recourir à la comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité, prévue à l'article 495-7 du Code de procédure pénale. La sanction pénale se trouve ainsi contractualisée. Enfin, lorsque les investigations portent sur des faits infractionnels liés au terrorisme et plus généralement au domaine de la criminalité organisée des articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale, se met en œuvre un régime spécifique. Les règles qui en résultent sont perçues par certains auteurs au titre d'une procédure pénale « bis » en raison de l'importante restriction des libertés fondamentales engendrée par la gravité de l'apparence infractionnelle déduite des indices obtenus. L'article 706-88-1 du Code de procédure pénale permet aux indices obtenus de justifier l'extension de la durée des mesures de garde à vue décidées dans le domaine des infractions prévues au 11° de l'article 706-73 du même code. Il résulte de l'apparence infractionnelle vraisemblable une justification factuelle pour déclencher une action pénale, destinée d'abord à circonscrire le trouble à l'ordre public apparent et à en faciliter, ensuite, la prévention des

[821] C. pr. pén., art. 74 et s.

hypothétiques réitérations. La référence plus générale aux circonstances de l'espèce, qu'il s'agisse de leur complexité constatée ou de la personnalité de l'auteur présumé, tend par ailleurs à démontrer la gravité de l'apparence infractionnelle. Il en résulte une nécessité d'adapter l'action pénale, afin de gagner en efficacité. D'abord, par l'octroi de moyens d'investigation proportionnés à la menace révélée et, ensuite, par l'aménagement d'un cheminement procédural conforme au respect d'un objectif de célérité. Déduite de l'exploitation des indices, la détermination du cheminement procédural vise à maintenir l'exigence d'un équilibre procédural. La délimitation de l'atteinte vraisemblablement portée à l'ordre public exige d'abord la réalisation d'un pronostic rétrospectif sur la réalité de faits infractionnels. Les indices irriguent par conséquent l'entière procédure pénale. Ils seront exploités aux fins de justifier l'instauration des réponses pénales (Titre 1), dont ils contribuent à assurer la constante adaptation (Titre 2).

TITRE 1 – LE DECLENCHEMENT DES REPONSES PENALES

172. Déclenchement procédural. – Chargé d'établir l'organisation d'une réponse pénale, le Code de procédure pénale prend appui sur les indices obtenus au stade des investigations de manière à caractériser l'apparence d'un trouble vraisemblablement porté à l'ordre public. Selon la souplesse souhaitée dans le déclenchement procédural d'une réponse pénale, la qualification des indices explicitement requis par le Code de procédure pénale verra sa rigueur modulée. L'enquête aura d'abord pour but de vérifier l'existence d'un trouble social lorsque l'exploitation des indices rend incertaine la commission d'une infraction à la loi pénale. Elle aura ensuite pour finalité de déterminer l'imputation infractionnelle, lorsque l'exploitation des indices rend le trouble social non plus éventuel, mais vraisemblable. Il en résulte qu'une réponse pénale est inhérente à la délimitation d'un trouble social (Chapitre 2) selon une vraisemblance infractionnelle justifiant son déclenchement (Chapitre 1).

Chapitre 1 - Le déclenchement déduit d'une vraisemblance infractionnelle

173. Justification procédurale. – En requérant une apparence de participation à la commission d'une infraction, le législateur exige l'exploitation des indices afin de déclencher la réponse pénale qu'il organise. A des degrés distincts de caractérisation, la vraisemblance de l'apparence infractionnelle représente la variable par laquelle une réponse pénale devra être apportée. La réponse pénale déclenchée à mesure qu'est caractérisée la vraisemblance de l'apparence infractionnelle exige un contrôle des indices y étant à l'origine. La souplesse dans la mise en œuvre du contrôle favorise l'efficacité des investigations autant qu'elle engendre un risque quant à l'équilibre procédural. Un contrôle de proportionnalité doit pouvoir s'effectuer sur le fondement des indices obtenus. La manière dont se caractérise la vraisemblance infractionnelle (Section 1) détermine ainsi le contrôle porté, tant sur son fondement que sur ses effets (Section 2).

Section 1 – La caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle

174. Degrés de vraisemblance. – La vraisemblance d'une apparence infractionnelle justifie le déploiement d'une réponse pénale. Selon les dispositions du Code de procédure pénale, la caractérisation de l'apparence peut se réaliser implicitement d'abord. Dans ce cas, la seule existence de raisons plausibles de soupçonner justifie le déclenchement procédural. La vraisemblance infractionnelle peut ensuite se déduire d'indices dont les critères d'apparence, de gravité et la concordance sont explicitement exigés. L'indice représente alors l'étalon maître sur lequel se fonde la réponse pénale. La simple référence aux raisons plausibles de soupçonner autorise une organisation procédurale plus souple. *A contrario*, une désignation explicite des indices rigidifie la mise en œuvre des mesures procédurales. Par une référence explicite aux indices (§1) ou à travers une allusion plus implicite (§2), il s'agit pour le législateur de justifier l'instauration des mesures procédurales selon la vraisemblance infractionnelle caractérisée.

§ 1 – La caractérisation par référence explicite aux indices

175. Qualification de l'indice. – Tandis que le critère d'apparence impose la visibilité de l'indice, la gravité et la concordance supposeraient une appréciation portée sur le faisceau d'indices préalablement constitué. Par l'encadrement des déductions, le législateur alerte l'observateur sur la nécessaire constitution préalable d'un faisceau d'indices susceptible d'engendrer une vraisemblance infractionnelle. Avant la mise en œuvre d'une réponse pénale, l'observateur doit obtenir un indice matériellement visible d'une part, et apprécier le contenu informationnel déduit d'un faisceau d'indices d'autre part. La référence explicite aux indices requis pour fonder la vraisemblance d'une apparence infractionnelle exige de déterminer la visibilité de leur contenant matériel (A) et d'apprécier la gravité et la concordance de leur contenu informationnel respectif (B).

A. La vraisemblance infractionnelle déduite des indices apparents

176. Visibilité de l'indice. – Le déclenchement procédural, qu'il s'agisse du régime juridique des investigations ou du statut octroyé à la personne mise en cause, devient obligatoire dès qu'est constatée la présence d'indices tels que le Code de procédure pénale les qualifie explicitement. Si les dispositions inscrites à l'article 53 du Code de procédure pénale font explicitement référence à l'indice, son caractère apparent résulterait davantage d'un mouvement jurisprudentiel. Il aura ainsi fallu attendre l'arrêt Isnard, en date du 22 janv. 1953[822], pour que la Cour de cassation clarifie le déclenchement de l'enquête de flagrance en la soumettant à la perception, par l'enquêteur, d'un indice rendant vraisemblable la commission actuelle d'une infraction. Alors que le crime ou délit flagrant qualifie celui qui se commet actuellement ou bien celui venant de se commettre, les juges du quai de l'Horloge autorisent les enquêteurs de police à mettre en œuvre le régime de l'enquête de flagrance dès qu'est constatée la présence d'un indice apparent laissant présumer la récente commission d'une infraction[823]. Les décisions rendues par la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'inscrivent parfaitement dans la logique d'une situation de flagrance telle que son étymologie latine met en exergue son actualité brûlante. Extériorisée par des indices visibles de l'enquêteur, la prégnance d'une activité infractionnelle actuelle justifie qu'une réponse pénale prompte soit procéduralement déclenchée. La constance des décisions relatives à l'impérative visibilité des

[822] Crim. 22 janv. 1953, Bull. crim. n° 24, *D.* 1953, p. 553, note LAPP
[823] Crim. 22 janv. 1953, Bull. crim., n° 24

indices ne peut masquer l'évolution accomplie sous l'impulsion de la doctrine[824]. Nombre d'auteurs s'insurgeaient légitimement lorsque la commission d'une infraction en cours était extériorisée au moyen d'une fouille à corps, relevant ainsi un doute lors du déclenchement de la réponse pénale initiale[825]. La difficile extériorisation d'une infraction commise de manière occulte ne peut justifier des considérations sécuritaires dans la mise en œuvre des dispositions légales relatives à la flagrance, laquelle suppose justement une atteinte patente à l'ordre public. Les actes d'investigation pris dans le cadre de la flagrance devront alors respecter une chronologie. Ils pourront être décidés postérieurement à l'apparition d'un indice évoquant la vraisemblance d'une situation infractionnelle. A défaut d'apparence infractionnelle rendue vraisemblable par la perception d'un indice, les investigations policières consécutives à de simples soupçons seront soumises aux dispositions des articles 76 et suivants du Code de procédure pénale.[826]

177. Matérialité de l'indice. – La qualification d'un indice apparent, requis au déclenchement des mesures procédurales propres à l'enquête de flagrance, revient à en apprécier le caractère matériellement perceptible. Ainsi, l'indice doit apparaître avant toute intervention coercitive de l'enquêteur, s'agissant d'un élément matériel révélé par l'individu coupable lui-même[827] ou celui dont la perception est possible depuis l'extérieur du véhicule[828]. Sans la perception sensorielle d'indices susceptibles d'extérioriser la commission actuelle d'une infraction, aucune action coercitive fondée sur le régime de la flagrance ne peut être justifiée. Le recours aux agents des douanes, disposant de prérogatives les autorisant à visiter des personnes, des locaux et des véhicules, dans l'unique but d'outrepasser les limitations d'une enquête de flagrance strictement fondée sur la prégnance d'un acte infractionnel actuel constitue, nécessairement, un détournement de procédure[829]. Il en résulte le respect obligatoire d'une chaîne procédurale lorsqu'un témoignage anonyme dénonce la commission actuelle d'une infraction occulte. Le point de départ ne saurait être constitué par un contrôle d'identité fondé sur les dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale sans qu'il n'existe au préalable, à l'encontre de la personne visée, des raisons plausibles de soupçonner sa participation infractionnelle. La révélation d'une situation infractionnelle vraisemblable

[824] BOULOC, « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC* 1991, p. 221 et s.
[825] Crim. 29 juill. 1926, S. 1928.1.43
[826] Crim. 30 mai 1980, Bull. crim. n° 165, *Gaz. Pal*. 1981.1.221, note SUZANNE, *D*. 1981, p. 533, note JEANDIDIER
[827] Crim. 9 janv. 2002, n° 01-86.964, Bull. crim., n° 2, *Procédures*, mai 2002, comm. n° 105, note BUISSON
[828] Crim. 4 nov. 1999, Bull. crim., n° 247, *D*. 2000, IR, s'agissant d'une odeur de cannabis
[829] Crim. 18 déc. 1989, Bull. crim., n° 485 ; 11 mai 1992, *Gaz. Pal*. 1993.1.244

pourrait pareillement avoir été engendrée par la perception d'un indice au cours d'une enquête préliminaire. La visibilité de l'élément matériel agit alors comme le facteur déclencheur des dispositions propres à la flagrance[830]. Il en va ainsi de l'enquête pour flagrant délit déclenchée, non pas en raison de la fuite des personnes visées à la vue des policiers, mais bien en raison du contrôle d'identité ultérieurement réalisé consécutivement à cette fuite, lequel a permis de révéler un indice matériel à même de rendre possible la commission actuelle d'un fait infractionnel[831]. La particularité des visites aux parloirs des prisons, où le contact extérieur augmente le risque quant à l'entrée de stupéfiants au sein des établissements, oblige la mise en place d'un contrôle réglementé par circulaire[832]. L'arrêt marqué du chien spécialisé devant la personne susceptible de détenir une substance prohibée peut alors être considéré comme un indice matérialisé par l'attitude physique du canidé, justifiant l'ouverture d'une enquête de flagrance. S'il peut sembler étonnant qu'un comportement canin puisse être assimilé à un indice, il n'en demeure pas moins que le dressage prodigué confère à son comportement un caractère probant. L'incapacité du seul témoignage à déclencher la mise en œuvre du régime de flagrance se comprend également par l'insuffisant caractère probant d'une parole dont le contenu informationnel ne parvient pas à extérioriser la commission plus qu'éventuelle d'une infraction actuelle[833].

B. La vraisemblance infractionnelle déduite des indices graves et concordants

178. Critères de vraisemblance. – Lorsque l'observateur est amené à justifier le fondement d'une apparence infractionnelle à partir des indices préalablement obtenus au cours de la procédure, les critères de gravité et de concordance feraient moins référence à la matérialité des indices qu'aux informations qu'ils contiennent. En ce sens, la dimension alternative ou cumulative des critères de gravité et de concordance fait nécessairement référence à un palier de vraisemblance infractionnelle. La différence serait alors insignifiante entre des indices graves et concordants d'une part, graves ou concordants d'autre part. Le déclenchement d'une réponse pénale implique d'abord une apparence suffisamment grave coïncidant avec la commission d'une infraction vraisemblable. La question même de l'apparence infractionnelle implique ensuite des informations concordantes afin de devenir suffisamment vraisemblable. Il existe dès lors une redondance dans la gravité et la concordance des indices requis puisque leur

[830] Crim. 23 mars 1992, Bull. crim. n° 123, *Dr. pén*. 1992, n° 215, p. 17, obs. MARON
[831] Crim. 14 avr. 2015, n° 14-83.462, *AJ pénal* 2015. 549, obs. ANDREI
[832] Circ. n° 345/D/9730018 du 27 janv. 1997
[833] Crim. 21 juill. 1982, Bull. crim., n° 196 ; Crim. 11 juill. 2007, n° 07-83.427

contenu informationnel, qui est ainsi explicitement visé par les textes, devra nécessairement être concordant pour engendrer une apparence infractionnelle. La gravité et la concordance des indices requis à la mise en œuvre des mesures procédurales obligent à en apprécier le contenu informationnel afin de déterminer s'il coïncide vers la vraisemblance d'une participation infractionnelle. Il s'ensuit une impossibilité pour la chambre criminelle de distinguer avec précision la réunion des critères de gravité et de concordance concernant les indices requis pour fonder la mise en œuvre des mesures procédurales. Cette qualification des indices se perçoit comme un palier de vraisemblance infractionnelle. Il n'en demeure pas moins qu'une référence explicite à l'indice équivaut à un gage de neutralité dans l'appréciation d'une vraisemblance infractionnelle.

§ 2 – La caractérisation par référence implicite aux indices

179. Raisons plausibles. – Alors qu'une référence explicite aux indices oblige l'enquêteur à viser les éléments probatoires sur lesquels ils fondent son appréciation de l'apparence infractionnelle, certaines dispositions du Code de procédure pénale échappent à cette exigence. La référence légale faite aux « raisons plausibles » de soupçonner la commission d'une infraction, en lieu et place des indices, assouplit la mise en œuvre d'une mesure procédurale. L'article 55-1 du Code de procédure pénale autorise ainsi le prélèvement externe par l'officier de police judiciaire dès que sont caractérisées des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction. L'article 61-1 du Code de procédure pénale fait quant à lui dépendre le statut de suspect à l'existence de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction contre la personne mise en cause. A contrario, l'article 62 du Code de procédure pénale interdit la mise en œuvre d'une mesure de contrainte à l'encontre des personnes contre lesquelles n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction. La garde à vue est ainsi liée, d'après l'article 62-2 du Code de procédure pénale, à l'existence de raisons plausibles de soupçonner la personne visée d'avoir participé à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement. L'article 70 du Code de procédure pénale autorise la délivrance d'un mandat de recherche contre la personne sur laquelle existent des raisons plausibles de soupçonner sa participation à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans. L'article 78-2 du Code de procédure pénale soumet la réalisation d'un contrôle d'identité des personnes contre lesquelles existent des raisons plausibles de soupçonner leur participation à la commission d'une infraction. L'article 122 du Code de procédure pénale exige la

caractérisation de raisons plausibles de soupçonner la participation à la commission d'une infraction d'une personne afin que lui soit délivré un mandat de recherche par le juge d'instruction. En outre, l'article 141-4 du Code de procédure pénale exige la caractérisation de raisons plausibles de soupçonner le manquement aux obligations du contrôle judiciaire instauré pour justifier l'appréhension de la personne y étant soumise. Enfin, l'article 706-80 du Code de procédure pénale autorise l'extension territoriale des compétences de l'officier de police judiciaire dans la surveillance des personnes contre lesquelles existent des raisons plausibles de soupçonner leur participation à la commission d'une infraction en lien avec le terrorisme et, plus généralement, la criminalité organisée.

180. Consistance factuelle. – Sans faire explicitement référence aux indices ni viser implicitement l'apparence infractionnelle susceptible d'en être déduite, le législateur aménage la procédure pénale au gré d'un fondement factuel résultant nécessairement d'une interprétation. L'article 188 du Code de procédure pénale évoque ainsi la reprise de l'information judiciaire sur charges nouvelles, lesquelles sont considérées par l'article 189 du même code comme des éléments matériels amenés à fortifier une apparence infractionnelle. S'agissant du cadre des investigations, l'enquête pour cause de mort suspecte se fonde sur l'existence de faits laissant présumer le caractère trouble des circonstances dans lesquelles la personne a été retrouvée morte. La mise en œuvre d'une mesure procédurale repose nécessairement sur des indices, mais le législateur peut, dans certains cas, insister sur l'apparence qu'ils produisent (A) tandis que le socle factuel qu'ils désignent constitue la source de l'entière procédure pénale (B).

A. La vraisemblance infractionnelle déduite de raisons plausibles

181. Statut procédural. – Selon les termes de l'article 55-1 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire peut procéder à des opérations de prélèvements sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction. Depuis la loi du 27 mai 2014[834], la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir reçu des informations – *limitativement énumérées* – concernant la procédure dont elle fait l'objet et les

[834] Loi n° 2014-535 portant transposition de 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

droits dont elle dispose à cette occasion[835]. Issu de la loi du 3 juin 2016[836] renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale puis modifié par celle du 18 novembre 2016[837] de modernisation de la justice du XXIe siècle, l'article 61-3 du Code de procédure pénale autorise la personne contre laquelle existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé, en tant qu'auteur ou complice, à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'emprisonnement de demander l'assistance d'un avocat avant la réalisation d'opérations de reconstitution de l'infraction ou d'identification des suspects dont elle fait partie. Le régime de l'audition libre, énoncé à l'article 62 du Code de procédure pénale depuis la loi du 27 mai 2014[838] utilise une référence à l'absence de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction pour justifier l'absence de contrainte à l'encontre de la personne entendue. Seule une contrainte limitée à une durée de quatre heures est, par exception, autorisée si les nécessités de l'enquête le justifient et qu'elle apparaît strictement nécessaire à l'audition de la personne non encore suspectée. La survenance de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction aura pour conséquence de mettre fin au régime de l'audition libre, par renvoi aux dispositions de l'article 61-1 du même code, prévoyant les informations données sur l'infraction vraisemblablement commise et les droits dont dispose la personne suspectée. Par renvoi à l'article 63-1 du Code de procédure pénale, les dispositions de l'article 62 obligent naturellement le régime plus protecteur du placement en garde à vue lorsque la vraisemblance infractionnelle s'accompagne d'un critère de gravité tenant à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement. Définie à l'article 62-2 dudit code, issu de la loi du 14 avril 2011[839] l'ayant réformée, la garde à vue se fonde sur des raisons plausibles de soupçonner la participation de la personne visée à la commission d'un crime ou d'un délit réprimé d'une peine d'emprisonnement. Assortie d'objectifs procéduraux que seule la mesure de garde à vue permettrait d'atteindre, à la manière des dispositions relatives à la détention provisoire[840], son instauration demeure justifiée par des raisons plausibles de soupçonner[841].

[835] C. pr. pén, art. 61-1
[836] Loi n° 2016-731
[837] Loi n° 2016-1547
[838] Loi n° 2014-535, *op. cit.*
[839] Loi n° 2011-392
[840] C. pr. pén., art. 144 dont la liste d'objectifs s'est considérablement étoffée depuis la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.
[841] Depuis la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002, complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

182. Appréciation subjective. – Dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence[842], l'article 63 du Code de procédure pénale faisait toutefois explicitement référence aux indices afin de justifier l'instauration d'une mesure de garde à vue. L'objectif visé par la loi du 15 juin 2000, tenant à la protection de la présomption d'innocence, explique sans doute l'accentuation portée sur les indices en tant que socle factuel du fait infractionnel vraisemblable. La rigueur d'une base factuelle vérifiable n'a pas survécu à la souplesse engendrée par la seule exigence des raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction[843]. Par la mise en exergue de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction, le législateur sous-entend la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle sans restreindre son observateur à la déduire d'un indice visible ni le contraindre à expliciter la gravité concordante d'un contenu informationnel. La référence au terme de « raisons plausibles » plutôt que « raisons vraisemblables » participe à la lecture subjective de l'appréciation menée à partir des indices obtenus[844]. Il s'agit bien de considérer l'appréciation propre de l'enquêteur concernant les indices à sa disposition afin de déterminer si une situation infractionnelle lui semble plausible. Le caractère plausible d'une situation infractionnelle coïncide d'ailleurs avec la qualité de suspect contre lequel un contrôle d'identité peut être réalisé[845], ainsi qu'un rapprochement d'empreintes génétiques[846], tandis qu'un mandat de recherche peut être délivré[847].

B. La vraisemblance infractionnelle déduite d'un socle factuel

183. Paliers de vraisemblance. – La reconnaissance d'un statut propre au suspect, dès que se caractérise à son encontre un soupçon de commission d'infraction, trouve un parallèle dans l'attribution du statut de mis en examen, dès qu'existent des indices graves ou concordants laissant présumer une participation à la commission de l'infraction. La vraisemblance infractionnelle dicte alors le déclenchement procédural à partir des indices qui la reflètent. Le déclenchement se justifie lorsque le contenu informationnel des indices mis en relation au sein d'un faisceau évoque l'apparence concordante d'une infraction potentiellement commise. La matérialité des indices qualifiés ou la souplesse des raisons plausibles se distinguent alors moins

[842] Loi n° 2000-516
[843] GUERY et CHAMBON, « Paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », Droit et pratique de l'instruction préparatoire, *Dalloz*, coll. Dalloz action, 2013/2014, n° 191, p. 11.
[844] Crim., 8 janvier 2013, n° 12-81126
[845] C. pr. pén., art. 78-2
[846] C. pr. pén., art. 706-54
[847] C. pr. pén., art. 122

sur leurs objets que sur leurs effets. Dans les deux cas, le Code de procédure pénale fait état du degré d'apparence infractionnelle requis pour justifier la mesure ordonnée, sans que la référence aux indices qualifiés ou aux raisons plausibles ait un impact sur le socle de déduction. La présomption infractionnelle résulte nécessairement du contenu informationnel des indices réunis au sein d'un faisceau. Ce contenu informationnel des indices, explicitement ou implicitement requis, doit alors délivrer des raisons plausibles de soupçonner d'une part et une gravité concordante d'autre part. L'objectivité initialement pressentie lorsque le Code de procédure pénale exige des indices « graves ou concordants » doit être relativisée. La détermination d'un cheminement infractionnel suppose une appréciation subjective des informations contenues au sein des indices. En ce sens, l'obtention d'une vraisemblance infractionnelle demeure identique malgré l'utilisation de deux expressions différentes. La subjectivité inhérente à l'appréciation réalisée nuance l'intérêt d'une référence explicite aux indices. La gravité concordante exigée consiste finalement en l'énumération de raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction. La réforme de l'article 63 du Code de procédure pénale[848] substituant les raisons plausibles aux indices afin de justifier l'instauration d'une mesure de garde à vue résulte sans doute d'une prise de conscience concernant le caractère artificiel des qualificatifs « graves et concordants ». Si le texte exige des indices « graves » ou « concordants », il s'agit surtout de l'appréciation donnée par l'observateur aux informations qu'ils contiennent. La subjectivité est inhérente à cette appréciation, qui ne diffère pas selon que le législateur exige des indices qualifiés ou préfère une référence aux raisons plausibles.

184. Vraisemblance subjectivisée. – Qu'il s'agisse d'évoquer les charges nouvelles justifiant la reprise d'une instruction ou de déterminer le cadre des investigations selon la vraisemblance d'un événement suspect, l'entière procédure pénale avance au fur et à mesure d'une appréciation subjectivement portée sur les indices. Les informations qu'ils contiennent, la vraisemblance qu'ils donnent à voir lorsqu'ils sont réunis au sein d'un faisceau autorise leur observateur à considérer qu'une charge nouvelle existe ou qu'un doute persiste dans la nature infractionnelle du fait suspect. Le socle factuel est au cœur de la procédure pénale et les indices représentent un fragment obtenu au cours des investigations. Alors que la preuve scientifique ne peut exister en l'absence de décision du juge, les indices issus du progrès scientifique donnent à voir un déroulement plausible des faits infractionnels recherchés. La dimension

[848] Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

plausible de l'apparence correspond à la subjectivité indispensable en procédure pénale afin de faire avancer la recherche d'une vérité nécessairement judiciaire. Au gré des indices obtenus, au gré des fragments factuels, l'enquêteur retrace un déroulement plausible des faits. La vraisemblance infractionnelle se teinte alors d'une dimension subjective inhérente à l'appréciation des indices qui en sont à l'origine. La marge d'erreur attachée aux indices issus de la science relativise néanmoins la dimension nécessairement subjective de l'apparence infractionnelle vraisemblable en apportant plus d'objectivité dans la détermination du déroulement des faits. L'indice de présence du suspect sur les lieux de l'infraction dispose d'une valeur probante évaluable lorsqu'il est élaboré à partir d'une empreinte génétique. Grâce à la valeur probante attribuée à l'indice, la présence du suspect sur les lieux devient vraisemblable. Il ne s'agit plus de considérer l'appréciation subjective d'un observateur, mais de prendre en compte un indice objectif. La détermination du déroulement entier des faits ne peut toutefois se nourrir des seuls indices disposant d'une valeur probante et l'appréciation de l'enquêteur demeure liée au caractère plausible de la participation du suspect à la commission d'une infraction.

Section 2 – Le contrôle d'une vraisemblance infractionnelle

185. Impact de la vraisemblance. – L'effectivité d'une innocence présumée impose de proportionner la coercition mise en œuvre selon une vraisemblance infractionnelle déduite des indices. Le principe même de cette innocence, postulée tant qu'une culpabilité prouvée n'a pas été jugée, justifie un équilibre procédural par lequel la restriction des libertés individuelles se compense par l'octroi de droits en faveur de la personne soupçonnée. Au fur et à mesure que s'intensifie la prégnance de l'apparente commission du fait infractionnel, les droits octroyés s'intensifieront de la même manière afin de maintenir l'équilibre entre les deux pôles de la procédure[849]. Il s'agit ici d'appréhender les effets de la vraisemblance infractionnelle et par là même, de contrôler l'adéquation entre les droits octroyés afin de garantir l'effectivité de l'innocence présumée.

[849] L'absence de déclenchement des poursuites interdirait d'identifier la personne mise en cause en tant que partie à la procédure, alors même que la vraisemblance infractionnelle caractérisée à son encontre justifie l'octroi d'un statut protecteur. Il conviendrait de considérer avec plus de pragmatisme qu'une personne mise en cause devient partie intégrante à la procédure dès que son innocence peut être remise en cause, à la manière des décisions rendues par le Cour Européenne des Droits de l'Homme dont la définition de l'accusé demeure plus large que celle retenue par le législateur national.

186. Origine de la vraisemblance. – Puisque la vraisemblance infractionnelle caractérisée détermine la coercition déployée et les droits octroyés, il importe de contrôler la manière dont elle a été obtenue. Tandis que le Code de procédure pénale exige des indices qualifiés ou des raisons plausibles pour déclencher une réponse pénale à travers les mesures procédurales qu'il organise, les précédents développements ont mis en valeur l'ambivalence des formules retenues. Comment dès lors s'assurer que l'apparence revêt un caractère convaincant ? Il s'agit dans ce cas de contrôler l'obtention d'une vraisemblance infractionnelle à partir des indices préalablement obtenus au cours des investigations. L'exploitation procédurale de l'indice consiste ainsi à s'intéresser au déclenchement des dispositions selon la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, laquelle doit être contrôlée tant au regard de son obtention (§1) qu'en considération des effets qu'elle produit (§2).

§ 1 – La vraisemblance infractionnelle contrôlée dans son obtention

187. Subjectivité substituée. – Chaque mesure procédurale est actionnée à l'aune d'une apparence infractionnelle vraisemblable, qu'elle soit déduite du contenant matériel apparent de l'indice ou du contenu informationnel grave et concordant qu'il renferme. Obtenue à partir des indices préalablement révélés au cours des investigations, la vraisemblance infractionnelle se vérifie par la réitération d'un processus d'interprétation nécessairement subjectif. Il s'agit pour les juges de contrôler la manière dont l'enquêteur a déduit la commission vraisemblable d'une infraction à partir d'un socle factuel représenté par le contenant matériel apparent des indices révélés (A) ou la gravité concordante de leur contenu informationnel (B).

A. Le contrôle porté sur la visibilité des indices

188. Perception indirecte de l'indice. – Lorsque l'enquêteur déduit la vraisemblance d'une situation infractionnelle à partir d'un indice apparent, il est en droit d'exercer les pouvoirs que lui confèrent le régime de l'enquête de flagrance[850]. C'est alors la vraisemblance infractionnelle engendrée par la perception du contenant matériel de l'indice qui déclenche procéduralement une réponse pénale. Le caractère visible de l'indice, à travers son contenant matériel, détermine ainsi le bien-fondé des actes réalisés au cours de l'enquête de flagrance. Le contrôle opéré par la Chambre criminelle de la Cour de cassation revient à apprécier les faits de l'espèce afin de vérifier la visibilité d'un indice initial à la source d'une chaîne procédurale. Pour y parvenir, les

[850] C. pr. pén., art. 53 et s.

juges projettent une appréciation au regard des circonstances factuelles rapportées, substituant leur subjectivité à celle de l'enquêteur ayant initialement évalué la visibilité de l'indice. Puisque le contrôle en droit opéré sur l'application des dispositions propres à la flagrance revient à apprécier subjectivement les circonstances de l'espèce, plusieurs observateurs successifs pourraient ne pas s'accorder sur le caractère apparent d'un indice. Conséquence inévitablement liée à la nature factuelle de l'apparence, sa caractérisation déterminée *a posteriori* selon l'appréciation d'une visibilité de l'indice connaît une importante fluctuation au sein des décisions rendues par la Cour de cassation. Comment, en effet, jauger l'apparence de l'indice si ce n'est en gardant à l'esprit qu'il s'agit de l'élément matériel à partir duquel est extériorisée la vraisemblance d'une situation infractionnelle, dont on pourrait alors légitimement exiger qu'il soit directement perçu par l'enquêteur. La Cour de cassation a néanmoins parfois déterminé le caractère apparent d'un indice, prenant la forme de déclarations, à partir de la connaissance dont les policiers en avaient eu[851]. Par l'assimilation d'une connaissance rapportée de l'infraction à l'apparence actuelle de sa commission, les juges du quai de l'Horloge élargissent le champ de la flagrance à des situations où l'infraction demeure invisible aux yeux de l'enquêteur, aucun indice ne l'ayant véritablement extériorisée.

189. Chronologie procédurale. – La vraisemblance infractionnelle ne devrait alors justifier la flagrance qu'en raison d'indices dont la perception sensorielle engendre son extériorisation manifeste, aucun doute n'étant acceptable quant à l'actualité du comportement prohibé. Avec constance, il a été jugé à de multiples reprises que les renseignements et dénonciations anonymes ne pouvaient fonder la mise en œuvre du régime de la flagrance. Leur incapacité à extérioriser, par eux-mêmes, la commission actuelle d'une infraction[852] les assimile davantage à un point de départ des constatations directes opérées postérieurement par l'agent de police. L'insuffisante fiabilité de l'indice dont la perception ne peut suffire à rendre vraisemblable la commission actuelle d'une infraction devrait également viser le comportement d'une personne à la vue d'un policier. La flagrance déclenchée par un tel indice a toutefois parfois été validée au motif que son apparence était tout à fait caractérisée[853]. A partir du moment où un doute existe quant à la vraisemblance d'une infraction commise, aucun acte d'investigation n'aurait dû être validé dans le cadre du régime de l'enquête de flagrance. Il y a lieu, alors, de respecter une chronologie dans la chaîne pénale vers la mise en œuvre du régime de la flagrance afin

[851] Crim. 22 avr. 1992, Bull. crim. n° 169, *Dr. pén*. 1992, n° 215 obs. MARON, *D*. 1995, p. 59, note MATSOPOULOU.
[852] Crim. 21 juill. 1982, Bull. crim. n° 196, *D*. 1982, p. 642, note BERR.
[853] Crim. 4 janv. 1982, Bull. crim. n° 2

qu'un contrôle d'identité, autorisé par l'apparente infraction en cours de commission[854], rende perceptible par l'enquêteur un indice suffisamment probant pour constituer le fondement matériel requis par les articles 53 et suivant du Code de procédure pénale[855].

B. Le contrôle porté sur la gravité concordante des indices

190. Seuil de vraisemblance. – La reformulation de l'article 105 du Code de procédure pénale, devenu le porte-étendard de la gravité concordante des indices requise au déclenchement de la mise en examen, avait pour but de chasser la subjectivité inhérente au caractère sérieux des indices antérieurement exigés. Il n'en demeure pas moins que le gain espéré en objectivité doit – aujourd'hui comme hier – être relativisé par la nécessaire appréciation d'un contenu informationnel dont seule la qualification diffère, sans véritablement modifier la manière dont est obtenue la vraisemblance d'une infraction commise. Pour les juges du quai de l'Horloge souhaitant contrôler le bien-fondé d'une mise en examen, il en résulte une obligation de scruter l'esprit de l'observateur initial – magistrat instructeur – afin d'en vérifier le cheminement logique au regard d'une base factuelle subjectivement appréciée. Le caractère grave et concordant du contenu informationnel encapsulé au sein des indices préalablement recueillis au cours des investigations dépend ainsi de la subjectivité inhérente à chaque observateur. En ce sens, les incertitudes autrefois questionnées sur le caractère sérieux de l'indice demeurent. Puisque le caractère grave et concordant des indices résulte en pratique d'une appréciation subjectivement réalisée par l'enquêteur vis-à-vis du contenu informationnel qu'ils renferment, il semble difficile d'en donner une définition. C'est précisément la raison pour laquelle certains auteurs considèrent la formulation retenue par le législateur non comme une qualification stricte des indices, à travers les caractères graves et concordants qu'ils seraient susceptibles de revêtir, mais davantage en tant qu'indicateur d'un palier de vraisemblance justifiant le déclenchement d'une réponse pénale procéduralement organisée. Il existe alors une nécessaire concomitance entre l'appréciation d'une gravité concordante à partir du contenu informationnel des indices et la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, de telle sorte qu'il est possible de cerner le caractère grave et concordant des indices par une définition négative. Si la vraisemblance infractionnelle est déduite d'indices graves et concordants, ne pourraient satisfaire à cette qualification ceux dont l'appréciation s'oppose à la caractérisation d'une telle apparence. Deviendraient ainsi graves et concordants les indices à partir desquels

[854] C. pr. pén., art. 78-2
[855] Crim. 13 janv. 1986, Bull. crim n° 19

s'ensuit une vraisemblance infractionnelle tandis que ne pourraient revêtir une telle qualification ceux inaptes à dévoiler la commission plausible de l'infraction recherchée. Le contrôle porté sur la gravité concordante des indices revient alors à apprécier leur capacité à engendrer la vraisemblance du fait infractionnel, avec toute la subjectivité y étant inévitablement liée. Selon l'observateur chargé de vérifier la qualification des indices requis au déclenchement procédural, le contenu informationnel pourrait faire l'objet de multiples appréciations à l'origine d'une incertitude quant au fondement justifiant la mesure procédurale. Le contrôle réalisé sur la qualification des indices consiste en un contrôle dans l'opportunité du déclenchement procédural, décidé à l'aune d'une vraisemblance infractionnelle subjectivement appréciée.

191. Processus intellectuel. – Les indices requis au déclenchement procédural représentent les stigmates d'une vraisemblance infractionnelle, en raison du contenu informationnel grave et concordant qu'ils renferment. Le contrôle de cette vraisemblance infractionnelle impose d'en vérifier les composantes, s'agissant du caractère infractionnel d'un fait dont la commission est rendue plausible. L'exigence légale d'indices graves et concordants implique ainsi une marche à suivre dans l'obtention d'une apparence infractionnelle vraisemblable, laquelle se construit à partir d'éléments probatoires concordants quant à la gravité inhérente à la commission d'un acte prohibé. Parmi les décisions rendues par la Cour de cassation en la matière, certaines ont parfois semblé confondre la concordance des indices, liée à la probabilité du fait recherché, avec leur gravité, dont il faut ici envisager la dimension infractionnelle du fait reproché[856]. D'autres ont cependant clairement relevé l'absence de gravité des indices, à partir desquels aucune information défavorable quant à la commission d'une infraction ne peut être déduite. L'absence confiance dans l'indice peut ainsi résulter de leur obtention irrégulière[857], de leur caractère mensonger[858], du doute sur leur caractère probant[859] ou enfin des contestations par le déclarant de sa responsabilité[860], reposant sur les simples allégations d'un tiers[861]. La gravité des indices en lien avec la commission d'un fait prohibé ne suffit toutefois pas à engendrer l'apparence d'une situation infractionnelle vraisemblable si leur concordance n'est pas avérée. Plusieurs indices seront ainsi nécessaires avant que l'enquêteur ne puisse constater la gravité concordante de leur contenu informationnel, rendant vraisemblable la commission d'une

[856] Crim. 4 janv. 1995, Bull. crim. n° 1
[857] Crim. 1er sept. 1987, Bull. crim. n° 308
[858] Crim. 21 mai 1985, Bull. crim. n° 194
[859] Crim. 24 févr. 1987, Bull. crim. n° 93
[860] Crim. 13 mars 1995, Bull. crim. n° 100
[861] Crim. 5 mars 1982, Bull. crim. n° 102

infraction. L'unique témoignage ne peut jamais suffire à motiver le déclenchement procédural, à défaut de concordance informationnelle apte à engendrer la dimension convaincante d'une situation infractionnelle[862]. Il va de soi qu'une incohérence dans le contenu informationnel des indices appréciés s'oppose à reconnaître leur concordance, faisant poindre un doute quant au caractère plausible du fait infractionnel potentiellement commis[863].

§ 2 – La vraisemblance infractionnelle contrôlée dans ses effets

192. Cheminement procédural. – Au fil des indices accumulés à l'encontre d'un individu, sa participation aux faits infractionnels objet de la procédure gagne en vraisemblance et justifie l'avancement du cheminement à travers les phases de mise en état jusqu'à la finalité du jugement. Calquée sur la vraisemblance d'une participation à la commission d'une infraction, la procédure pénale exploite ainsi les indices qui en sont à la source afin de déclencher un cheminement adapté par les effets qu'il produit envers une personne dont l'innocence demeure présumée. Le déclenchement procédural avance par étape, suivant la vraisemblance d'une apparence infractionnelle, laquelle cristallise progressivement la potentielle culpabilité d'une personne mise en cause. A mesure qu'est caractérisée la vraisemblable commission d'une infraction, l'innocence de la personne visée est discutée, mais demeure présumée[864], justifiant l'octroi de droits destinés à en garantir l'effectivité, compensant ainsi une coercition proportionnellement déployée.

193. Statut procédural. – Aux termes de l'article 62 alinéa 2 du Code de procédure pénale, les dispositions relatives à la garde à vue se fondent sur l'existence d'une apparence infractionnelle vraisemblable pour justifier, d'une part, la coercition proportionnellement déployée et accorder, d'autre part, un statut protecteur en faveur de la personne dorénavant suspectée. Il en va de même de l'article 80-1 du Code de procédure pénale où la mise en examen dépend d'une vraisemblance infractionnelle caractérisée à l'aune d'indices graves et concordants à l'encontre de la personne visée dont le statut de mis en examen lui octroie, en contrepartie d'une coercition plus fortement exhibée, des droits à l'importance démultipliée conformément au respect de son innocence présumée. Le renvoi prononcé devant la juridiction de jugement, aux termes de l'article 176 du Code de procédure pénale, se trouve quant à lui

[862] Crim 18 déc. 1963, Bull. crim. n° 367, *JCP* 1964. IV . 15
[863] Crim. 24 avr. 1975, Bull. crim. n° 107, JCP 1977. II . 18727, note MAYER-JACK
[864] CONTE, « Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence », *Gaz. Pal*. 1995. 1. doctr. 22 ; BUREAU, « La présomption d'innocence devant le juge civil. Cinq ans d'application de l'article 9-1 du code civil », *JCP* 1998. I. 166, n° 11

justifié par les charges constitutives d'infraction, dont il faut ici considérer qu'il s'agit des indices à partir desquels est déduite la persistance d'une commission vraisemblance de l'infraction objet des investigations. De fait, c'est la vraisemblance infractionnelle qui sert à déterminer la coercition justifiée et les droits exigés afin de maintenir l'équilibre procédural. D'abord, la coercition admise est calquée sur le degré de vraisemblance de l'apparence infractionnelle (A). Ensuite, la restriction portée aux libertés individuelles exige en contrepartie d'être compensée par l'octroi de droits subjectifs (B).

A. Le contrôle porté sur la coercition déployée

194. Coercition strictement nécessaire. – Le déclenchement procédural d'une réponse pénale se fonde sur un palier de vraisemblance infractionnelle pour justifier la coercition déployée. Au stade de l'enquête, le procureur de la République apprécie ainsi les indices préalablement obtenus afin de vérifier les conditions afférentes au placement en garde à vue tandis qu'au stade de l'information judiciaire, la déduction du caractère strictement nécessaire revient à la fois au juge d'instruction s'agissant de la mise en examen et au juge des libertés et de la détention concernant le placement en détention.

1. La nécessité coercitive appréciée durant l'enquête

195. Primauté de l'indice. – Depuis la loi du 4 mars 2002[865], le placement en garde à vue dépend des seules raisons plausibles appréciées par l'officier de police judiciaire quant à la commission d'un fait infractionnel par la personne suspectée. Cette réécriture de l'ancien article 63 du Code de procédure pénale, perçue par certains auteurs comme une extension du domaine de la garde à vue, écarte la référence explicite aux indices antérieurement requis afin de caractériser la vraisemblance d'une infraction dont la commission est effective ou bien simplement tentée. L'impact d'une telle reformulation demeure en pratique limitée, précisément en raison d'une nécessité d'indiquer les éléments probatoires à partir desquels ont émergé les raisons plausibles de soupçonner la commission d'une infraction. L'indice demeure ainsi le fondement dorénavant implicitement exigé d'une apparence infractionnelle devenue vraisemblable. La légalité du placement en garde à vue et de l'audition libre repose donc sur la caractérisation suffisamment fondée d'une vraisemblance infractionnelle à l'encontre des

[865] L. n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

personnes ainsi visées par des mesures pénales procéduralement équilibrées dans les droits qu'elles octroient en échange de la coercition qu'elles insufflent.

196. Contrôle du ministère public. – C'est au procureur de la République que revient le contrôle des effets attachés à la vraisemblance infractionnelle caractérisée au stade de l'enquête. Il s'agit pour lui de vérifier la proportionnalité d'une coercition strictement nécessitée[866]. Le pouvoir revient ainsi à une autorité dont l'absence d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif interdit à la Cour européenne des droits de l'homme de la considérer compatible avec les dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention qu'elle applique[867]. La Chambre criminelle de la Cour de cassation admet dorénavant sa dépendance au gouvernement, mais minimise le contrôle qu'il serait en droit d'exercer[868]. Elle adopte une vision consensuelle destinée à ne pas bouleverser les décisions rendues par le Conseil constitutionnel, pour qui le procureur s'inscrit dans les rangs d'une autorité judiciaire définie à l'article 66 de la Constitution[869]. Le contrôle des effets attachés à la caractérisation d'une apparence infractionnelle vraisemblable revêt une importance particulière au cours d'une garde à vue dont le recours s'est accru. Elle est notamment mise en œuvre afin d'obtenir l'aveu d'une personne suspectée – socle des procédures accélérées – au stade de l'enquête, tandis que l'information judiciaire connaît parallèlement une évolution en sens inverse[870]. Issue d'une exploitation subjectivement réalisée par l'officier de police judiciaire à partir des indices préalablement obtenus au cours des investigations[871], l'apparence vraisemblable du fait infractionnel fera l'objet d'une deuxième appréciation au regard des effets qu'elle engendre. Support procédural de la procédure pénale, c'est à travers la lecture du procès-verbal que seront contrôlés les effets d'une vraisemblance infractionnelle caractérisée. La rédaction du procès-verbal autorise la vérification des

[866] C. pr. pén., art. 61-3 et 63

[867] CEDH 10 juill. 2008, Medvedyev c/France, req. n° 3394/03, *D*. 2008. 3055, note HENNION-JACQUET ; *RSC* 2010. chron. 685, obs. MARGUENAUD ; *D.* 2009. 600, note RENUCCI ; *JCP* 2009. I. 104, obs. SUDRE ; *RSC* 2009. 176, obs. MARGUENAUD ; *AJ pénal* 2008. 469, obs. SAAS ; *Dr. pénal* 2009. 4, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2009. 8, obs. LESCLOUS. - CEDH 23 nov. 2010, Moulin c/France, req. n° 37104/06, *D*. 2011. 277, obs. RENUCCI ; *D*. 2011. 338, obs. PRADEL ; *RSC* 2011. 208, obs. ROETS ; *Procédures* 2011, n° 30, obs. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pénal* 2011. 26, obs. MARON ET HAAS ; *Dr. pénal* 2011. chron. 3, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2011. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2012. 1, obs. GEORGET. - CEDH 27 juin 2013, Vassis c/France, req. n° 62736/09, *JCP* 2013. 843, note MARIN° ; *AJ pénal* 2013. 549, obs. ROUSSEL ; *D*. 2013. 1687, obs. BACHELET ; *RSC* 2013. 656, obs. ROETS, *RPDP* 2013. 705, obs. RENUCCI

[868] Crim. 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *D*. 2010. Actu. 15, obs. LAVRIC ; *RSC* 2011. 142, obs. GIUDICELLI ; Dr. pénal 2011. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2011. 26, obs. MARON ET HAAS ; *Dr. pénal* 2012. 1, obs. Georget ; *Procédures* 2011. 67, obs. CHAVENT-LECLERE ; *JCP* 2011. 214, note LEROY. - Crim. 18 janv. 2011, n° 10-84.980, *Procédures* 2011. 114, obs. BUISSON ; *D*. 2011. Pan. 2235, obs. PRADEL ; *AJ pénal* 2011. 83, obs. DANET ; *AJ pénal* 2011. 198, obs. ASCENSI ; *Dr. pénal* 2011. 7, obs. LESCLOUS

[869] Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC, JO 15 août 1993, p. 11599 ; *RFDC* 1993. 848, note RENOUX
Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC

[870] Conseil national des barreaux, « La garde à vue dans tous ses états », 2005, p. 19

[871] C. pr. pén., art. 63 et 73

démarches réalisées quant à l'information reçue par la personne gardée à vue[872]. La notification immédiate des droits telle qu'elle a été retenue par le législateur n'est en effet pas suffisante sans s'attarder sur son contenu, soit l'étendue de la protection reconnue au suspect. En tout état de cause, l'absence d'information du procureur de la République par l'officier de police judiciaire ayant procédé au placement en garde à vue impliquerait la nullité d'une mesure faisant nécessairement grief aux intérêts de la personne visée[873]. Cette absence empêche en effet le contrôle porté sur les effets d'une vraisemblance infractionnelle. La souplesse traditionnellement souhaitée par la jurisprudence concernant les modalités de transmission de l'information au procureur de la République[874] se trouve consacrée par les dispositions de l'article 63 du Code de procédure pénale, ne prévoyant aucun formalisme particulier en la matière. Le législateur a ainsi préféré laisser à l'officier de police judiciaire la liberté de choisir le moyen qu'il considère le mieux approprié, du moment qu'il fait état de la communication réalisée au sein du procès-verbal de garde à vue subséquemment rédigé. Il demeure toutefois permis de s'étonner d'une telle légèreté quant à l'effectivité d'une information à destination du procureur de la République. Cette information est pourtant au cœur de la mise en œuvre du contrôle porté sur la vraisemblance infractionnelle, socle légal des restrictions et des droits décidés envers la personne suspectée.

2. La nécessité coercitive appréciée durant l'instruction

197. Effectivité de l'innocence présumée. – S'agissant du statut de mis en examen, il résulte d'une vraisemblance infractionnelle caractérisée à partir d'indices graves et concordants. Une forme de redondance est inhérente à la formulation retenue par le législateur. L'apparence vraisemblable est nécessairement engendrée par la gravité concordante d'un contenu informationnel émanant des indices préalablement obtenus au cours des investigations. Issue des modifications apportées par la loi du 15 juin 2000, cette reformulation de l'article 80-1 du Code de procédure pénale prendrait davantage en considération l'innocence présumée de la personne visée par la seule qualification des indices requis à sa mise en examen, les indices graves et concordants ayant en effet remplacé les simples indices antérieurement exigés. Pour autant, la qualification des indices par le magistrat instructeur décidant de déclencher

[872] C. pr. pén., art. 63-1
[873] Crim. 10 mai 2001, n° 01-81.441, *Procédures* 2001. 184, obs. BUISSON. - Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, *D.* 2007. 1817, obs. MENOTTI ; *AJ pénal* 2007. 285, obs. ROYER
[874] Crim. 31 oct. 2001, n° 01-85.345, *D*. 2001. IR 2001 ; Crim. 14 avr. 2010, n° 10-80.562, *AJ pénal* 2010. 405, note DUPARC

procéduralement la mise en examen fait indéniablement référence à son appréciation subjectivement portée quant à la gravité et la concordance de leur contenu informationnel. Qu'il s'agisse de requérir ou non une qualification spécifique des indices sur lesquels se fonde la vraisemblable participation à la commission d'une infraction, la mise en examen repose inévitablement sur l'apparence plausible d'une situation infractionnelle. Il en résulte qu'une annulation de la mise en examen peut intervenir par décision de la chambre de l'instruction lorsque l'appréciation initiale du magistrat instructeur n'est pas vérifiée. Il peut s'agir d'un doute sur le caractère infractionnel du fait ou sur la réalité de sa commission[875]. Si l'exigence d'indices qualifiés au prononcé d'une mise en examen ne peut limiter le caractère subjectif quant à l'appréciation d'une vraisemblance infractionnelle, il n'en demeure pas moins que la reformulation souhaitée par le législateur de 2000 au nom d'un plus grand respect de l'innocence présumée tend à en retarder les effets coercitifs, toujours retentissants médiatiquement parlant, malgré l'abandon d'une référence à l'inculpation[876]. La décision de mise en examen intervient ainsi à l'issue d'un interrogatoire de première comparution après avoir explicitement évincé la possibilité d'opter pour le statut de témoin assisté[877].

198. Coercition contrôlée. – L'effectivité de l'innocence présumée justifie qu'un contrôle intervienne dans la coercition déployée. La mise en examen n'intervient alors qu'à la condition que soit caractérisée une vraisemblance infractionnelle s'approchant au plus près de la réalité. Les explications révélées par la personne interrogée seront ainsi appréciées par le juge avant qu'il ne décide de rendre une décision de mise en examen ou d'accorder le statut de témoin assisté. Compte tenu des effets attachés à la vraisemblance infractionnelle, il semblait justifié d'empêcher la mise en œuvre d'un interrogatoire de première comparution sur commission rogatoire. Les palliatifs instaurés par une pratique juridictionnelle en quête de souplesse ont néanmoins amené le législateur à autoriser la délégation de l'interrogatoire de première comparution aux fins de mise en examen ou aux fins d'octroyer les droits du témoin assisté sur commission rogatoire au profit de tout juge d'instruction[878]. La coercition déployée dépend alors du regard porté sur l'apparence déduite des indices préalablement obtenus, lesquels détermineront le déclenchement procédural adopté tout en permettant le contrôle ultérieur. La

[875] Crim. 1er oct. 2003, *JCP* 2003. Actu. 531 ; *JCP* 2003. IV. 2892 ; *D*. 2004. 1845, note SANCHEZ
[876] V. GUÉRY, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP* 1998
[877] V. GUÉRY, « La mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 », *JCP* 2001. I. 359. - GIUDICELLI, « Le témoin assisté et la personne mise en examen. Vers un nouvel équilibre ? », *RSC* 2001. 43. - BOULOC, « Le témoin, le témoin assisté, le mis en examen », *Rev. pénit*. 2003. 649
[878] C. pr. pén., art. 154-2 issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

mise en examen notifiée peut toutefois être remise en cause dans un délai de six mois par la demande d'annulation visant l'interrogatoire de première comparution[879]. La simple existence d'indices rendant vraisemblable la participation de la personne mise en cause à la commission de l'infraction dont le juge est saisi autorise l'octroi du statut de témoin assisté. L'intérêt de ce statut est précisément de limiter la coercition susceptible d'être mise en œuvre à son encontre tout en lui reconnaissant des droits à son profit[880]. Apparaissant comme le principe au cours de la procédure d'instruction, le statut de témoin assisté demeure, en pratique, peu distingué de celui du mis en examen au regard des modalités de son déclenchement procédural. Le passage de l'un à l'autre repose sur la gravité concordante des indices dont il ne saurait être déduit d'autres faits qu'une vraisemblance infractionnelle sur laquelle sont assises les deux mesures[881]. Il semble alors délicat de vouloir privilégier la mise en œuvre du statut de témoin assisté lorsque le socle de son déclenchement procédural repose sur une base factuelle identique à celle de la mise en examen. Ce faisant, le contrôle porté sur la coercition déployée connaît une défaillance tenant à la qualification des indices requis au prononcé d'une mise en examen, par référence à un contenu informationnel grave et concordant sans exiger explicitement un degré de vraisemblance particulièrement élevée. L'intention du législateur était-elle certes d'alerter le magistrat instructeur sur la nécessité d'atteindre une vraisemblance dépassant de simples raisons plausibles avant de décider la mise en examen de la personne visée. La lecture des dispositions du Code de procédure pénale reflète surtout une redondance dans la caractérisation d'une apparence infractionnelle, sans véritable distinction sur le caractère plus ou moins probant qu'elle requiert pour justifier le statut de mis en examen plutôt que celui de témoin assisté. La fiable distinction entre les deux mesures donnera sans doute raison aux larges pouvoirs coercitifs consécutifs à la décision de mise en examen, dont il est rassurant de constater qu'ils aient été confiés – par logique de neutralité – au juge des libertés et de la détention pour certains d'entre eux. Il en va ainsi s'agissant de la détention provisoire, ordonnée au cours de l'information judiciaire, afin d'incarcérer la personne toujours présumée innocente à l'encontre de laquelle se trouve caractérisée la vraisemblance d'une participation à la commission du fait infractionnel. La fiction d'une innocence présumée implique alors de contrôler la stricte nécessité d'une coercition restreignant les libertés individuelles de la personne visée au regard des impératifs inhérents à la préservation de l'ordre public prétendument troublé. En ce sens,

[879] C. pr. pén., art. 173-1 depuis la Loi du 15 juin 2000 modifiée par la Loi du 9 mars 2004.
[880] C. pr. pén., art. 113-2, al. 2
[881] C. pr. pén., art 113-8 ; V. Crim. 29 mars 2006, n° 06-80.273, Bull. crim. n° 375 ; *Gaz. Pal*. 25-26 oct. 2006, p. 8. - Crim. 13 sept. 2011, n° 11-82.051, *JCP* 2011, p. 1159 - Crim. 18 mars 2015, n° 14-86.680, *AJ pénal* 2015. 557, obs. ROYER

l'atteinte portée aux libertés doit être proportionnée à l'atteinte constatée envers les intérêts de la société. La coercition engendrée par la mise en œuvre d'une mesure de détention provisoire voit alors son utilité vérifiée selon la force d'une apparence déduite des indices préalablement obtenus. Les indices ont le rôle de déclencheur procédural d'une réponse pénale équilibrée. Cette quête d'équilibre s'est toutefois réalisée progressivement sous l'empire d'un respect plus sincère des droits de l'homme.

199. Neutralité du contrôle. – La détention provisoire se doit d'être justifiée au regard des circonstances de fait[882], lesquelles peuvent être appréciées en collégialité[883]. Bien qu'elle donne lieu à un mouvement législatif contradictoire souhaitant alternativement l'instaurer puis la supprimer[884], cette collégialité assure la neutralité d'une coercition. Un mouvement réformateur s'amoncelle dans l'immédiat après-guerre autour du Code d'instruction criminelle[885] dont le projet ne verra, certes, jamais le jour, mais dont la marque d'un esprit nouveau se retrouve au sein des lois promulguées par la suite[886]. Dorénavant expressément considérée comme exceptionnelle sous l'empire du Code de procédure pénale, l'inculpé qui en fait l'objet peut à tout moment demander sa remise en liberté et faire appel du refus opposé par le juge[887]. Poursuivant le renouveau insufflé à la procédure pénale par la prise en considération de l'Homme et des libertés auxquelles l'innocence présumée lui donne droit, la Loi du 17 juillet 1970[888] substitue la notion de détention provisoire à celle de détention préventive, tout en énonçant les critères requis à son instauration par le juge et permettant alors de contrôler la coercition qu'il déploie. Conformément à la volonté affirmée de limiter à une stricte nécessité l'atteinte portée aux libertés individuelles telle qu'elle résulte d'une mesure de détention

[882] L. 14 juill. 1865, DP 1965. 4. 145 : la détention préventive est laissée à l'appréciation du juge, qu'il s'agisse de faits infractionnels en matière criminelle ou correctionnelle.
[883] L. 7 févr. 1933, DP 1933. 4. 65 : la chambre du conseil rend les décisions afférentes à la prolongation de la détention par période d'un mois.
[884] L. 25 mars 1935, DP 1936. 21. - ANCELY, « La loi du 25 mars 1935 modifiant celle du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle », *RD pén. crim*. 1935. 60. - MAGNOL, « Une institution belge qui n'a pas réussi à s'implanter en France, la réglementation de la détention préventive », *RD pén. crim*. 1940. 129, puis Décr. -L. 18 nov. 1939, DP 1939. 559. - HUGUENEY, « Le décret-loi du 18 novembre 1939 », *RSC* 1940. 1. - BORNEQUE, « La détention préventive et le décret-loi du 18 novembre 1939 », thèse, Paris, 1942
[885] DONNEDIEU DE VABRES, « La réforme de l'instruction préparatoire », *RSC* 1949. 499. - COLOMBINI, *JCP* 1950. I. 854. - VOUIN, « Le projet de réforme du code d'instruction criminelle », *D*. 1950. Chron. 37
[886] L. 19 déc. 1952, *D*. 1953. Chron. 109, note LALLOZ ; *JCP* 1953. I. 1981, note BLIN : un délai de cinq jours est imposé au juge d'instruction afin de répondre aux demandes de mise en liberté de la personne détenue.
[887] L. n° 57-1426 du 31 déc. 1957 - Ord. n° 58-1296, 23 déc. 1958, *JCP* 1959. III. 24190 ; V. GOLLETY, « La détention préventive dans le nouveau code de procédure pénale », *RSC* 1959. 895
[888] L. n° 70-643 du 17 juill. 1970. – V. VOUIN, « La détention provisoire », *D*. 1970. Chron. 191 ; *JCP* 1970. III. 36850. - MERLE, « La liberté et la détention au cours de l'instruction dans la loi du 17 juillet 1970 », *RSC* 1971. 567 - PRADEL, « La réforme de la détention préventive », *Gaz. Pal*. 1972. Doctr. 1 - ROBERT, « Premières réflexions sur la détention provisoire instituée par la loi du 17 juillet 1970 », *JCP* 1971. I. 2370. - BRYON, « Des dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à accorder une indemnisation en cas de non-lieu ou d'acquittement en raison de la détention provisoire subie », *RSC* 1971. 577

provisoire, la loi du 6 août 1975[889] adapte la durée de détention à la gravité de l'infraction vraisemblablement commise. Un débat contradictoire sera par la suite instauré concernant l'utilité d'une mesure de détention prononcée à l'encontre de l'inculpé dorénavant assisté par son avocat[890]. Il s'agit d'apprécier le caractère proportionné d'une coercition exceptionnellement déployée. Apparaissent ici les prémisses d'une collégialité censée accroître la neutralité dans la prise de décision. Au même titre que l'équilibre recherché dans la réponse pénale déclenchée, la quête de neutralité s'inscrit parmi les conséquences d'une rationalité inhérente à la modernisation de notre société à l'aube des années 90. L'instruction se trouve au cœur d'une démarche visant à multiplier les regards portés sur la situation d'un inculpé dont le sort semble continuellement dépendre des circonstances de l'espèce telles qu'elles sont subjectivement appréciées par le juge en charge du dossier[891]. La mise en œuvre d'une collégialité au sein de l'instruction semble à ce point délicate qu'il est difficile de ne pas s'offusquer des abrogations intervenues avant même l'entrée en vigueur des dispositions législatives promulguées[892]. Pourtant, toutes ces tentatives participent d'une volonté bienvenue de contrôler la coercition déployée par un concert de subjectivité dans l'idéal d'une certaine neutralité, à défaut de pouvoir prétendre à l'objectivité[893]. L'équilibre et la neutralité dans le déclenchement procédural d'une réponse pénale se trouvent de nouveau placés au cœur des réflexions avancées par le rapport, déposé en 1991, par la Commission justice pénale et droits de l'homme présidée par le Professeur DELMAS-MARTY. Les fonctions du juge d'instruction se voient alors partagées entre le Ministère public concernant l'enquête et un juge des libertés, nouvellement instauré afin d'ordonner les mesures potentiellement attentatoires aux libertés individuelles[894]. S'il n'a pas été question d'une application concrète des mesures défendues par

[889] L. n° 75-701 du 6 août 1975, *D*. 1975. 295 ; *JCP* 1975. III. 43170
[890] L. 9 juill. 1984, *D*. 1984. 417. - PRADEL, « La loi du 9 juillet 1984 sur le recul de la détention provisoire, un pas en avant utile ? », *D*. 1985. Chron. 7 ; *JCP* 1985. I. 3174, note CHAMBON
[891] V. LEMOULAND, « La réforme de la procédure d'instruction en matière pénale », *ALD* 1987. 47. - J. L., « Le juge d'instruction, ce chêne qu'on abat », *ALD* 1985. 119.
[892] L. n° 85-1303 du 10 déc. 1985, *D*. 1986. 32 ; *JCP* 1986. III. 58135, abrogée par L. n° 87-1062 du 30 déc. 1987, *D*. 1988. 59 ; *JCP* 1988. III. 60968. - PRADEL, « Chambre du conseil et instruction préparatoire », *D*. 1988. Chron. 149. - CHAMBON, « La loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire », *JCP* 1988. I. 3335. - J.-L., « Commentaire de la loi n° 87-1062 du 30 décembre 1987 ou préalable d'une nouvelle réforme de l'instruction », *Gaz*. Pal. 25-26 mai 1988 ; « Le juge d'instruction, ce chêne qui cache la forêt », *Gaz. Pal*. 1987. 2. Doctr. 796. - PERRIER-DAVILLE, « Les juges d'instruction de nouveau sur la sellette », *Gaz. Pal*. 1987. 2. Doctr. 692. - LEHMAN, « Détention durable et réformes provisoires », *Gaz. Pal*. 1988. 2. Doctr. 590
[893] L. n° 89-461 du 6 juill. 1989, *D*. 1989. 224 ; *JCP* 1989. III. 62912. – V. CHAMBON, « La loi n° 89-461du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP* 1989. I. 3417
[894] DELMAS-MARTY, « La mise en état des affaires pénales », Doc. fr., coll. « Rapports », 1991. – V. PRADEL, « Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme », *D*. 1990. Chron. 1. - SAURON, « Les vertus de l'inquisitoire ou l'État au service des droits », *Pouvoirs* 1990. 53. - SOULEZ-LARIVIÈRE, « Rapport sur la mise en état des affaires pénales », *Pouvoirs* 1990. 65

ce rapport, les pistes avancées ont tout de même inspiré le législateur dans les lois qui ont suivies, bien qu'abrogées depuis, marquées par le rééquilibrage procédural d'une coercition collégialement décidée en contrepartie de droits octroyés afin de compenser l'atteinte aux libertés de l'inculpé placé en détention provisoire[895]. Les années 2000 marqueront définitivement un tournant dans la prise en compte des intérêts de la personne contre laquelle est caractérisée la vraisemblance d'une participation aux faits infractionnels. L'innocence présumée est dorénavant plus sérieusement garantie, conformément au positionnement rigoureux adopté par les juges de Strasbourg souhaitant en assurer la réelle effectivité[896]. Dès son intitulé, la loi du 15 juin 2000 censée renforcer la protection de la présomption d'innocence – objectif resté sans doute trop théorique par le passé – articule le dispositif autour de la personne mise en examen. La privation potentielle de liberté relève désormais du seul juge des libertés et de la détention nouvellement institué[897]. La prise en considération effective de l'innocence présumée connaît une conséquence immédiate tenant à l'équilibre de la procédure pénale, tel qu'il est défendu par la loi du 5 mars 2007[898]. La présence de l'avocat devient désormais obligatoire au cours du débat contradictoire préalable au placement en détention provisoire décidé par le juge des libertés et de la détention.

200. Contrôle des finalités. – Visant nécessairement la personne mise en examen[899], la détention provisoire ne peut être exclusivement fondée sur la vraisemblance infractionnelle caractérisée à l'aune des indices graves et concordants tels qu'appréciés par le magistrat instructeur[900]. Il revient en effet au juge des libertés et de la détention de démontrer les circonstances justifiant qu'elle soit exceptionnellement ordonnée[901]. Les dispositions de

[895] Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993, JO 5 janv., 215 ; *D*. 1993. 134 ; *JCP* 1993. III. 65891. - Circ. min., 27 janv. 1993, *D*. 1993. 222. – V. J.-L., « Le projet Sapin de réforme de la procédure pénale ou de l'inculpé à l'accusé », *Gaz. Pal*. 1992. 1. Doctr. 160. – DE LAROSIÈRE DE CHAMPFEU, « L'instruction préparatoire à l'épreuve des lois des 4 janvier et 24 août 1993 : Égalité et responsabilité », *Gaz. Pal*. 1996. 2. 965. - LE GUNEHEC, « Un rééquilibrage de la procédure pénale », *JCP* 1993. I. 3720

[896] L. n° 2000-516 du 15 juin 2000, JO 16 juin ; *JCP* 2000. III. 20301 ; *Gaz. Pal*. 2000. 263

[897] C. pr. pén., art. 137-1 - V. LE GUNEHEC, « Aperçus rapides sur la loi n° 2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes et droit de la communication », *JCP* 2000. Actu. 1223, n° 26 ; *JCP* 2000. 1299, n° 27 ; *JCP* 2000. 1351, n° 28 ; *JCP* 2000. 1407, n° 29 - LECLERC, « La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes », *Gaz. Pal*. 29-30 sept. 2000, p. 2. - NUTTENS, « Présomption d'innocence : le Parlement fait la loi », *Gaz. Pal*. 21-27 juin 2000, p. 2 ; « La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche », *Gaz. Pal*. 21-22 juin 2000, p. 11. - PRADEL, « Encore une tornade sur notre procédure pénale avec la loi du 15 juin 2000 », *D*. 2000. Point de vue n° 26. - ANGEVIN, « Mort d'un dogme, À propos de l'instauration par la loi du 15 juin 2000 d'un second degré de juridiction en matière criminelle », *JCP* 2000. I. 260. - GUÉRY, « Le nouveau juge des libertés et de la détention : premiers problèmes pratiques », *Gaz. Pal*. 2000. Doctr. 1496

[898] L. n° 2007-291 du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JO n° 55, 6 mars

[899] C. pr. pén., art. 137

[900] C. pr. pén., art. 80-1 - V. GUÉRY, « Détention provisoire et culpabilité », *D*. 2006. Point de vue 1556

[901] C. pr. pén., art. 144

l'article 144 du Code de procédure pénale mettent ainsi en exergue l'intention du législateur, réitérée au fil des formulations continuellement modifiées, d'enserrer les décisions relatives au prononcé, ou à la prolongation, des mesures de détention provisoire dans une série d'objectifs qu'elle seule permettrait d'atteindre. Bien que le caractère exceptionnel d'une telle mesure soit largement affirmé au sein de nombreuses dispositions du Code de procédure pénale[902], la prégnance d'une participation aux faits infractionnels objet de l'information judiciaire par la personne mise en examen facilite d'autant la motivation d'une restriction de ses libertés fondée sur l'un des critères exigés par l'article 144 du Code de procédure pénale. La généralité de l'article contraste d'ailleurs avec la prétendue volonté d'en limiter le recours[903]. Afin toutefois d'asseoir la dimension strictement indispensable que devrait revêtir la détention provisoire, une motivation en droit et en fait est exigée, à de multiples reprises[904], de la part du juge des libertés et de la détention souhaitant l'ordonner ou la prolonger au regard des dispositions inscrites aux articles 143-1 et 144 du Code de procédure pénale. Il s'agira, tant pour le juge des libertés et de la détention que pour le juge d'instruction l'ayant saisi[905], d'expliquer le lien entre l'infraction prétendument commise, pour laquelle est saisi le magistrat instructeur, et la personne mise en examen au vu des indices subjectivement appréciés par le juge des libertés et de la détention[906]. La coercition engendrée par la détention provisoire trouve ainsi la source de sa mise en œuvre dans l'appréciation d'une base factuelle susceptible d'être ultérieurement contrôlée par la Chambre de l'instruction[907]. Cette dernière aura également à charge d'apprécier souverainement la durée raisonnable ne pouvant être excédée par la détention provisoire au regard de circonstances de l'espèce, conformément aux dispositions de l'article 144-1 du Code de procédure pénale[908].

[902] C. pr. pén., art. 137, 145-1, al. 1 et 3 - V. CHAMBON, « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP* 1989. I. 3417

[903] L'effort de motivation apparaît en effet pour le moins succinct lorsque l'article 144 du Code de procédure pénale soumet, en son 6°, le recours aux mesures de détention provisoire à la démonstration qu'elle constituerait l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou d'en prévenir le renouvellement alors même qu'il s'agit d'un des objectifs attachés, plus généralement, à la procédure pénale dans son ensemble.

[904] C. pr. pén., art. 137-3 et 148

[905] C. pr. pén., art. 137-1

[906] CEDH 27 juin 1968, req. n° 2122/64, Wemhoff c/Allemagne, série A n° 7 - V. CHAMBON, Le juge d'instruction, 4e éd., 1997, *Dalloz*, p. 256, n° 472

[907] Crim. 1er oct. 1985, n° 85-94.010, Bull. crim. n° 288 ; *D*. 1985. 103, note PRADEL. - Crim. 21 août 1986, n° 86-93.082, Bull. crim. n° 250 ; *D*. 1987. Somm. 81, obs. PRADEL. - Crim. 21 nov. 1988, n° 88-85.369, Bull. crim. n° 393

[908] Crim. 1er oct. 2002, n° 02-84.980. - Crim. 3 juin 2003, n° 03-81.389, Bull. crim. n° 111 ; *D*. 2003. IR 1944 ; *JCP* 2003. IV. 2372 ; *Dr. pénal* 2003. Chron. 26, obs. MARON

B. Le contrôle porté sur les droits octroyés

201. Statut procédural protecteur. – La réponse pénale déclenchée par l'apparence déduite d'une exploitation des indices se doit d'être équilibrée dans la contrainte qu'elle déploie et les droits qu'elle accorde. Le maintien d'un équilibre procédural effectif se retrouve notamment lorsque la réunion d'indices graves ou concordants autorise le magistrat instructeur à ordonner une mise en examen, vecteur de coercition, mais également de droits. L'octroi d'un statut protecteur se retrouve également lors du placement en garde à vue où le statut de suspect confère des droits suffisamment étoffés pour compenser la coercition liée aux soupçons caractérisés.

1. L'équilibre procédural maintenu durant l'enquête

202. Statut procédural de suspect. – Alors qu'une personne gardée à vue voit se restreindre les libertés individuelles dont elle bénéficiait jusqu'alors, il est primordial qu'une telle mesure lui confère en outre des droits à même d'en compenser les effets coercitifs. Afin de considérer la personne suspectée comme véritablement innocente, les droits fondamentaux octroyés doivent être à la hauteur des restrictions aux libertés individuelles. Il en résulte l'octroi du statut procédural de suspect attaché à la vraisemblance infractionnelle caractérisée. L'automatisme de l'effet protecteur s'est toutefois construit au rythme des débats législatifs[909] et, plus encore, par l'éclosion d'un véritable changement d'état d'esprit[910], orchestré sous les coups de boutoir des juges de Strasbourg[911] et extériorisé par l'adoption du dispositif des questions prioritaires de constitutionnalité[912]. Le régime de l'audition libre prévue aux articles 61-1 et suivant du Code de procédure pénale confirme l'instauration d'un statut propre à la personne suspectée

[909] Propositions de loi AN n° 2181 du 21 déc. 2009, n° 2191 du 21 déc. 2009, n° 2295 du 10 févr. 2010. - VALLINI, Rapport AN n° 2372, 24 févr. 2010. - Propositions de loi AN n° 2364 du 24 févr. 2010, n° 2406 du 1er avr. 2010, n° 2410 du 1er avr. 2010, n° 2952 du 18 nov. 2010.

[910] LÉGER, Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, 2009, *La Documentation française* ; V. également : CHARRIÈRE BOURNAZEL, « Garde à vue, le sursaut républicain », *D*. 2010. 1928

[911] CEDH 1er avr. 2004, Rivas c/France, req. n° 59584/00, *AJ pénal* 2004. 206, obs. COSTE - CEDH 1er sept. 2006, Taïs c/France, req. n° 39922/03, *AJ pénal* 2006. 403, obs. SAAS - CEDH 27 nov. 2008, Salduz c/Turquie, req. n° 36391/02, § 50-62, *JCP* 2009. I. 104, obs. SUDRE ; *Dr. pénal* 2009. chron. 4, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2010. chron. 1, obs. GUÉRIN. - CEDH 9 févr. 2010, Boz c/Turquie, req. n° 2039/04, § 33-36. - CEDH 8 déc. 2009, Yesilkava c/Turquie, req. n° 59780/00. - CEDH 24 sept. 2009, Pishchalnikov c/Russie, req. n° 7025/04, *Dr. pénal* 2010. chron. 1, obs. GUÉRIN. - CEDH 2 mars 2010, Adamkiewicz c/Pologne, req. n° 54729/00

[912] Cons. const. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, *Dr. pénal* 2010. 113, obs. MARON ET HAAS ; *AJ pénal* 2010. 470, note PERRIER ; *AJDA* 2010. 1556 ; *D*. 2010. 2254, obs. PRADEL ; *RSC* 2011. 139, obs. GIUDICELLI ET DANET ; Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, *RSC* 2011. 864, obs. BOCCON-GIBOD et Salvat ; RFDC 2011. 854, obs. PERRIER ; *JCP* 2011. 346, obs. MATHIEU ; Constitutions 2011. 525, note DAOUD. - Cons. const. 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC, *AJ pénal* 2011. 471, obs. PERRIER ; *RSC* 2011. 415, obs. DANET ; *RFDC* 2012. 166, obs. CATELAN

par l'organisation des droits fondamentaux qu'elle possède désormais[913]. Il existe ainsi une véritable dissociation entre la qualité de suspect et la mise en œuvre d'un placement en garde à vue[914]. L'impulsion des instances européennes aura par conséquent permis la généralisation des droits liés au placement en garde à vue envers toute personne soumise à la contrainte justifiée par une participation plausible à la commission d'une infraction[915]. Dès lors, l'existence de raisons plausibles rendant possible la participation du témoin à la commission d'une infraction implique un double effet tenant à l'attribution du statut de suspect, où la coercition strictement nécessaire se voit compensée par la reconnaissance de droits subjectifs en sa faveur[916]. Tout comme la privation de liberté résultant du placement en garde à vue exige la vraisemblance d'une infraction punie d'une peine d'emprisonnement[917], l'octroi du droit à l'assistance d'un avocat est calqué sur la même apparence caractérisée[918]. La réponse pénale procéduralement déclenchée demeure équilibrée puisque la restriction des libertés individuelles justifiée par la vraisemblance infractionnelle se trouve compensée par l'application des droits de la défense. La coercition engendrée par la mesure de garde à vue ne peut jamais constituer un frein à l'organisation d'une défense par la personne suspectée, dont le droit au silence gardé, tout autant que la neutralité apportée par l'intervention de l'avocat défenseur, doivent être préservés[919]. La difficile reconnaissance de droits protecteurs durant la garde à vue témoigne du cheminement intellectuel, parcouru au fil des réformes du Code de procédure pénale, quant à la quête d'efficacité au sein des investigations. La toute-puissance d'une coercition déployée avec solitude par le policier s'est peu à peu confrontée à l'immixtion d'un avocat, organisée avec la volonté de gagner en neutralité par le regard contradictoire qu'il porte sur un interrogatoire mené avec davantage de rationalité. Plus que l'efficacité immédiate d'une coercition ordonnée

[913] Depuis la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de 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
[914] Cons. const. 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *D*. 2011. 3034, note MATSOPOULOU ; *D*. 2012. Pan. 1638, obs. BERNAUD ET JACQUINOT ; *AJ pénal* 2012. 102, obs. PERRIER ; *RSC* 2012. 185, obs. DANET ; *RSC* 2012. 217, obs. DE LAMY ; Dr. pénal 2012. Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2012. 1, obs. GEORGET ; *Dr. pénal* 2012. 4, note LEROY. - Cons. const. 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC
[915] Directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans les procédures pénales et directive n° 2013/48/UE 22 oct. 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans les procédures pénales.
[916] C. pr. pén., art. 62
[917] C. pr. pén., art. 67
[918] C. pr. pén., art. 61-1 et 61-3
[919] CEDH 14 oct. 2010, Brusco c/France, req. n° 1466/07, § 54, *D*. 2010. chron. 2783. obs. PRADEL ; *D*. 2010. chron. 2809, obs. DREYER ; *D*. 2010. chron. 2950, obs. RENUCCI ; *RSC* 2010. 2011, obs. ROETS ; *Dr. pénal* 2011. chron. 3, obs. DREYER ; *Dr. pénal* 2011. chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Procédures* 2010. 419, obs. CHAVENT-LECLERE. – V. MAURO, « Réflexions sur la garde à vue, à propos de l'arrêt Brusco c/France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 oct. 2010 », *Dr. pénal* 2010. Étude 29 et aussi : LESCLOUS, « La présence obligatoire de l'avocat en garde à vue. Point de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pénal* 2010.2

par la vraisemblance d'une infraction, la reconnaissance de droits évite la révélation d'un aveu dont le défaut de fiabilité engendre la stérilité de son pouvoir probatoire.

203. Immixtion européenne bénéfique. – L'apport bénéfique d'une vision européenne de notre procédure pénale est en ce sens indéniable, les menaces d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme ayant contribué à considérer l'apparence vraisemblable d'une infraction commise non plus seulement sous l'angle d'une atteinte portée aux intérêts de la société, mais également en tant que vecteur des droits requis par la quête d'une vérité judiciaire. La notification du droit au silence, la mise en œuvre d'une assistance de l'avocat durant l'interrogatoire de garde à vue, ainsi que l'accès par ses soins au dossier de la procédure seront au centre des discussions portant sur le régime protecteur instauré par les dispositions relatives à la garde à vue.

204. Droit au silence. – Illustration s'il en est des balbutiements législatifs autour de la notification au bénéfice du suspect de son doit au silence – tour à tour modifié puis supprimé entre les lois de 2002[920], 2003[921] et 2004[922] – au même titre que l'entretien avec un avocat dans le domaine de la criminalité organisée ou des rectifications apportées à la notification du droit d'interroger le procureur de la République six mois après la fin de la garde à vue. La notification du droit au silence a été au centre de nombreuses discussions durant la phase des investigations où l'article 63-1 du Code de procédure pénale l'a vu apparaître avec la loi du 15 juin 2000[923], disparaître avec celle du 4 mars 2002[924] pour enfin revenir au rang des principes écrits depuis la loi du 14 avril 2011[925]. Le droit de ne pas s'auto-incriminer n'a jamais connu de consécration légale au sein du Code de procédure pénale, sans doute en raison des confusions susceptibles d'exister entre l'interdiction de forcer la personne à parler et l'autorisation pour l'enquêteur de tirer les conséquences du silence gardé. Suivant les décisions rendues par les juges de Strasbourg interprétant l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour expliciter le droit de ne pas s'auto-incriminer, les juges de la Cour de cassation sanctionnent également les manœuvres entreprises au cours des investigations destinées à passer outre le

[920] L. n° 2002-307 du 4 mars 2002
[921] L. n° 2003-239 du 18 mars 2003
[922] L. n° 2004-204 du 9 mars 2004
[923] L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes
[924] V. LAZERGE, « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003. 644
[925] L. n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue

droit au silence de la personne suspectée en enregistrant les déclarations extorquées reconnaissant la réalité de l'implication dans l'infraction recherchée[926].

205. Droit à l'information. – Instrument d'une protection juridique rendue obligatoire par la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, l'information relative aux droits reconnus à la personne gardée à vue se veut un préalable indispensable à leur exercice effectif, l'un allant de pair avec l'autre[927]. Ainsi, les premiers effets d'une contrainte imposent l'immédiate notification des droits[928], sauf à considérer les circonstances insurmontables de l'espèce tenant notamment à l'état d'ébriété de l'individu visé[929]. La coercition mise en œuvre à défaut d'une notification retardée, mais justifiée, des droits dont bénéficie la personne y étant soumise engendre nécessairement un grief vecteur de nullité des mesures ainsi décidées[930]. Depuis la loi du 27 mai 2014, la transmission de l'information est réalisée par la remise d'un formulaire écrit dans une langue comprise du lecteur qui le reçoit[931]. A défaut de compréhension, les dispositions de l'article 63-1 du Code de procédure pénale prévoient une notification des droits par l'intervention d'un interprète[932]. Depuis le texte fondateur du 4 janvier 1993, la personne gardée à vue peut demander à l'officier de police judiciaire qu'il prévienne proches et employeur de sa situation avec, toutefois, la faculté pour le procureur de la République et le juge d'instruction de reporter l'effectivité de ce droit lorsque les circonstances de l'espèce l'exigent[933]. Selon ces mêmes limitations, la réforme intervenue par la loi du 3 juin 2016 autorise désormais qu'une communication puisse avoir lieu avec l'un des tiers mentionnés, sous réserve de ne pas dépasser trente minutes et d'intervenir sous surveillance[934].

[926] Crim. 7 janv. 2014, n° 13-85.246, *D.* 2014. 264, obs. DETRAZ ; *Gaz. Pal*. n° 131-133, 2014, p. 41, obs. FOURMENT ; *JCP* 2014. 434, note GALLOIS ; *D*. 2014. 417, obs. VERGES ; *Dr. pénal* 2014. 45, obs. MARON et HAAS. - Crim. 11 mai 2011, n° 10-84.251, *D*. 2011. Actu. 1421, obs. GIRAULT ; *AJ pénal* 2011. 371, obs. ASCENSI ; *RSC* 2011. 414, obs. DANET ; *Dr. pénal* 2011. 7, obs.
[927] C. pr. pén., art. 63-1
[928] Crim. 11 oct. 2000, n° 00-82.238, *Dr. pénal* 2001. 13, obs. MARON ; Crim. 13 avr. 1999, n° 98-87.873, *Procédures* 1999. 185, BUISSON. - Crim. 6 déc. 2000, n° 00-86.221, *Dr. pénal* 2001. 39, obs. MARON ; *Procédures* 2001. 69, obs. BUISSON
[929] Crim. 19 mai 2009, n° 08-86.466, *Procédures* 2009. 336, obs. BUISSON ; *Dr. pénal* 2010. 7, obs. LESCLOUS
[930] Crim. 30 avr. 1996, n° 95-82.217, *RSC* 1996. 879, obs. DINTILHAC
[931] Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de 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
[932] Crim. 15 sept. 2009, n° 09-84.329, *Dr. pénal* 2010. 7, obs. LESCLOUS
[933] C. pr. pén., art. 63-2 depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[934] Civ. 1re, 27 mars 2007, n° 06-15.849

206. Intervention d'un médecin. – L'instauration d'un régime propre à régir le placement en garde à vue prévoit également le droit d'être examiné par un médecin, préalable indispensable afin de s'assurer d'une contrainte supportable par la personne y étant soumise[935]. Alors que l'officier de police judiciaire et le procureur de la République disposent du pouvoir d'ordonner la mise en œuvre d'un placement en garde à vue, l'intervention du médecin n'est pas anodine puisqu'elle serait potentiellement à même d'y mettre fin. C'est précisément sous cet angle que pourrait s'entrevoir la qualité de médecin, en tant qu'auxiliaire de justice pénale au sein d'une procédure continuellement animée par la quête d'un équilibre. D'ailleurs, l'importance de l'appréciation médicale est telle qu'un maintien en garde à vue réalisé malgré l'avis défavorable donné consécutivement à l'examen engendrerait, d'après les juges du quai de l'Horloge, une atteinte inéluctable aux intérêts de la personne visée, justifiant le prononcé de la nullité[936].

207. Intervention d'un avocat. – Placé au centre d'une discorde emblématique de l'équilibre procédural souhaité entre la coercition déployée à l'encontre des personnes suspectées d'une part, et la protection leur étant accordée d'autre part, le droit à l'assistance d'un avocat a fait l'objet de nombreux tâtonnements. Craignant qu'une intervention prématurée du défenseur puisse contrarier l'impératif d'une recherche de vérité, certaines opinions militaient en faveur d'une action coercitive menée par l'enquêteur seul face au suspect interrogé tandis que d'autres, conscientes des nécessités de compenser la coercition mise en œuvre, privilégiaient l'assistance de l'avocat durant l'interrogatoire. Derrière ce débat se cache en réalité un combat opposant deux visions procédurales. La première, inquisitoire, octroyant une toute-puissance aux enquêteurs chargés de faire la lumière sur la vérité. La deuxième, d'inspiration plutôt accusatoire, reposant sur une égalité des armes entre les intervenants. A travers le rayonnement des dispositions inscrites dans la Convention européenne des droits de l'homme, le système inquisitoire traditionnellement marqué par la prépondérance d'une autorité publique s'est progressivement vu atténuer. Le postulat d'une innocence présumée oblige la prise en considération des parties privées au sein de la procédure dès qu'une vraisemblance infractionnelle se trouve caractérisée. La contrainte permise par l'apparence d'une situation infractionnelle se voit ainsi proportionnée à son seuil de vraisemblance tandis qu'elle implique, subséquemment, l'instauration d'une protection suffisamment étendue pour neutraliser la

[935] C. pr. pén., art. 63-3
[936] Crim. 27 oct. 2009, n° 09-82.505, *D*. 2009. AJ 2688, obs. GIRAULT ; *D*. 2010. 245, note DELAGE ; *AJ pénal* 2010. 37, obs. GIRAULT ; *Dr. pénal* 2010. 1, obs. GUERIN ; *Dr. pénal* 2010. 2, obs. PELTIER ; *Procédures* 2010. 91, obs. BUISSON

charge inquisitoire. Il en résulte une situation hybride où l'action publique se voit jugulée par la prise en considération d'une personne privée. Afin de parvenir à cet équilibre, le législateur de 2011 a modifié les dispositions du Code de procédure pénale en instaurant le droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue[937], visant également la victime dans les cas où aurait lieu une confrontation[938]. L'intervention du défenseur est admise aux cours des auditions et confrontations, s'agissant à première vue d'une présence réconfortante pour le suspect. Cette présence engendre par ailleurs un regain de neutralité dans la mise en œuvre de l'interaction menée entre l'enquêteur et la personne suspectée. Elle ne peut toutefois en effacer totalement les effets, comme semble l'envisager le législateur évinçant dorénavant l'interrogatoire policier au profit de la seule audition du suspect[939]. La quête de neutralité progressivement insufflée au sein du Code de procédure pénale transparaît distinctement à la lecture de l'article préliminaire, lequel interdit depuis 2011 qu'une condamnation en matière criminelle ou correctionnelle puisse être fondée sur les seules déclarations obtenues au mépris de toute intervention de l'avocat[940]. La force probante des paroles révélées au cours de l'audition se voit alors drastiquement atténuée en l'absence d'un avocat au côté du suspect qu'il conseille en entretien ou qu'il assiste par des questions. Dans la pratique, cette faculté offerte à l'avocat d'intervenir à travers les questions qu'il pose au cours de l'audition se voit potentiellement malmenée par la prépondérance inquisitoire de l'autorité publique en la personne de l'officier de police judiciaire, directeur de l'interrogatoire. Ce dernier est autorisé à y mettre fin à tout moment, en informant le procureur de la République qui se chargera alors de demander au bâtonnier la nomination d'un nouvel avocat[941].

208. Accès au dossier. – Fondées sur les indices accumulés à l'encontre du suspect, les questions susceptibles d'être posées par l'avocat exigent auparavant un accès au dossier, ce que permettent partiellement les dispositions de l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale en limitant la consultation au procès-verbal du placement en garde à vue, celui de l'audition ainsi qu'au certificat médical. Un accès intégral au dossier est laissé à la personne ayant fait l'objet d'une mesure de garde à vue ou d'une audition libre, mais il devra s'exercer sur demande

[937] C. pr. pén., art. 63-3-1
[938] C. pr. pén., art. 63-4-5
[939] C. pr. pén., art. 63-4-2, le terme d'audition remplace l'ancienne formulation faisant référence à l'interrogatoire, bien qu'il soit possible de douter quant à la sincérité d'une si importante neutralité, ici purement textuelle, lorsque la vraisemblance infractionnelle justifie une coercition telle qu'elle permet la privation de liberté autant qu'une certaine pression dans l'interaction orchestrée avec la personne suspectée.
[940] Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue
[941] C. pr. pén., art. 63-4-3

adressée au procureur de la République dans le délai d'un an après le premier acte réalisé[942]. La crainte d'une assistance hâtive de l'avocat demeure bien réelle dans ces conditions où la connaissance succincte des éléments du dossier s'oppose à la mise en œuvre d'une protection suffisante pour compenser la coercition déployée. Bien que les juges de Strasbourg n'aient pas expressément consacré une obligation d'accès intégral au dossier, il peut être argué qu'une défense suffisamment préparée impose la connaissance des éléments probatoires révélés à l'encontre d'un suspect justifie l'effectivité du contrepoids censé être représenté par l'intervention de l'avocat. Souhaitant sans doute faire primer la recherche immédiate d'une vérité sans assez se méfier de l'impact parfois négatif d'une coercition trop fermement appuyée, le Conseil constitutionnel valide cet accès limité au dossier qu'il considère comme équilibré[943]. Une vision étendue concernant cette question de l'accès au dossier explique la position défendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation lorsqu'elle considère respecté l'impératif d'une procédure équitable au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme puisque la restriction d'accès au cours de la garde à vue se trouve abandonnée tant au stade de l'instruction qu'au cours du jugement[944]. Face aux possibles absences de l'avocat, le législateur a décidé d'autoriser l'accès aux quelques éléments du dossier par la personne gardée à vue elle-même[945].

2. L'équilibre procédural maintenu durant l'instruction

209. Droits indissociés d'une coercition. – La reconnaissance de droits assis sur la vraisemblance infractionnelle déduite des indices s'oppose aux mises en examen tardives et interdit par conséquent d'entendre, comme témoins, les personnes contre lesquelles existent des indices graves et concordants rendant vraisemblable leur participation à la commission des faits dont le juge d'instruction est saisi[946]. Ce faisant, aucune dissociation n'est admise entre la coercition justifiée par la vraisemblance infractionnelle caractérisée et les droits exigés par l'effectivité d'une innocence présumée. Qu'il s'agisse du mis en examen ou du témoin assisté,

[942] C. pr. pén., art. 77-2, modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[943] Cons. const. 18 nov. 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, *D.* 2011. 3034, note MATSOPOULOU ; *D.* 2012. Pan. 1638, obs. BERNAUD ET JACQUINOT ; *AJ pénal* 2012. 102, obs. PERRIER ; *RSC* 2012. 185, obs. DANET ; *RSC* 2012. 217, obs. DE LAMY ; *Dr. pénal* 2012. Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2012. 1, obs. GEORGET
[944] Crim. 9 avr. 2015, n° 14-87.660, *Dalloz actualité*, 5 mai 2015, obs. FUCINI
[945] C. pr. pén., art. 63-4-1, modifié par la Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de 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
[946] C. pr. pén., art. 105

les droits leur étant octroyés tendent à compenser la coercition admise. Si cette vraisemblance engendre l'octroi de droits, elle reste toutefois liée à l'appréciation subjective réalisée par le juge d'instruction sur les indices portés à sa connaissance, avec le potentiel risque de les sous-évaluer[947]. Le contrôle des effets attachés à la vraisemblance infractionnelle caractérisée oblige alors de prononcer la nullité de l'audition du témoin réalisée lorsqu'elle porte atteinte aux droits de la défense lui étant reconnus[948]. Il résulte, en effet, des dispositions de l'article 114 du Code de procédure pénale qu'aucun interrogatoire devant le juge d'instruction ne peut se dérouler hors la présence de l'avocat dûment convoqué. Le rôle du défenseur est à ce point crucial qu'un certain nombre de droits, au premier rang desquels figure l'accès au dossier de la procédure, ne peut être exercé par la seule personne placée au centre de l'information judiciaire, qu'elle soit mise en examen[949] ou bénéficiant du statut de témoin assisté[950].

210. Consistance des droits. – Support procédural requis au contrôle des effets engendrés par la vraisemblance infractionnelle caractérisée, le procès-verbal de première comparution doit indiquer l'information prodiguée à la personne interrogée quant à son droit de demander l'assistance d'un avocat[951], mention faisant foi jusqu'à inscription de faux[952]. Il en va de même du droit au silence reconnu en faveur des personnes mises en examen depuis la loi du 30 décembre 2000[953], étant informées par le juge d'instruction de leur choix de se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions[954]. Ces dispositions s'appliquent tant à la personne mise en examen qu'au témoin assisté[955]. Dans une quête de neutralité, le législateur a instauré l'enregistrement obligatoire des interrogatoires de première comparution en matière criminelle[956]. La méconnaissance de cette formalité porterait nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée[957]. Il peut d'ailleurs sembler étonnant que le témoin assisté ait été évincé de cette protection. Instaurée en faveur des seules parties à l'instance pénale, alors même qu'une grande similitude existe dans les droits leur étant respectivement octroyés par les

[947] Crim. 2 mai 1968, Bull. crim. n° 136. - Crim. 23 févr. 1977, Bull. crim. n° 74 ; *D*. 1977. IR 185. - Crim. 27 avr. 1977, Bull. crim. n° 142. - Crim. 11 juill. 1978, Bull. crim. n° 229; *D*. 1979. IR 72
[948] C. pr. pén., art. 802
[949] C. pr. pén., art. 114, al. 3
[950] C. pr. pén., art. 113-3, al. 1
[951] C. pr. pén., art. D. 32-1 créé par le Décr. n° 2016-1455 du 28 oct. 2016
[952] Crim. 5 janv. 1956, Bull. crim. n° 16 - Crim. 9 janv. 1962, Bull. crim. n° 18
[953] Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents et portant diverses dispositions de coordination en matière de procédure pénale
[954] C. pr. pén., art. 116
[955] C. pr. pén., art. 113-3
[956] C. pr. pén., art. 116-1
[957] Crim. 3 mars 2010, n° 09-87.924, Bull. crim. n° 47 ; *D*. 2010. 1688, note BELFANTI ; *D*. 2010. 1024, obs. GIRAULT ; *AJ pénal* 2010. 294, obs. ASCENSI

dispositions de l'article 113-3 du Code de procédure pénale, conformément à celle de l'article 114 concernant l'assistance d'un avocat et l'accès au dossier, tandis que l'article 113-4 reconnaît au témoin assisté le droit au silence par décalque de l'article 116. Si le témoin assisté ne peut, à la manière d'une personne mise en examen, demander la réalisation de nouveaux actes d'enquête[958], l'extension des droits lui ayant été reconnus amoindrit les différences jusqu'à autoriser qu'il demande l'annulation d'actes d'enquête pour vice de procédure[959]. Il est actuellement difficile de distinguer le palier d'apparence requis au déclenchement du statut de témoin assisté ou d'une mise en examen. L'efficacité procédurale imposerait alors d'octroyer un statut unique exclusivement lié à la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, justifiant l'octroi de droits à la mesure de la coercition mise en œuvre.

Chapitre 2 - Le déclenchement destiné à délimiter un trouble social

211. Pronostic rétrospectif. – Déduite de l'interprétation des indices, la vraisemblance infractionnelle justifie le déclenchement procédural d'une réponse pénale, équilibrée dans la coercition qu'elle déploie et les droits qu'elle octroie. Les mesures procéduralement déclenchées par la vraisemblance d'une situation infractionnelle visent à permettre la réalisation d'un pronostic rétrospectif sur le déroulement de l'infraction prétendument commise. Les mesures d'investigation déclenchées cherchent à dépasser le caractère plausible d'une apparence pour s'approcher d'une réalité convaincante. S'il appartient au seul juge de déterminer la vérité judiciaire du fait infractionnel, la mise en œuvre des mesures d'investigation façonne un pronostic factuel au rythme des indices obtenus. La vraisemblance infractionnelle fait naître un doute sur la réalité d'un trouble présumé à l'ordre public qu'il faut alors circonscrire.

212. Mémorisation préventive. – La délimitation d'un trouble social vise également ses auteurs présumés, lesquels sont susceptibles de faire l'objet d'une inscription au sein d'une base de données destinée à faciliter la résolution des futures investigations. La mémorisation des auteurs présumés d'un trouble social vraisemblablement commis ne se confond toutefois pas avec la vérification de l'imputation infractionnelle au cours de la mise en état de l'affaire pénale. L'intégration d'empreintes au sein d'une base de données exige en effet de s'interroger au

[958] C. pr. pén., art. 82-1 : ce droit est conféré aux seules parties à la procédure, visant ainsi la personne mise en examen en excluant, par conséquent, la personne bénéficiant du statut de témoin assisté

[959] C. pr. pén., art. 113-3, modifié par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de 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

préalable sur l'étendue du trouble social apparent. La mémoration préventive des participants présumés au trouble social (Section 2) doit ainsi être distinguée du pronostic rétrospectif réalisé afin de vérifier l'effectivité d'un trouble social (Section1).

Section 1 – La vérification rétrospective de l'effectivité du trouble présumé

213. Dépasser les apparences. – L'apparence d'un indice perçu par l'officier de police judiciaire autorise le déclenchement des dispositions relatives à l'enquête de flagrance[960]. Ces mêmes dispositions sont mises en œuvre lorsque des circonstances suspectes entourent la découverte d'un cadavre d'une part[961], la disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé d'autre part[962]. Tant l'enquête de flagrance que l'enquête subséquente à la mort et à la disparition suspectes résultent du caractère potentiellement infractionnel des faits. Puisqu'une zone d'ombre plane sur l'existence d'un trouble atteignant l'ordre public, les investigations tenteront de le délimiter d'une manière nécessairement rétrospective. L'incertitude quant à la consistance du fait infractionnel ne saurait toutefois autoriser la mise en œuvre d'une information judiciaire sans qu'elle puisse être fondée sur des indices susceptibles de l'individualiser dans le temps et dans l'espace[963]. De la même manière, la suspicion entourant la découverte d'un cadavre[964] ou la disparition d'une personne[965] autorise l'ouverture d'une procédure d'instruction lorsqu'elle atteint un seuil suffisant pour rendre vraisemblable la potentielle commission d'une infraction. Qu'il s'agisse du réquisitoire introductif ou de la plainte avec constitution de partie civile, la caractérisation préalable d'une vraisemblance infractionnelle constitue le facteur nécessaire à la saisine du magistrat instructeur[966]. Dans ce deuxième cas toutefois, la saisine du juge d'instruction peut être soumise au versement d'une consignation, à moins que la partie civile en soit dispensée[967]. Souhaitant sans doute préserver les spécificités de l'instruction en matière de mise en état et éviter ainsi un dévoiement de ce mode de saisine, le législateur de 2007 a davantage restreint les conditions régissant la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile[968]. Il ne s'agit pas ici de s'interroger

[960] C. pr. pén., art. 53
[961] C. pr. pén., art. 74
[962] C. pr. pén., art. 74-1
[963] V. sur la nullité du réquisitoire introductif visant un élément insuffisamment probant, s'agissant alors non d'un indice, mais d'un simple renseignement : Douai, 16 févr. 1993, *Gaz. Pal*. 1993. 2. 462. Il en va de même lorsque le réquisitoire repose sur un témoignage anonyme : Lyon, 30 mars 1990, *JCP* 1990. II. 21566, note COSTE
[964] C. pr. pén., art. 74
[965] C. pr. pén., art. 74-1
[966] C. pr. pén., art. 85 et 86
[967] C. pr. pén., art. 88 ; CSS, art. L. 114-9
[968] L. n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

quant à la vraisemblance du fait infractionnel, mais plutôt d'exiger qu'il revête un seuil minimum de gravité[969]. Vérifier l'existence d'un trouble social présumé (§1) consiste à rechercher si une infraction a vraisemblablement été commise, tandis que vérifier l'étendue d'un trouble social présumé part du postulat qu'une infraction existe déjà et qu'il s'agit de rechercher les éléments susceptibles d'asseoir la dimension infractionnelle des faits (§2).

§ 1 – L'existence vérifiée du trouble social éventuel

214. Prééminence du doute. – Le doute sur le caractère infractionnel des faits suspects interdit la mise en œuvre d'une coercition telle qu'elle pourrait être déployée si la vraisemblance infractionnelle était caractérisée. Déclenchées très en amont d'un trouble effectivement porté aux intérêts de la société, les enquêtes ouvertes en raison d'une suspicion des faits questionnent leur caractère infractionnel. Il s'agit de déterminer au cours de ces investigations l'existence d'un trouble social simplement présumé. La vérification de l'origine infractionnelle que pourrait revêtir le fait suspect ne se confond pas avec la vérification de la qualification infractionnelle que pourrait revêtir le fait vraisemblablement commis. Bien qu'aucune vraisemblance infractionnelle ne soit encore caractérisée, la mise en œuvre d'une action investigatrice peut s'avérer utile afin de lever le doute sur l'existence d'un trouble social. Son existence vérifiée justifiera par la suite une véritable enquête afin, cette fois, d'en délimiter l'étendue. L'utilité des enquêtes destinées à vérifier l'existence d'un trouble social explique les extensions intervenues postérieurement à l'instauration de l'enquête aux fins de recherche des causes de la mort[970], s'agissant d'une part de l'enquête en cas de disparition[971] puis, d'autre part, de l'enquête aux fins de recherche des causes de blessures graves[972]. Il s'agit alors de vérifier l'origine infractionnelle d'une disparition suspecte d'une part (A), ou d'une atteinte corporelle suspecte d'autre part (B).

A. L'origine infractionnelle vérifiée d'une disparition suspecte

215. Objet de l'enquête. – Souhaitant intervenir avant même que ne soit appréciée la vraisemblance d'une situation infractionnelle, le législateur a poursuivi le mouvement initié par la réglementation de l'enquête spécifique aux causes de la mort avec l'instauration d'une

[969] V. GUERY, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes. Pour une réforme de la constitution de partie civile », *D.* 2003. chron. 1575
[970] C. pr. pén., art. 74
[971] C. pr. pén., art. 74-1 depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002
[972] C. pr. pén., art. 74, al.4 depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004

enquête destinée à rechercher une personne disparue dans des conditions inquiétantes. L'instauration d'une telle enquête vise à circonscrire de manière proactive un trouble social éventuellement commis[973]. Il ne s'agirait pas, pour autant, de s'immiscer au sein de la vie privée des personnes ayant librement choisi de changer de vie en s'éloignant des proches avec qui une proximité était antérieurement entretenue. La disparition ne suffit pas pour déclencher la mise en œuvre d'une investigation destinée à découvrir où se trouve une personne sans que viennent s'ajouter d'autres indices tendant à envisager qu'elle puisse éventuellement trouver son origine dans la commission d'une infraction. Compte tenu du danger qui entoure inévitablement la disparition des personnes mineures ou aux majeurs protégés, qu'ils soient placés sous tutelle, sous curatelle ou encore sous sauvegarde de justice, le législateur ne soumet pas le déclenchement des investigations à la démonstration du caractère inquiétant qu'elle serait susceptible de revêtir. Même si les termes de la disparition ne sont pas définis, l'esprit général du texte incite à considérer les investigations ouvertes sur le fondement de l'article 74-1 du Code de procédure pénale comme un moyen de vérifier l'existence d'un trouble social. La constatation récente de la disparition, bien qu'uniquement exigée lorsqu'elle concerne un mineur ou un majeur protégé, évoque bien l'idée d'urgence qui entoure les investigations.

216. Chronologie de l'enquête. – Le procureur de la République prend la décision d'ouvrir l'investigation dans un cadre judiciaire lorsque les enquêteurs de la gendarmerie ou de la police nationale peuvent procéder à la recherche de personnes disparues sur leur initiative propre, mais exclusivement dans un cadre administratif[974]. Démarrée sans l'apparence d'éléments laissant entrevoir l'existence éventuelle d'un trouble social, cette enquête administrative amène les services de gendarmerie ou de police nationale à informer le procureur de la République dès la révélation d'indices rendant possible la commission d'un fait infractionnel aux fins de mettre en œuvre les dispositions de l'article 74-1 du Code de procédure pénale. Les enquêteurs procéderont alors, dans un premier temps, aux actes prévus par les articles 56 à 62 du Code de procédure pénale, régissant l'enquête de flagrance, et ce pendant un délai maximal de huit jours. Puisqu'aucune prolongation du délai initial n'est prévue par le législateur dans le cadre des recherches de personnes disparues, l'enquête se poursuivra selon les dispositions applicables aux enquêtes préliminaires après les huit premiers jours. S'agissant d'une enquête destinée à vérifier l'existence d'un trouble social dont l'éventualité résulte du caractère suspect ou inquiétant de la disparition, son issue est intrinsèquement liée à la découverte fructueuse ou non

[973] C. pr. pén., art. 74-1, depuis la Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.
[974] L. n° 95-73 du 21 janv. 1995, art. 26

des recherches entreprises. La poursuite des investigations s'envisage lorsque la disparition prend une tournure infractionnelle, trouvant vraisemblablement une origine dans la commission d'une infraction. L'article 74 du Code de procédure pénale régissant la recherche des causes d'une mort ou de blessures graves suspectes peut ainsi être utilisé si des doutes persistent quant à l'éventualité d'un trouble social malgré la découverte de la personne. Les recherches infructueuses laissent perdurer l'inscription au sein du fichier des personnes recherchées et octroient au procureur de la République la faculté d'ouvrir une information judiciaire[975]. En l'absence de mise en mouvement de l'action publique, l'instruction s'achève par une ordonnance de soit-communiqué au parquet, lequel peut alors décider le classement sans suite si les recherches s'avèrent finalement infructueuses.

B. L'origine infractionnelle vérifiée d'une atteinte corporelle suspecte

217. Origine factuelle inexpliquée. – L'enquête pour cause de mort ou de blessures graves suspectes tend à vérifier l'existence vraisemblable d'un fait infractionnel commis. Lorsqu'il existe un doute sur la nature de la mort, laquelle semble difficilement s'expliquer, les suspicions qui l'entourent méritent d'être approfondies par la mise en œuvre d'investigations destinées à en vérifier l'existence d'un éventuel trouble social. Si la mort est suspecte, c'est-à-dire lorsqu'elle semble pouvoir trouver sa cause dans la commission d'une infraction, il est permis d'ouvrir une enquête ou une instruction, toutes deux destinées à vérifier l'existence d'un trouble social éventuellement commis. Les moyens d'investigation octroyés afin de vérifier la vraisemblable commission d'un fait infractionnel verront leur coercition limitée. Le régime applicable à l'instruction permet, selon l'article 80-4 du Code de procédure pénale, la mise en œuvre des interceptions de télécommunications en limitant toutefois leur durée. Aussi spécifiques soient-elles, ces investigations laissent l'entière utilisation des moyens traditionnels destinés à vérifier le caractère suspect des faits découverts, qu'il s'agisse des auditions, des transports ou des constatations.

218. Cadre des investigations. – L'ouverture d'une information judiciaire, sur réquisition du procureur de la République, est prévue. Le magistrat instructeur exerce ses prérogatives habituelles afin de déterminer l'existence du trouble social initialement présumé, sans que l'action publique ne soit toutefois mise en œuvre. Une telle information ne peut justifier le placement en garde à vue ordonné par l'officier de police judiciaire agissant sur commission

[975] C. pr. pén., art. 80-4

rogatoire, tout comme elle oblige à restreindre la durée des interceptions de correspondance autorisées[976]. Le cheminement procédural progresse ainsi selon la prégnance d'une apparence infractionnelle. La vérification de l'existence effective du trouble social rendu éventuel par la constatation de circonstances obscures entourant le cadavre découvert peut également constituer l'objet des enquêtes préliminaires ou de flagrance, lorsqu'elles tendent à déterminer la responsabilité du tiers susceptible d'en être à l'origine. L'accident de la circulation par lequel un conducteur serait retrouvé mort oblige les enquêteurs à s'inscrire dans le cadre de l'enquête préliminaire – voire de la flagrance si les conditions d'apparence et de temps sont réunies – afin de s'assurer qu'il demeure imputable aux seules circonstances de l'espèce. L'entière élucidation justifie la mise en œuvre de moyens d'investigation à l'efficacité plus étendue que ceux utilisables lors d'une enquête en recherche des causes de la mort suspecte.

1. La détermination du caractère infractionnel des blessures suspectes

219. Blessures suspectes graves. – Les dispositions de l'article 74, relatives à l'enquête aux fins de découverte des causes de la mort visent à rechercher les causes des blessures graves subies par une personne, lorsque ces dernières sont inconnues ou apparaissent suspectes. Il s'agit, ici encore, de vérifier l'existence d'un trouble social dont l'éventualité est envisageable en raison des circonstances inconnues ou incertaines dans lesquelles sont apparues les blessures graves, laissant subsister un doute quant à leur lien avec une cause infractionnelle. En cherchant à déterminer les causes du fait considéré, l'investigation menée pourrait remettre en cause l'hypothèse accidentelle et révéler sa nature vraisemblablement infractionnelle. Si le texte ne donne aucune précision sur le seuil de gravité des blessures requis afin de justifier l'ouverture d'une investigation, la référence renouvelée à la découverte des blessures graves laisse penser qu'il s'agirait d'un seuil suffisamment intense de gravité pour engendrer une inconscience de la victime. De la même manière qu'en matière de découverte d'un cadavre, l'investigation n'est déclenchée qu'en cas de doute sur la nature infractionnelle des blessures graves. Il n'en va pas ainsi lorsque sont suffisamment apparentes les circonstances dans lequel le fait de blessures graves est intervenu pour que soit caractérisée une vraisemblance infractionnelle justifiant l'ouverture d'une investigation sous le régime de l'enquête préliminaire, voire de la flagrance. *A contrario*, l'absence de lien vraisemblable entre les faits de blessures graves et la commission d'une infraction s'oppose à l'application des dispositions régissant ce type d'investigations.

[976] L'article 80-4 du Code de procédure pénale restreint la durée des interceptions de communication à une durée de deux mois renouvelables tandis qu'une durée de quatre mois est prévue par le régime de droit commun.

C'est donc bien la vraisemblance infractionnelle qui dicte le déclenchement de la réponse pénale. L'enquête préliminaire peut toutefois intervenir bien qu'aucune vraisemblance infractionnelle ne soit encore caractérisée. C'est effectivement le cas lorsque les circonstances factuelles laissent apparaître une origine accidentelle susceptible d'engager la responsabilité d'un tiers. Il s'agit par conséquent d'une interrogation portée sur le caractère infractionnel de l'accident. La mise en œuvre des investigations fondées sur l'article 74 répondent à une logique unique, consistant à laisser le procureur de la République diriger la vérification du caractère infractionnel. Comme en matière de flagrance, l'information immédiate du procureur de la République se justifie par l'indispensable décision sur le choix du cadre procédural susceptible d'être déclenché selon la vraisemblance infractionnelle caractérisée.

220. Régime singulier. – Pour autant, si l'enquête destinée à rechercher les causes d'un fait paraissant suspect s'intègre parmi les dispositions applicables à l'enquête de flagrance, son régime juridique demeure singulier[977]. Cet emplacement fausserait sans doute l'appréhension des dispositions de l'article 74 comparativement à celles des articles qui le précèdent. L'hésitation dans le choix des investigations est grande lorsque l'enquête préliminaire est privilégiée pour vérifier l'existence d'un trouble social. L'hésitation est permise si l'apparence accidentelle des faits laisse présager la mise en cause d'une tierce responsabilité, sans toutefois que soit caractérisée à ce stade la vraisemblance d'une atteinte à la loi pénale[978]. Bien que la mise en œuvre de l'enquête préliminaire demeure critiquable dans les cas où l'origine infractionnelle de l'accident est douteuse, elle se comprend néanmoins en pratique par la nécessité de disposer de moyens d'investigation plus efficaces. Alors que le trouble social demeure simplement éventuel, le déclenchement des investigations fondées sur l'article 74 du Code de procédure pénale autorise le déploiement d'une coercition semblable à celle de l'enquête de flagrance. Il est en effet permis à l'officier de police judiciaire de procéder aux actes prévus par les articles 56 à 62 du Code de procédure pénale. Ces dispositions visent les perquisitions et saisies sans le consentement de la personne visée, les examens techniques et scientifiques, dont l'utilité médicale est aisément compréhensible, ainsi que l'audition et la comparution forcée des témoins. Le maintien d'un équilibre entre la coercition déployée et la vraisemblance infractionnelle caractérisée dans la réponse pénale déclenchée oblige toutefois à restreindre le délai d'accomplissement des mesures à un maximum de huit jours. A l'issue de ce délai, une décision de classement sans suite interviendra de la part du procureur de la

[977] RASSAT, « Le ministère public entre son passé et son avenir », 1967, *LGDJ*, n° 243
[978] Crim. 26 juill. 1966, Ben Barka, Bull. crim. n° 215

République si le lien infractionnel n'est pas établi concernant les faits considérés, l'existence d'un trouble social n'étant alors pas avérée. A l'inverse, si la vraisemblance d'une origine infractionnelle semble être caractérisée, les investigations auront pour objectif de vérifier l'étendue du trouble social apparent dans le cadre de l'enquête préliminaire cette fois, voire de la flagrance si la commission de l'infraction extériorisée par un indice apparent s'inscrit dans un temps récent. Il est également autorisé au Ministère public de requérir l'ouverture d'une information judiciaire pour recherche des causes de la mort afin d'obtenir la mise en œuvre de moyens d'investigations plus coercitifs et, par conséquent, plus efficaces encore. A la différence de l'instruction ouverte en application de l'article 80 du Code de procédure pénale, celle fondée sur les dispositions de l'article 74 ne met pas l'action publique en mouvement[979]. En ce sens, l'information judiciaire diligentée s'apparente davantage à une enquête chargée d'éclairer le procureur de la République sur le cheminement procédural envisageable par la suite. Hormis une restriction concernant la durée des interceptions de correspondances par voie de télécommunications, le juge d'instruction dispose des pouvoirs similaires à ceux de l'information fondée sur l'article 80 du Code de procédure pénale[980]. Les actes utiles à la manifestation de la vérité peuvent être effectués par ses soins ou par délégation à l'officier de police judiciaire sur commission rogatoire, ces dernières pouvant dans le cas présent être générales.

221. Action publique. – En l'absence d'infraction caractérisée, l'action publique n'est pas mise en œuvre et le magistrat instructeur connaît ainsi une position semblable à celle des enquêteurs au sein des services de police. Il est d'ailleurs tout à fait possible de concevoir une saisine concomitante aux fins de rechercher les causes d'une mort suspecte. Cette possibilité conduit à envisager l'ensemble des infractions susceptibles d'avoir été vraisemblablement commises, sans risquer le reproche d'un excès de pouvoir si une telle question se voyait posée dans le cadre d'une commission rogatoire[981]. Si l'absence d'infraction caractérisée s'opposait initialement à la constitution de partie civile, une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme intervenue pour violation de l'article 2 de la Convention aux motifs d'une mise à l'écart des proches de la victime lors des investigations menées sur une mort survenue dans des conditions suspectes[982], a conduit le législateur a modifié les

[979] Crim. 11 mai 1989, Bull. crim. n° 193
[980] L'article 80-4 du Code de procédure pénale fait référence aux dispositions du chapitre 1 du titre III du livre 1er du Code de procédure pénale.
[981] Crim. 24 févr. 1987, Bull. crim. n° 93
[982] CEDH 27 juill. 2004, Slimani c/France, req. n° 57671/00, *D*. 2004. IR 2763

conséquences déduites d'une action publique non déclenchée en autorisant, depuis la loi du 9 septembre 2002[983], la constitution de partie civile des proches de la victime, uniquement par voie incidente toutefois[984]. S'agissant d'une enquête confiée au juge d'instruction, il ne lui appartient pas de prendre une ordonnance de renvoi ou de non-lieu à l'issue des recherches réalisées quant aux causes de la mort, mais d'adresser au procureur de la République un soit-communiqué afin de lui transmettre la procédure, à charge pour le parquet d'apprécier les suites procédurales lui paraissant les plus adaptées selon la gravité infractionnelle caractérisée.

2. La détermination du caractère infractionnel d'une mort suspecte

222. Causes mortelles suspectes. – Les circonstances inconnues ou suspectes qui entourent la mort d'un individu questionnent nécessairement son éventuelle origine infractionnelle. Il revient au parquet d'établir les causes d'une mort dont le caractère inconnu ou suspect pourrait laisser penser à l'existence d'un trouble social. La détermination du caractère infractionnel de la mort peut d'ailleurs s'effectuer dans le cadre d'une information judiciaire, sans toutefois déclencher l'action publique, précisément en raison de l'inévitable doute quant à la vraisemblance d'un trouble social[985]. L'investigation déclenchée par la dimension suspecte d'une mort tente ainsi de dépasser l'apparence d'un trouble social pour vérifier son effectivité vraisemblable. Le terme cadavre renvoie à un corps sans vie, lequel serait ainsi découvert sans que des raisons médicalement connues puissent en évincer le caractère suspect. Le cadre des investigations de l'article 74 du Code de procédure pénale ne peut ainsi régir des situations où aucun doute n'existe quant aux causes de la mort. Les circonstances factuelles entourant la mort peuvent parfois être à la lisière d'une éventuelle situation infractionnelle, notamment dans les cas de mort subite chez un sujet en bonne santé. Il peut en effet n'exister aucune suspicion quant à l'origine de la mort, lorsque les circonstances de sa survenance sont distinctement établies, soit parce que la thèse accidentelle est évidente ou soit parce qu'elle résulte d'un suicide intervenu dans un lieu public. Ces situations déclenchent des enquêtes de décès dont la procédure policière mise en œuvre relève de l'article 81 du Code civil, lequel organise le transport sur les lieux en vue de constatations et d'examen du cadavre. Seulement lorsque l'origine du décès est douteuse, il sera fait appel aux dispositions de l'article 74 du Code de procédure pénale. Lorsque le caractère infractionnel de la mort ne fait aucun doute, l'ouverture

[983] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice
[984] C. pr. pén., art. 80-4, al. 2
[985] C. pr. pén., art 80-4

d'une enquête se justifie pleinement afin de vérifier l'étendue d'un trouble à l'ordre public apparaissant alors tout à fait vraisemblable. Les dispositions régissant l'enquête de flagrance seront déclenchées alors que l'origine infractionnelle du fait considéré demeure éventuelle, consistant alors à déployer des moyens d'investigation coercitifs afin de vérifier l'existence effective d'un trouble social. Sauf à considérer qu'il existe des indices apparents rendant vraisemblable la participation d'un tiers à la commission d'une infraction, aucune coercition ne devrait être autorisée lorsqu'un doute subsiste sur l'origine infractionnelle des faits. De nombreux accidents vraisemblablement en lien avec la commission d'une infraction, qu'il s'agisse d'une imprudence ou de l'inobservation d'une obligation particulière imposée par la loi ou le règlement, justifient l'ouverture d'une enquête préliminaire ou de flagrance afin de vérifier les circonstances exactes de leur déroulement à l'aune d'un pronostic rétrospectif[986]. Il est en effet logique, et légalement fondé, d'élargir les pouvoirs d'investigation lorsque le fait qui en est l'objet apparaît vraisemblablement en lien avec la commission d'une infraction. La frontière peut s'amincir entre les investigations diligentées pour rechercher les preuves d'une infraction vraisemblablement apparente et celles destinées à révéler le caractère infractionnel du fait dont l'origine est recherchée, précisément lorsque la responsabilité d'un tiers pourrait hypothétiquement être engagée. Il s'agit alors de gagner en efficacité dans la vérification du trouble social éventuellement perpétré.

223. Imputation infractionnelle éventuelle. – Le questionnement portant sur l'existence d'un trouble social, éventuellement à l'origine de l'accident mortel survenu alors que le conducteur était seul dans son véhicule, sort du cadre des investigations aux fins de recherche des causes d'une mort suspecte. Il ne s'agit plus véritablement de déterminer les causes de la mort – laquelle est connue – mais plutôt de déterminer qui serait responsable de la mort. En ce sens, ces circonstances accidentelles ne font pas peser le doute sur les causes de la mort, mais sur son origine potentiellement infractionnelle. Dans ces deux cas, le questionnement porte sur l'existence d'un trouble social apparaissant jusqu'alors éventuel. Il s'agit bien de déterminer le lien entre le fait considéré et la commission d'une infraction. Le point de rupture porte sur l'imputation de la mort d'une part ou sur les causes de la mort d'autre part. Il peut ainsi exister un doute sur le responsable du décès, lorsque la personne était seule au volant notamment. Dans le premier cas, les enquêtes traditionnelles peuvent être ouvertes alors que seule l'enquête de l'article 74 du Code de procédure pénale sera ouverte dans le second cas. La détermination de l'éventualité d'un trouble social perpétré peut résulter d'un avis médical consécutif au décès

[986] Crim. 15 févr. 1961, Bull. crim. n° 100

d'une personne sans que les causes de sa mort apparaissent clairement. La dualité des intervenants octroie alors le pouvoir d'ouvrir une enquête sur le fondement de l'article 74 indifféremment à l'officier de police judiciaire comme au médecin.

§ 2 – L'étendue vérifiée du trouble social apparent

224. Imputation infractionnelle vraisemblable. – La mise en œuvre des mesures d'investigation viserait à dépasser l'apparence infractionnelle pour s'approcher davantage de la vraisemblance. Si l'apparence fait présumer un trouble à l'ordre public, les enquêteurs chercheront à l'approfondir pour la dépasser et tenter d'établir la réalité quant au déroulement des faits potentiellement commis. L'investigation menée sous le régime de la flagrance tend ainsi à vérifier le bien-fondé d'une vraisemblance infractionnelle matérialisée par un indice apparent. La jurisprudence autorise pour autant la remise en cause d'une qualification infractionnelle initialement retenue afin de justifier l'enquête de flagrance[987]. Les phases d'enquête (A) et d'instruction (B) peuvent alors être rassemblées autour d'un objectif commun tenant à la mise en état de l'affaire pénale. Elle consiste à vérifier rétrospectivement l'étendue effective d'un trouble social vraisemblablement caractérisé à l'aune des indices interprétés[988].

A. L'imputation infractionnelle vérifiée par l'enquête de police

225. Cadres de l'investigation. – L'enquête de police judiciaire se compose d'une suite d'actes, réalisés par les policiers ou gendarmes, dans le but de découvrir la vérité sur le déroulement des faits infractionnels objet des recherches qu'ils entreprennent. Si l'apparence d'un fait infractionnel autorise le déclenchement procédural des enquêtes, l'objectif inhérent à la découverte d'une vérité plausible implique d'en vérifier l'étendue. Il s'agit de confirmer la qualification pénale et de déterminer les auteurs susceptibles d'y avoir participé. A un stade procédural plus avancé, l'information judiciaire tente de parvenir au même résultat et ne saurait ainsi être ouverte en même temps que l'enquête préliminaire[989]. L'actualité du fait infractionnel vraisemblablement commis, l'urgence d'une délimitation subséquente du trouble social présumé, obligent une différenciation des pouvoirs attribués par le cadre des investigations déclenchées. Dès lors, enquête préliminaire et enquête de flagrance ne se confondent pas.

[987] Crim., 4 janv. 1982, Bull. crim., n° 2 ;. Crim., 9 janv. 1990, Bull. crim., n° 16.
[988] V. Commission « Justice pénale et droits de l'homme », La mise en état des affaires pénales, Rapport préliminaire, nov. 1989, p. 31, 1991, *La Documentation française*
[989] C. pr. pén., art. 14

1. La vérification préliminaire du fait infractionnel apparent

226. Trouble social non explicité. – Développée par la pratique policière lorsque la caractérisation d'une infraction apparente ne s'entoure pas de l'urgence inhérente à sa commission récente, l'enquête préliminaire a longtemps été dénommée « enquête officieuse[990] » avant de se voir pleinement intégrée au sein des dispositions du Code de procédure pénale[991]. Le terme préliminaire, préféré par le législateur de 1957, évoque cette idée d'investigations préparatoires menées afin de vérifier l'étendue d'un trouble social apparent. Le doute ne sera d'ailleurs totalement levé sans la formalisation d'une conviction forgée par le juge. Il s'agit d'envisager le caractère préliminaire de l'enquête, moins pour viser une finalité judiciaire commune à l'enquête de flagrance, que pour mettre en exergue le doute plus élevé sur la commission du fait infractionnel qui en est l'objet. Alors que l'enquête de flagrance résulte nécessairement d'une situation infractionnelle vraisemblable matérialisée par la perception d'un indice apparent aux yeux de l'enquêteur, l'enquête préliminaire est laissée à l'entière discrétion du procureur de la République, de l'officier de police judiciaire ou de l'agent de police judiciaire, sans que l'infraction qui en est l'objet soit explicitement extériorisée[992]. L'apparence vraisemblable d'un fait en lien avec la commission d'une infraction autorise ainsi les enquêteurs de police judiciaire à en rassembler les preuves et à en rechercher les auteurs[993], sous la direction du procureur de la République[994], à charge pour eux de l'en informer à l'issue d'un délai maximal de six mois[995], ou lorsque les indices obtenus permettent l'identification d'un participant présumé[996].

227. Durée de l'enquête. – Le but premier attaché aux enquêtes de police judiciaire consiste en effet à vérifier l'étendue d'un trouble social apparent, à travers l'obtention d'indices capables de rendre possible l'imputation du fait infractionnel recherché à un, ou plusieurs, auteurs présumés. Si la durée limitée pendant laquelle seront mis en œuvre les pouvoirs octroyés par l'enquête de flagrance se comprend en raison des considérations d'urgence qui apparaissent vraisemblablement, la gestion du temps au cours de l'enquête préliminaire devrait incontestablement gagner en souplesse compte tenu d'un doute plus soutenu quant à la

[990] V. BLONDET, « La légalité de l'enquête officieuse », *JCP* 1955. I. 1233
[991] V. DENIS, « L'enquête préliminaire. Étude théorique et pratique », 1974, *Éditions Police-Revue*, p. 55 et s. ; BLONDET, « L'enquête préliminaire dans le nouveau code de procédure pénale », *JCP* 1959. I. 1513
[992] Crim. 30 juin 1999, n° 99-81.426, Bull. crim., n° 176 - Crim. 13 janv. 1972, *JCP* 1973. II. 17523, note SYR
[993] C. pr. pén., art. 14
[994] C. pr. pén., art. 12
[995] C. pr. pén., art. 75 et 75-1
[996] C. pr. pén., art. 75-2

caractérisation de l'infraction. Néanmoins désireux d'améliorer l'efficacité procédurale de la recherche entreprise, le législateur a instauré au sein du Code de procédure pénale une réglementation relative à la durée des investigations menées dans le cadre de l'enquête préliminaire. Le procureur de la République doit ainsi fixer un délai d'achèvement lors de son ouverture[997], tandis que l'officier de police judiciaire s'étant spontanément saisi lui rendra compte des avancées, au terme d'un délai maximal de six mois à compter du commencement des opérations[998]. Déclenchée par l'apparente commission d'une infraction, l'enquête préliminaire tend à en vérifier la vraisemblance avec l'exigence de maintenir l'équilibre entre la coercition déployée et l'effectivité d'une innocence présumée. Si la coercition n'est pas exclue au sein de l'enquête préliminaire, sa mise en œuvre impose toutefois l'obtention préalable du consentement libre et éclairé des personnes visées[999]. Une obligation d'information en faveur des personnes privées incombe, par conséquent, à l'enquêteur lorsqu'il souhaite les soumettre à l'exercice d'une contrainte dont elles peuvent alors refuser la mise en œuvre[1000]. Puisqu'elle ne peut être justifiée par la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, la contrainte exercée au cours de l'enquête préliminaire se voit exclusivement légitimée par le consentement de la personne visée. C'est précisément la raison pour laquelle le palliatif du consentement donné implique d'être libre et éclairé[1001]. La volonté législative de lever toute ambiguïté sur la liberté du consentement délivré par la personne contrainte trouve son application concrète dans la signature du procès-verbal relatant la mise en œuvre du moyen d'investigation coercitif[1002]. La logique du consensualisme qui imprègne l'enquête préliminaire impose l'irrévocabilité du consentement après qu'il ait été donné. Cette solution est d'autant plus compréhensible qu'elle permet la poursuite de l'investigation sans risquer la rétraction des personnes contraintes[1003]. Entorse à la particularité originale de l'enquête préliminaire, la contrainte insufflée en son sein tend à la rapprocher dangereusement de l'enquête en cas de flagrance. Bien que la remise en cause du consentement préalable puisse s'entrevoir comme un dévoiement de l'enquête préliminaire, le déploiement d'une contrainte justifiée par la vraisemblable gravité des faits demeure néanmoins soumis à la décision de l'autorité judiciaire, garante des libertés individuelles[1004]. La suppression de l'assentiment requis de la personne vise

[997] C. pr. pén., art. 75-1
[998] C. pr. pén., art. 75-1 et 75-2
[999] Crim. 12 mai 1923, *DP* 1924. I. 174
[1000] C. pr. pén., art. 76
[1001] Crim. 17 juill. 1858, *DP* 1858. I. 383; Crim. 12 déc. 2000, n° 00-83.852, Bull. crim., n° 369
[1002] Crim. 26 juin 1958, Bull. crim., n° 506 ; Crim. 28 janv. 1987 ; n° 85-95.180, Bull. crim., n° 48
[1003] V. LAMBERT, « Formulaire des officiers de police judiciaire », 1979, *LGDJ*, p. 269
[1004] Décis. Cons. const. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977, *Rec. Cons. const*., p. 33, D. 1978. 173 ; n° 80-127 DC du 19-20 janv. 1981, *Rec. Cons. const*., p. 15, *D*. 1982. 441 ; n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Rec. Cons. const*., p. 120,

les infractions en lien avec le terrorisme d'abord[1005], celles concernant les armes et explosifs ensuite, pour enfin s'attacher aux infractions dans le domaine des stupéfiants[1006]. L'inscription d'une contrainte dissociée du consentement préalable au sein de l'enquête préliminaire résulte d'un mouvement progressif, légitimé par l'efficacité dans la recherche d'une vérité judiciaire. Il atteint son paroxysme avec le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice qui porte, désormais, à trois ans – contre cinq auparavant – le seuil de la peine à partir de laquelle les nécessités de l'enquête préliminaire peuvent justifier l'intervention du Juge des libertés et de la détention, afin de pallier l'absence de consentement des personnes chez qui les perquisitions ont lieu. Ce même objectif demeure, par ailleurs, incompatible avec l'inertie du témoin refusant de se rendre aux convocations jusqu'à la mise en œuvre, dorénavant autorisée, d'un ordre de comparution émanant du procureur de la République[1007]. Face à l'apparition d'une menace terroriste lancinante plus difficile à circonscrire, l'efficacité au cours des investigations devient une véritable quête menée sous l'autorité du magistrat spécifiquement désigné par les dispositions applicables à l'enquête préliminaire en matière de criminalité organisée[1008]. Il en va ainsi de l'infiltration, procédé d'investigation au moyen duquel l'officier de police judiciaire, ou encore l'agent de police judiciaire, s'intègrent au sein d'une entreprise criminelle afin d'intercepter des indices capables de rendre possible le fait infractionnel recherché, par essence occulte[1009]. La coercition mise en œuvre par les enquêteurs exige une décision émanant de l'autorité judiciaire, en la personne du procureur de la République dans le présent cas, afin d'autoriser l'interception durant une période de quatre mois, renouvelable, selon les motivations spéciales de l'autorisation délivrée. S'agissant de l'interception des correspondances émises par la voie des communications électroniques, permises au cours de l'enquête de flagrance conformément aux dispositions de l'article 706-95 du Code de procédure pénale, le juge des libertés et de la détention se prononce sur son autorisation – pour une durée maximale limitée à quinze jours, renouvelable – après en avoir apprécié la nécessité au regard des motivations contenues dans la requête du procureur de la République. Bien que le procureur de la République se rapproche du magistrat instructeur, par

RD publ. 1989. 399 ; n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, *Rec. Cons. const*., p. 8, *RD publ*. 1989. 482 ; n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Rec. Cons. const*., p. 213, *AJDA* 1993. 815 ; n° 94-352 DC du 18 janv. 1995, *Rec. Cons. const*., p. 170, *RD publ*. 1995. 575 ; n° 96-377 DC du 16 juill. 1996, *Rec. Cons. const*., p. 87, *AJDA* 1996. 692 ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, JO 10 mars, p. 4637

[1005] Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986

[1006] Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001

[1007] C. pr. pén., art. 78 - V. en ce sens, PEZET, Rapport Assemblée nationale, 1992-1993, n° 2932, t. 1, p. 98

[1008] C. pr. pén., art. 706-73 et s., depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[1009] C. pr. pén., art. 706-81

les pouvoirs qu'il détient dorénavant dans les domaines infractionnels d'une certaine gravité, il n'en demeure pas moins qu'une restriction intervient dans leur étendue. Si elle est inhérente à l'appréciation d'une réponse pénale équilibrée par la coercition proportionnellement déployée, l'intervention du juge des libertés et de la détention, aux fins d'autorisation de l'interception, mais également lors de son exécution, pallie un positionnement critiquable du parquet. Des limites pratiques demeurent toutefois, notamment la connaissance partielle des dossiers qu'il examine dans l'exercice de ses fonctions, sans pouvoir véritablement s'y investir compte tenu de leur grande diversité. A ce titre, il semble difficilement justifiable d'étendre le régime des interceptions – comme le fait pourtant le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice – au stade de l'enquête lorsqu'elle porte la commission d'un crime ou d'un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement. Comment, dès lors, assurer l'effectivité du contrôle orchestré par le juge des libertés et de la détention si une telle extension contribue à augmenter d'autant son intervention qui demeure pourtant ponctuelle ? La méconnaissance des dossiers de l'enquête s'amplifierait, sans s'accompagner du contrepoids attendu à l'hégémonie du parquet. Il revient en effet au juge des libertés et de la détention d'apprécier également le bien-fondé des prolongations intervenant en matière de garde à vue, s'agissant des infractions comprises dans le champ de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[1010]. Les perquisitions doivent en outre être autorisées, puis contrôlées dans leur exécution, par le juge des libertés et de la détention lorsqu'elles sont mises en œuvre hors des heures légales, conformément aux dispositions de l'article 706-89 du Code de procédure pénale applicables à l'enquête préliminaire. Malgré l'absence d'urgence quant à la commission actuelle ou récente d'une infraction, les moyens d'investigation utilisés auront permis, selon une coercition progressivement autorisée, d'éclairer le ministère public sur les circonstances de son déroulement, s'agissant d'établir un pronostic sur l'imputation pénale des faits recherchés. La montée en puissance de l'enquête, consolidée avec la loi du 3 juin 2016[1011], favorise inévitablement la position centrale du parquet au sein de l'enquête et, par ricochet, la marginalisation continue du juge d'instruction. Elle ne s'accompagne, hélas, d'aucune garantie d'indépendance, qui aurait été logiquement attendue afin de pallier l'impossibilité pour le juge des libertés et de la détention de suivre l'affaire en continu. Dans sa décision du 21 mars 2019[1012], le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée

[1010] C. pr. pén., art. 706-88, al. 1er, 2 et 7
[1011] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[1012] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. La censure des dispositions relatives à l'élargissement de l'enquête était attendue. Le principe de proportionnalité était nécessairement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter une autorité judiciaire indépendante dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

2. La vérification urgente du fait infractionnel flagrant

228. Critère de la flagrance. – Il existe une similitude concernant les objectifs attachés aux enquêtes de police judiciaire, seule l'actualité d'une vraisemblance infractionnelle permettrait la différenciation des investigations préliminaires par rapport à celles menées dans le cadre de la flagrance. La mise en œuvre d'une investigation coercitive se justifie par l'apparition flagrante d'un trouble social dont il s'agira par conséquent d'en délimiter l'étendue. Afin d'y parvenir, le législateur laisse à disposition des enquêteurs un ensemble de moyens d'investigation distingués de ceux utilisables au cours de l'enquête préliminaire par la coercition qu'ils engendrent, conformément à l'objectif d'efficacité inhérent à l'urgence d'une situation infractionnelle vraisemblablement actuelle. La constatation évidente d'une infraction extériorisée à travers un indice apparent[1013] justifie la mise en œuvre – par l'enquêteur l'ayant régulièrement perçu[1014] – d'une enquête sous le régime de la flagrance[1015], alors destinée à vérifier l'étendue d'un trouble social vraisemblablement actuel, ou tout du moins récent[1016]. L'urgence d'une situation infractionnelle récente ne peut justifier, à elle seule, le déploiement des mesures coercitives prévues par le régime applicable à l'enquête de flagrance si les faits qui en sont l'objet n'atteignent pas un certain seuil de gravité, tels qu'ils devront être visés par une peine d'emprisonnement[1017]. Pourtant, la vraisemblance d'une situation infractionnelle

[1013] Crim. 5 oct. 2011, n° 11-81.125 ; Crim. 4 janv. 1982, Bull. crim., n° 2 ; 14 mai 1998, *Gaz. Pal*. 22 oct. 1998.2, doctr. 157 ; Crim. 14 avr. 2015, n° 14-83.462, *AJ pénal* 2015. 549, obs. ANDREI
[1014] Crim. 18 déc. 1989, Bull. crim., n° 485 ; 11 mai 1992, *Gaz. Pal*. 1993.1.244
[1015] C. pr. pén., art. 53 et s.
[1016] V. pour une limitation variable du délai de flagrance, généralement situé aux alentours de deux jours : crim. 8 avr. 1998, *Gaz. Pal*. 4-8 sept. 1998.2, doctr. 139
[1017] C. pr. pén., art. 68

extériorisée par la perception d'un indice implique nécessairement une approximation quant à la qualification pénale susceptible de s'appliquer. Ceci explique sans doute la position souple adoptée par les juges du quai de l'Horloge lors du contrôle exercé sur l'appréciation initiale des faits[1018]. Plus encore, la coercition engendrée par la mise en œuvre des dispositions régissant l'enquête de flagrance doit conserver une cohérence quant à son but, limitant par conséquent la durée des investigations à un délai maximal de huit jours[1019]. Afin d'éviter le caractère artificiel d'une enquête jalonnée de procès-verbaux rédigés à intervalle régulier, la Haute cour a déjà eu l'occasion de considérer les seuls actes d'investigation, et non ceux de procédures, dans l'appréciation d'une continuité exigée par la flagrance d'une infraction[1020]. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice prévoit d'augmenter cette durée à seize jours – sans toutefois permettre d'autre prolongation – dans les cas où l'enquête de flagrance porte sur un crime ou sur une infraction relevant de la criminalité et de la délinquance organisées. Dans le même sens, il demeure autorisé aux magistrats du parquet d'accorder une prolongation de l'enquête pour huit jours supplémentaires « *lorsque les investigations nécessaires à la manifestation de la vérité pour un crime ou délit puni d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement ne peuvent être différées* ». Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice précité propose d'ailleurs une diminution du *quantum* de la peine visée à trois années.

229. Quête d'efficacité. – Signe d'une montée en puissance du procureur de la République, véritable acteur principal des enquêtes, son arrivée sur les lieux de l'infraction flagrante dessaisit classiquement l'officier de police judiciaire tandis qu'il demeure dorénavant saisi malgré la présence simultanée du juge d'instruction. L'article 72 du Code de procédure pénale modifié a préféré, dans ce cas, autoriser l'ouverture immédiate d'une information judiciaire conformément à la quête d'une meilleure efficacité[1021]. Il incombe ainsi à l'officier de police judiciaire, aidé d'un agent de police judiciaire, d'exécuter les actes d'investigation adaptés sous l'autorité du ministère public, auquel il rend compte des avancées permises par la mise en œuvre de pouvoirs à la coercition particulièrement marquée. La réaction engendrée par la prégnance d'un trouble social amène l'enquêteur, après en avoir informé le parquet, à se transporter sur le lieu aux fins de réaliser une vérification initiale quant à l'étendue vraisemblable du fait

[1018] Crim. 9 janv. 1990, Bull. crim., n° 16
[1019] Crim. 11 févr. 1992, Bull. crim., n° 64 - Crim. 12 mai 2009, n° 09-81.434, *D*. 2009. Pan. 2238, obs. PRADEL ; *AJ pénal* 2009. 366, obs. GIRAULT
[1020] Crim. 20 déc. 1994, Dr. pén. 1995, chron. n° 17
[1021] C. pr. pén., art. 72, modifié par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale

infractionnel commis[1022]. Il s'ensuit logiquement un gel immédiat des lieux. En pratique, ce gel pourrait précéder l'information délivrée au parquet lorsque la flagrance n'apparaît pas encore caractérisée. Il s'agit alors d'analyser la scène du crime, de la protéger des agressions extérieures et d'en prélever les éléments matériels nécessaires pour circonscrire avec le plus d'efficacité le trouble à l'ordre public ainsi présumé. A cet effet, la fixation des lieux peut exiger l'intervention d'un personnel scientifique habilité à rechercher les indices laissés sur place lors du déroulement des faits infractionnels, tel qu'il sera requis par l'officier de police judiciaire sur le fondement des dispositions de l'article 60 du Code de procédure pénale. L'analyse des lieux permet à l'officier de police judiciaire de vérifier l'étendue d'un trouble social, extériorisé à travers les indices préalablement perçus, par le jeu d'un pronostic rétrospectif sur son déroulement. Tous les éléments matériels découverts sur les lieux seront alors placés sous scellés, conformément aux dispositions de l'article 54 du Code de procédure pénale, afin d'étayer la construction d'un scénario plausible expliquant le processus infractionnel. A cette fin, l'enquête de voisinage réalisée dans un temps proche de l'infraction vraisemblablement commise autorise l'enquêteur à rassembler les déclarations utiles à la manifestation de la vérité[1023]. La vérification afférente à l'étendue du trouble social vraisemblable peut en outre exiger l'emploi d'une coercition destinée à rechercher les personnes à l'encontre desquelles les indices rassemblés laissent présumer une participation plausible à la commission d'une infraction réprimée d'au moins trois ans d'emprisonnement[1024]. Le mandat de recherche mis en œuvre autorise l'inscription de la personne visée au sein du Fichier des personnes recherchées. Elle fera alors l'objet d'un placement en garde à vue à l'issue de son interpellation, peu important qu'elle résulte ou non des services initialement saisis de l'enquête. Plus encore qu'un mandat de recherche, les nécessités de l'enquête de flagrance peuvent amener l'officier de police judiciaire à ordonner, sous contrôle de l'autorité judiciaire compétente, le placement en garde à vue des personnes vraisemblablement en lien avec les faits infractionnels recherchés[1025]. La garde à vue peut en effet trouver une certaine utilité lorsque l'étendue du trouble social vraisemblable doit être circonscrite, sans risquer la disparition des participants présumés ou des indices encore existants.

[1022] C. pr. pén., art. 54
[1023] Crim. 26 févr. 2003, *D*. 2003, somm. 1727, note PRADEL
[1024] C. pr. pén., art. 70, issu de la loi du 9 mars 2004
[1025] C. pr. pén., art. 63

B. L'imputation infractionnelle vérifiée par l'information judiciaire

230. Progressivité de la réponse pénale. – La mise en état tente de délimiter le trouble social présumé en retraçant rétrospectivement le déroulement d'une infraction vraisemblablement commise. Elle consiste à en vérifier l'étendue. Pour ce faire, les moyens d'investigation octroyés aux enquêteurs connaissent une coercition proportionnée à l'ampleur présumée du trouble social. Cette progressivité est indispensable à l'équilibre d'une réponse pénale destinée à rechercher la vérité, sans toutefois mépriser les droits et libertés d'une personne dont l'innocence demeure présumée. La clarification des circonstances dans lesquelles se seraient vraisemblablement déroulés les faits infractionnels constatés peut alors exiger l'ouverture d'une information judiciaire. A travers la vérification rétrospective de son déroulement, le magistrat instructeur retrace les circonstances de l'infraction, tout en énumérant les acteurs susceptibles d'y avoir participé[1026].

1. La vérification confrontée aux aspirations de neutralité

231. Quête de neutralité dans l'instruction. – La remise en cause des fonctions du juge d'instruction a plusieurs fois été proposée par la doctrine, souhaitant précisément rationaliser la recherche des indices autour d'une enquête unique dirigée par le ministère public. La distinction entre une phase policière de l'enquête et une phase juridictionnelle de l'information était alors supprimée. L'exigence d'un contrôle réalisé par un magistrat indépendant sur l'équilibre procédural des mesures déclenchées n'était toutefois pas abandonnée. Malgré l'intérêt d'une telle simplification sur la mise en œuvre des investigations, le projet de supprimer le juge d'instruction n'a jamais prospéré. L'instauration du juge des libertés et de la détention a néanmoins permis d'inciter l'intervention d'un magistrat spécialisé dans l'appréciation du respect des libertés individuelles d'une personne dont l'innocence demeure présumée. Reste toutefois la limite tenant au regard parfois superficiel du Juge des libertés et de la détention sur les circonstances factuelles du dossier analysé. Bien que son intervention se combine à la pérennité du juge d'instruction, elle tend en quelque sorte à relativiser l'impartialité des fonctions juridictionnelles qu'il occupe en déconnectant le déclenchement de certaines décisions de sa propre appréciation. Même si l'indépendance du magistrat instructeur demeure, il va de soi qu'une construction de la vérité réalisée à travers le prisme d'une conscience unique

[1026] L'article 79 du Code de procédure pénale détermine l'exigence d'une information judiciaire selon les circonstances factuelles de l'espèce puisqu'elle revêt alors un caractère obligatoire lorsque les faits recherchés sont en liens avec la commission d'un crime tandis qu'elle est en principe facultative en matière délictuelle.

risquerait de persuader le détenteur des pouvoirs d'instruction du bien-fondé de sa décision. La neutralité bénéfique d'un regard extérieur porté à travers une autre subjectivité demeure, en la personne du juge des libertés et de la détention[1027]. La chambre de l'instruction dispose également d'un pouvoir de contrôle sur les actes réalisés par le juge d'instruction[1028], étant capable d'annuler ou d'infirmer les décisions prises, sans toutefois lui donner d'injonction quant à la conduite de son information sous peine d'excéder ses attributions[1029]. Par exception, l'effectivité d'une innocence présumée justifie le pouvoir d'injonction de la chambre de l'instruction, lorsque son président la saisit aux fins d'examen sur l'ensemble de la procédure concernant la personne mise en examen placée en détention provisoire[1030]. Il s'agit alors de seconder l'appréciation du juge d'instruction quant au bien-fondé d'une mesure de détention décidée à l'aune d'une vraisemblance infractionnelle, dans le but de neutraliser l'évaluation subjective d'un équilibre procédural exigé entre la coercition mise en œuvre et la vraisemblance du trouble social présumé. A travers l'intervention plus fréquemment organisée des parties privées au sein des investigations, la quête d'une plus grande neutralité rejoint celle d'une plus grande efficacité. Le maintien d'une réponse pénale équilibrée engendre une montée en puissance des moyens d'investigation, compensée par un élargissement proportionné des droits et libertés octroyés.

232. Motivation des actes de l'instruction. – L'effectivité d'une innocence présumée, au sein d'une procédure plus équilibrée, tend par conséquent à dépasser le clivage habituel d'une tradition inquisitoire teintée d'accusatoire. Dans cet esprit, il est intéressant d'évoquer les dispositions de l'article 175-1 du Code de procédure pénale, issues de la loi du 4 janvier 1993[1031] puis simplement actualisées depuis[1032], aux termes desquelles est admise la demande tendant à mettre fin à l'information, émanant des personnes mises en examen, des témoins assistés ou des parties civiles, dirigée vers le juge d'instruction. Bien qu'en pratique de telles dispositions puissent être aisément écartées si l'affaire n'est pas considérée en état d'être jugée, l'immixtion des parties au sein de l'information judiciaire assoit cette volonté d'efficacité dans la délimitation du trouble social présumé. L'obligation sous-jacente de célérité, inhérente aux

[1027] GOULESQUE et MICHAUD, « Le Janus de la magistrature. Chronique du parquet et de l'instruction », *RSC* 1974. 666
[1028] Crim. 22 déc. 1959, *D*. 1960. 1, concl. BESSON.
[1029] Crim. 25 juin 1996, n° 96-81.239, Bull. crim. n° 272 - Crim. 17 nov. 1998, n° 98-81.717, *D*. 1999. IR 39 ; *JCP* 1999. IV. 1716
[1030] C. pr. pén., art. 221-3
[1031] Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale
[1032] Par les lois n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 et n° 2014-535 du 27 mai 2014

modifications législatives apportées par la loi du 15 juin 2000[1033], impose au magistrat d'instruire le dossier dans un délai raisonnable au regard des faits infractionnels recherchés. Elle consiste pour le magistrat instructeur à rendre une ordonnance motivée, renouvelée tous les six mois, expliquant les raisons d'une instruction supérieure à un délai de deux ans à compter de son ouverture[1034]. Sous couvert de respecter ces dispositions, il revient toutefois au seul magistrat de déterminer lorsque la mise en état de l'affaire lui paraît terminée[1035]. Elle résulte d'une vérification quant à l'étendue du trouble social apparaissant caractérisé au vu des indices assemblés en charges constitutives d'infraction[1036]. L'ordonnance de règlement prise à l'issue des formalités prévues par l'article 175 du Code de procédure pénale, teintées d'un contradictoire renforcé depuis la réforme de 2007[1037], mentionnera par conséquent la qualification des faits vraisemblablement commis par les personnes mises en examen y étant dénommées. A travers ces mentions substantielles, il s'agit pour le juge d'instruction de motiver sa décision au regard des réquisitions du ministère public et des observations que les parties lui auraient adressées, dans le but de confirmer ou d'infirmer la vraisemblance d'un trouble social commis[1038]. Il peut d'abord résulter de cette motivation une ordonnance de non-lieu, si l'appréciation du juge n'a pas permis de confirmer l'apparence vraisemblable du fait infractionnel prétendument commis[1039]. Une ordonnance de renvoi devra, *a contrario*, intervenir lors d'une caractérisation par le juge d'instruction de charges constitutives d'infraction à l'encontre des personnes mises en examen. Ces charges constituent en pratique une confirmation de l'apparence infractionnelle tirée de l'interprétation des indices préalablement révélés. La juridiction saisie dépend alors de l'apparente gravité des faits[1040], dont la commission demeure toutefois discutée[1041].

[1033] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes
[1034] C. pr. pén., art. 175-2
[1035] C. pr. pén., art. 175
[1036] C. pr. pén., art. 176
[1037] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.
[1038] C. pr. pén., art. 184
[1039] C. pr. pén., art. 177
[1040] La loi du 13 décembre 2011 confère notamment au magistrat instructeur la faculté de prendre une ordonnance de renvoi aux fins de comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité, conformément aux dispositions de l'article 180-1 du Code de procédure pénale, lorsque la qualification pénale telle qu'elle a été initialement appréciée n'est pas discutée par la personne visée.
[1041] Lorsque les faits semblent constituer une contravention, l'ordonnance de règlement prise en vertu de l'article 178 du Code de procédure pénale renverra l'affaire devenant le tribunal de police. La caractérisation d'un délit vraisemblablement commis oblige le magistrat à renvoyer l'affaire devant le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 179 du Code de procédure pénale, voire devant le tribunal pour enfant conformément aux dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, tandis qu'une ordonnance de mise en accusation se justifie, aux termes de l'article 181 du Code de procédure pénale, par la nature criminelle des faits tels qu'ils sont préalablement qualifiés par le juge d'instruction.

2. La vérification subordonnée aux faits exclusivement visés

233. Saisine factuellement délimitée. – C'est à travers le réquisitoire introductif du procureur de la République qu'une information judiciaire sera déclenchée aux fins de vérifier l'étendue du trouble social[1042]. Seront retranscrits les faits apparaissant en lien avec une atteinte perpétrée envers la loi pénale, supposant leur qualification initiale, dont il reviendra au juge d'en apprécier le bien-fondé. Puisqu'elle se situe à la source de la saisine du magistrat instructeur, la base factuelle doit être suffisamment étayée pour démontrer sans équivoque la vraisemblance d'une infraction, déjà commise ou en cours de commission. Il ne peut en effet être demandé au juge saisi d'instruire sur des pièces insusceptibles de renvoyer l'apparence d'un fait infractionnel, s'agissant pour lui de déterminer l'étendue d'un trouble social vraisemblable et non d'en vérifier l'existence éventuelle. Dès lors qu'une apparence infractionnelle est caractérisée, la validité du réquisitoire introductif est confirmée. Lorsque les faits relatés ne sont pas précisément qualifiés, il revient au juge d'instruction d'informer le procureur de la République afin qu'il délivre un réquisitoire supplétif correspondant à l'étendue progressivement vérifiée du trouble social présumé[1043]. Qu'ils aient été expressément indiqués ou qu'ils soient contenus dans les pièces jointes au réquisitoire introductif, l'obligation d'informer du juge d'instruction vise l'ensemble des faits lui ayant été dévolus par le ministère public[1044]. Les nouvelles infractions susceptibles d'être caractérisées peuvent ainsi être instruites si elles entrent dans le champ du trouble social à délimiter[1045]. La mise en œuvre d'actes d'investigation coercitifs destinés à en vérifier la vraisemblance[1046] se trouve ainsi justifiée, antérieurement à toute communication au procureur de la République[1047].

234. Délégations factuellement encadrées. – La découverte de nouvelles infractions peut provenir des investigations menées par l'officier de police judiciaire, agissant sur commission rogatoire. Ce dernier doit en référer au juge mandant si les infractions découvertes s'inscrivent dans la continuité de sa saisine[1048], tandis que les instructions du ministère public doivent

[1042] C. pr. pén., art. 80
[1043] Crim. 22 févr. 1995, *JCP* 1995. IV. 1356 - Crim. 14 juin 2000, *JCP* 2001. IV. 782
[1044] Crim. 11 juill. 1972, n° 72-90.719, Bull. crim. n° 235
[1045] Crim. 25 juin 1984, Bull. crim. n° 240 - Crim. 4 mai 1994, *Gaz. Pal*. 1994. 2. Somm. 552 - Crim. 12 févr. 1985, Bull. crim. n° 69; *JCP* 1986. II. 20587, note JEANDIDIER
[1046] Crim. 30 mai 1996, n° 95-85.954, Bull. crim. n° 226; *D*. 1996. IR 167 - Crim. 30 juin 1999, n° 99-81.426, Bull. crim. n° 176
[1047] C. pr. pén., art. 80, al. 3
[1048] Crim. 9 févr. 1993, n° 92-85.415, Bull. crim. n° 66. - Crim. 17 mai 1994, n° 93-82.252, Bull. crim. n° 186

immédiatement être sollicitées lorsqu'elles y sont étrangères[1049]. Au sens des dispositions de l'article 151 du Code de procédure pénale, le juge d'instruction est d'ailleurs autorisé à commettre rogatoirement un officier de police judiciaire pour les seuls actes inscrits dans la continuité des faits objet de sa saisine, sous réserve toutefois des pouvoirs lui étant exclusivement octroyés[1050]. A la lecture du réquisitoire introductif, la qualification juridique initialement mentionnée[1051] précise le trouble social sur lequel porte l'information[1052]. Le juge d'instruction vérifiera l'étendue vraisemblable, sans jamais instruire sur l'ensemble des faits dérivant des pièces jointes comme il le ferait en cas de plainte avec constitution de partie civile[1053].

235. Place des parties civiles. – La saisine du magistrat instructeur peut également résulter d'une constitution de partie civile, lorsque la plainte de la victime est déclarée recevable[1054]. La volonté d'inscrire explicitement la constitution de partie civile au rang des palliatifs à l'inertie du ministère public[1055], telle qu'elle se déduit des modifications apportées par la loi du 5 mars 2007[1056], oblige dorénavant le dépôt préalable d'une plainte, sauf en matière criminelle et dans les domaines infractionnels mentionnés par l'article 85 du Code de procédure pénale[1057]. Cette plainte doit ultérieurement avoir fait l'objet d'un classement sans suite ou être restée sans réponse du procureur de la République, dans un délai de trois mois à partir du moment de sa

[1049] V. pour une application des dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale : Cass., ass. plén., 22 nov. 2002, n° 92-82.460, Bull. ass. plén. n° 2. - Crim. 26 mars 2003, n° 03-80.084, Bull. crim. n° 80 ; *JCP* 2003. IV. 2121 ; *Procédures* 2003. Comm. 180, note BUISSON ; D. 2003. IR 1605 - Crim. 30 oct. 2012, n° 11-87.244, *D*. 2012. 2805,

[1050] S'agissant des interrogatoires réalisés au cours de l'information, et plus précisément encore l'interrogatoire de première comparution, préalable à la décision de mise en examen d'une personne contre laquelle les indices graves et concordants – tels qu'ils résultent de l'appréciation exclusive du juge d'instruction – rendent vraisemblable sa participation à la commission d'une infraction.

[1051] Sauf en matière d'infractions à la loi de la presse, le juge d'instruction n'est pas tenu de suivre la qualification initialement donnée aux faits dont il est saisi, puisqu'il s'agit précisément au cours de l'information d'affiner l'étendue du trouble social vraisemblablement commis, dont il peut ainsi résulter une requalification juridique des infractions visées dans le réquisitoire du procureur de la République. V. en ce sens : Crim. 13 mars 1984, Bull. crim. n° 107. - Crim. 11 févr. 1992, n° 91-86.066, Bull. crim. n° 63 - Crim. 22 juin 1982, Bull. crim. n° 169. - Crim. 16 févr. 1988, Bull. crim. n° 78. - Crim. 9 avr. 1991, n° 90-84.124, Bull. crim. n° 170 - GUERY, « Du cap à la péninsule, Les pouvoirs de requalification du juge pénal », *Dr. pénal* 2012. Étude 7-8

[1052] La requalification réalisée par le magistrat instructeur peut toutefois contribuer à modifier le champ des faits instruits, notamment lorsque l'abandon d'une circonstance aggravante qu'il considère non vraisemblable impose de communiquer préalablement au procureur de la République une ordonnance de non-informer sur l'infraction initialement visée. V. en ce sens : Crim. 18 janv. 1983, Bull. crim. n° 22 - GUERY, « Aux confins du droit et de la procédure pénale. La relative liberté de qualification du juge d'instruction », *D*. 1996. Chron. 335

[1053] Crim. 10 mai 2001, *Dr. pénal* 2002. Chron. 7

[1054] Crim. 8 déc. 1906, Bull. crim. n° 443 ; *DP* 1907. 1. 207

[1055] V. GUÉRY, « Le juge d'instruction et le voleur de pommes. Pour une réforme de la constitution de partie civile », *D*. 2003. Chron. 1575

[1056] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale

[1057] La constitution de partie civile est notamment irrecevable lorsque les faits infractionnels appartiennent à la catégorie des contraventions, lorsqu'ils sont en lien avec des crimes ou délits commis contre les intérêts fondamentaux de la nation, d'association de malfaiteurs ou si le délit commis à l'étranger vise un particulier.

transmission. A l'issue des formalités de consignation susceptibles d'être imposées en conformité avec les dispositions de l'article 88 du Code de procédure pénale, le magistrat instructeur communique la plainte au procureur de la République afin qu'il déclenche l'action publique par son réquisitoire[1058]. C'est bien sur la base du réquisitoire que l'instruction serait poursuivie s'il advenait une irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile. L'irrecevabilité pourrait notamment être prononcée quand l'apparence d'un lien de causalité entre le fait infractionnel dénoncé et le préjudice allégué ne semble pas suffisamment vraisemblable[1059]. Lorsque des imprécisions demeurent concernant les faits dénoncés dans la plainte, le procureur de la République peut entendre la victime avant de prendre ses réquisitions. Il revient en effet au ministère public de vérifier l'existence du fait infractionnel dénoncé, au vu des investigations qu'il peut préalablement réaliser, avant de saisir le juge d'instruction d'un réquisitoire de non-lieu ou de non-informer. Bien que le magistrat instructeur puisse passer outre[1060], l'ordonnance de refus d'informer doit être suffisamment motivée et il ne saurait s'agir d'examiner abstraitement les qualifications initialement retenues dans la plainte sans procéder à une information préalable[1061]. En l'absence de telles réquisitions, l'information portera sur l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte[1062], qu'ils aient été juridiquement qualifiés ou non[1063].

Section 2 – La mémorisation préventive des participants présumés au trouble

236. Prévention du crime. – De tout temps, l'appréciation des stigmates d'une dangerosité présumée a animé l'esprit de certains auteurs décidés à agir de manière préventive contre l'affirmation d'une culpabilité. La volonté de prémunir la société contre le passage à l'acte d'agents potentiellement empreints d'une criminalité intrinsèque a ainsi donné naissance à diverses théories teintées de déterminisme[1064]. Le déploiement du courant défendu par l'Ecole

[1058] C. pr. pén., art. 86
[1059] Crim. 3 mars 2015, n° 13-88.514, *AJ pénal* 2015. 432, obs. CAPDEVILLE
[1060] C. pr. pén., art. 86, al. 4. - Crim. 20 juin 1988, Bull. crim. n° 278
[1061] Crim. 4 avr. 2012, n° 11-81.124, *D*. 2012. 1010 ; *D*. 2012. 2118, obs. PRADEL ; *Rev. sociétés* 2012. 445, note MATSOPOULOU ; *RSC* 2012. 553, note MATSOPOULOU
[1062] Crim. 8 déc. 1906, Bull. crim. n° 443. - Crim. 29 janv. 1985, Bull. crim. n° 45 - Crim. 8 déc. 1992, n° 92-83.854, Bull. crim. n° 409 - Crim. 19 mars 2013, n° 12-81.676, *Dalloz actualité* 9 avr. 2013, obs. LENA
[1063] Crim. 23 janv. 1990, n° 89-83.236, Bull. crim. n° 43
[1064] LOMBROSO, « L'homme criminel », 2e éd., 1895, *Alcan ;* FERRI, « La sociologie criminelle », 1905, *Alcan ;* GAROFALO, « La criminologie », 1905, *Alcan*

positiviste italienne[1065] trouve sa raison d'être dans l'attrait, encore d'actualité[1066], entre la science et le crime où la première serait à même d'expliquer le second – voire de l'empêcher – grâce à une démarche préventive distinguant les facteurs intrinsèques au corps humain susceptibles d'entraîner un passage à l'acte criminel. Sans parvenir à convaincre de leur bien-fondé[1067], ces théories conçues en vue d'expliquer scientifiquement des manifestations criminelles ont pourtant engendré un phénomène plus général, tenant à la rationalisation des méthodes d'investigation[1068], notamment par le biais d'une généralisation des registres d'individus définitivement condamnés. L'inscription au sein des fiches du casier judiciaire des condamnations personnellement prononcées réglait alors la question d'un marqueur social des troubles avérés envers l'ordre public. Le dépistage du risque social potentiellement présenté par l'individu ne consiste plus dans l'appréciation d'une apparence physique, mais dans la constatation d'une condamnation pénale. La population marginalisée fera par la suite l'objet d'une surveillance plus silencieuse, organisée de manière centralisée par l'intermédiaire d'un véritable fichage des identités associées à des descriptions physiques[1069]. Les registres centralisés connaissent un important développement à travers l'histoire, étant à cette époque perçus comme le moyen idéal de garder une trace des criminels, hérétiques et récidivistes[1070]. Sous couvert de préserver une certaine tranquillité publique[1071], la volonté de distinguer les personnes susceptibles de présenter un risque social a toujours existé[1072]. Il s'agit d'adopter un code d'identification physique universel où les stigmates corporels visibles constituent la mémoire des crimes commis. L'identification des personnes s'inscrit à travers l'histoire comme un axe de recherche destiné à prévenir la réalisation d'un trouble social par la détermination des

[1065] V. DEGNEFE, « L'école positiviste italienne et le mouvement de défense sociale », *in* « Histoire des savoirs sur le crime », t. II, *Larcier,* p. 233.
[1066] La quête de sûreté publique, à travers celle d'une meilleure efficacité au sein des investigations, tend à mobiliser les connaissances dans de multiples domaines scientifiques afin d'éclairer les enquêteurs, et plus généralement les autorités publiques, sur l'identification des participants présumés à la commission d'une infraction et les liens qu'ils seraient susceptibles d'entretenir entre eux.
[1067] V. RENNEVILLE, « La réception de Lombroso en France (1880-1900) », *in* « Histoire de la criminologie française », Paris, *L'Harmattan*, 1994, p. 107-135
[1068] V. ROBERT, « Les statistiques criminelles et la recherche, réflexions conceptuelles », *Dév. et soc*., 1, 1977, 3-27.
[1069] DENIS, « Comment le savoir vient aux policiers : l'exemple des techniques d'identification en France, des Lumières à la Restauration », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2008, n° 2, p. 9
[1070] DENIS et MILLIOT, « Police et identification dans la France des Lumières », *Genèses*, 2004, vol. 1, n° 54, p. 4
[1071] PICARD, « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *RSC* 1993. 275
[1072] MOATTI et KAISER [dir.], « Gens de passage en Méditerranée de l'Antiquité à l'époque moderne. Procédures de contrôle et d'identification », 2007, *Maisonneuve & Larose*. - PIAZZA, « Violence symbolique et dispositifs étatiques d'identification », *in* CRETTIEZ et MUCCHIELLI, « Les violences politiques en Europe », 2010, *La Découverte*, p. 229

auteurs plausibles à travers leurs caractéristiques physiques intrinsèques[1073]. Tandis que les fichiers du casier judiciaire enregistrent les personnes définitivement condamnées, d'autres bases de données comportent le nom d'individus simplement suspectés d'avoir commis un trouble à l'ordre public. La vraisemblance d'une participation infractionnelle déclenche ainsi l'inclusion au sein d'une base de données des personnes contre lesquelles elle est caractérisée.

237. Fichage proactif des suspects. – Les soupçons de participation à la commission des faits infractionnels recherchés au cours des investigations laisseraient planer un doute de dangerosité envers les intérêts supérieurs de la société. Une tendance sécuritaire a ainsi conduit le législateur à autoriser leur mémorisation préventive au sein d'une base de données. La vraisemblance infractionnelle caractérisée à l'encontre d'une personne justifie son intégration préventive au sein d'une base de données. La démarche préventive, initiée avec les stigmates du criminel né, perdure sous couvert d'une aspiration plus rationnelle. La prévention dans la réalisation d'une infraction ne consiste plus à écarter des personnes stigmatisées, mais à apprécier la vraisemblance infractionnelle afin de mémoriser, au sein d'une base de données, celles à l'encontre desquelles elle serait caractérisée. Bien que sa mise en œuvre demeure antérieure à la réalisation d'un trouble social, le déclenchement procédural dorénavant destiné à mémoriser une identité au sein d'un fichier de données se fonde désormais sur l'appréciation d'une vraisemblance infractionnelle. Le prisme retenu s'oppose inévitablement à la théorie déterministe, telle que celle du criminel né où les signes physiques étaient appréciés afin d'écarter une personne de la société. L'émergence de découvertes biométriques destinées à discriminer la présence d'un individu sur les lieux du crime a relancé l'initiative d'un fichage d'individus non encore condamnés, afin d'élargir le spectre des recherches de correspondances quant aux empreintes génétiques, digitales et palmaires.

238. Délimitation proactive du trouble social. – L'interrogation des bases de données, notamment alimentées avec l'identité des personnes suspectées, octroie la capacité aux enquêteurs de délimiter avec plus d'aisance le trouble social dont la commission est présumée. Le but ambitionné par la mémorisation préventive des auteurs présumés du trouble social consiste à faciliter les investigations futures. Il ne s'agit alors plus, comme par le passé, de vouloir écarter la personne stigmatisée de la société afin d'empêcher l'éventuelle réalisation du trouble social, mais bien de mémoriser l'identité de la personne gravement suspectée dans le

[1073] ABOUT et DENIS, « Histoire de l'identification des personnes », 2010, *La Découverte*, p. 4 - DENIS, « Inventeurs en uniforme : Gendarmes et policiers face à l'amélioration des feuilles de signalement sous la Restauration », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 2005, n° 56, p. 271

but de faciliter la délimitation d'un éventuel trouble futur. L'avènement des informations biométriques contribue finalement à gagner en efficacité dans l'identification des auteurs présumés du trouble social apparent[1074]. L'informatisation du fichage aux fins d'identification explique sans doute l'ampleur actuelle des fichiers de police, dont le contrôle se complexifie en raison de la discrétion qui entoure parfois leur création[1075]. L'encadrement juridique des traitements de données à caractère personnel s'est ainsi réalisé à travers les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[1076]. Les dispositions de cette loi « informatique et liberté » s'attachent à régir l'ensemble des traitements de données à caractère personnel, qu'il s'agisse d'une base de données informatisée ou d'un fichier de police conservé sous format papier[1077]. Cette largesse dans la conception du support utilisé pour mémoriser les données à caractère personnel se trouve d'ailleurs confirmée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, la CNIL, instaurée à cette occasion pour contrôler l'application effective des dispositions régissant les traitements de données[1078]. L'impact de l'informatisation se retrouve d'ailleurs lors de la réforme intervenue en 2004, où apparaît la notion de données à caractère personnel[1079]. Les fichiers de données utilisables dans le cadre d'une enquête de police judiciaire peuvent ainsi mémoriser l'identité des personnes suspectées, mais encore leurs empreintes, digitales, palmaires ou génétiques afin de faciliter l'identification des participants à la commission du trouble social présumé[1080]. L'instauration des bases de données contribue à déterminer l'imputation infractionnelle à partir des données factuelles (§1) ou biométriques (§2) qui y seront mémorisées.

[1074] ABOUT, « Les fondements d'un système national d'identification policière en France, Anthropométrie, signalements et fichiers », *Genèses*, 2004, n° 54, p. 28 - KALUSZYNSKI, « Alphonse Bertillon et l'anthropométrie », *in* « Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIXe siècle », 1987, éd. *Creaphis*, p. 269

[1075] MAISL et GALLOUADEC-GENUYS, « Le secret des fichiers », 1976, *Cujas*

[1076] Elle-même modifiée par la suite avec la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel

[1077] MATTATIA, « Traitement des données personnelles. Le guide juridique », 2013, *Eyrolles*, p. 32

[1078] CNIL, « Dix ans d'informatique et libertés », 1988, *Economica*, p. 36. - FRAYSSINNET, « Informatique, fichiers et libertés », 1992, *Litec*, p. 38 - BLOUD-REY, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? Analyse et perspectives », *D*. 2013. 2795 - V. cependant sur la remise en cause du caractère effectif du contrôle : BOTTINI, « A quand une question prioritaire de constitutionnalité sur le cadre législatif des fichiers de police ? », *JCP Adm*. 2011, n° 2176 - PERREY, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction de la CNIL ? », *RLDI* 2008, n° 1, p. 82

[1079] EYNARD, « Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace ? », 2013, *Michalon*, p. 11 - TÜRK, Rapport n° 218 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, déposé le 19 mars 2003, p. 47

[1080] BATHO et BÉNISTI, Rapport d'information n° 4113 sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Assemblée nationale*, 2011

§ 1 – L'imputation du trouble déduite des données factuelles mémorisées

239. Nature du fichage. – S'il est parfois fait état d'une distinction entre les fichiers de données utilisés aux fins de police administrative et ceux spécifiquement destinés aux enquêtes de police judiciaire, la pratique tend à amoindrir une frontière aussi difficile à appréhender qu'en matière de distinction entre les attributions de police administrative et de police judiciaire. Bien que le fichier de police soit initialement institué dans le but de surveiller les agissements de personnes susceptibles de troubler l'ordre public, les données mémorisées seront tout à fait utiles aux enquêteurs, souhaitant par la suite vérifier leur pronostic quant à la responsabilité pénale imputable des faits infractionnels qu'ils recherchent au cours des investigations de police judiciaire.

240. Objet du fichage. – Ayant surtout pour objet de mémoriser les agissements potentiellement attentatoires à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique, les fiches rédigées par les services généraux seront notamment à même de constituer une base informationnelle à destination des enquêtes de police judiciaire diligentées sur des faits en lien avec une activité dans le domaine du terrorisme ou de la criminalité organisée[1081]. Des fichiers classés secret-défense spécialisés dans la surveillance des personnes endoctrinées existent également, mais leur instauration échappe aux obligations de publication[1082]. Il peut alors non pas s'agir d'identifier une personne ou de vérifier ses antécédents judiciaires, mais plutôt d'analyser les liens infractionnels existants entre plusieurs protagonistes. Les fichiers de données utilisables dans le cadre d'une enquête de police judiciaire peuvent ainsi mémoriser l'identité des personnes suspectées, mais également leurs empreintes, digitales, palmaires ou encore génétiques afin de faciliter l'identification des participants à la commission du trouble social présumé[1083]. Souvent au cœur de nombreuses polémiques provoquées par la sensibilité des données personnelles mémorisées[1084], les fichiers utilisés aux fins de police administrative

[1081] KOUBI, « Les données à caractère personnel, outil des services de renseignement », *JCP Adm*. 2009. 2264
[1082] URVOAS et VERCHERE, « Rapport d'information n° 1022 déposé en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement », *Assemblée nationale*, 2013
[1083] BATHO et BÉNISTI, Rapport d'information n° 4113 sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Assemblée nationale*, 2011
[1084] V. par exemple l'embrasement médiatique autour du fichier EDVIGE, acronyme pour « Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale », créé par le décret n° 2008-632 du 27 juin 2008 en vue « d'informer le Gouvernement et les représentants de l'État dans les départements et collectivités, de centraliser et d'analyser les informations relatives aux personnes physiques ou morales ayant sollicité, exercé ou exerçant un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle institutionnel, économique, social ou religieux significatif, sous condition que ces informations soient nécessaires au Gouvernement ou à ses représentants pour l'exercice de leurs responsabilités », il devait « permettre aux services de police d'exécuter les enquêtes

intéressent nécessairement les enquêteurs chargés d'une mission de police judiciaire, précisément dans l'optique d'une meilleure connaissance des liens tissés entre malfaiteurs installés au cœur d'une activité infractionnelle occulte[1085]. Cet enchevêtrement de données fait naître une crainte quant au fichage généralisé des populations, où le fantasme d'une conservation recouvrant les informations les plus intimes concernant un individu ne semble pas toujours infondé au vu des scandales historiques passés[1086], voire de l'obscurité qui habite généralement les fichiers dont l'accès aux données inscrites revêt une particulière difficulté[1087]. Les questions relatives au sort des données mémorisées concernent prioritairement les fichiers d'antécédents judiciaires (A) et ceux d'analyse sérielle (B).

A. Les fichiers d'antécédents judiciaires

241. Mémorisation des indices. – En vue d'assister la détermination d'une responsabilité pénale, le législateur a réglementé les fichiers d'antécédents judiciaires[1088], au sein desquels seront mémorisées des informations nominatives[1089] révélées au cours des investigations, s'agissant ainsi de conserver une trace des participants présumés à la commission d'une infraction alors même qu'ils n'auraient pas été condamnés. Autrefois différenciés en fonction de leur appartenance au corps de la police ou de la gendarmerie nationale, les fichiers d'antécédents judiciaires STIC[1090] et JUDEX[1091] respectifs ont été fusionnés afin de gagner en efficacité dans l'identification des participants présumés au trouble social vraisemblablement commis. Il en résulte la création du TAJ[1092], dont la mise en œuvre a entraîné quelques

administratives qui leur sont confiées en vertu des lois et règlements, pour déterminer si le comportement des personnes physiques ou morales intéressées est compatible avec l'exercice des fonctions ou des missions envisagées ». Il a par la suite été abrogé par le décret n° 2008-1199 du 19 novembre 2008 - Pour une étude plus détaillée, V. PIAZZA, « Edvige et les résistances au fichage policier », 2009, *Hermès*, n° 53, p. 75

[1085] CNIL, Délib. n° 2009-355 du 11 juin 2009

[1086] DOESSANT, « Le Général André, de l'affaire Dreyfus à l'affaire des fiches », 2009, *Éditions Glyphe* - REMOND, « Le Fichier juif, Rapport au Premier ministre », 1996, *Plon*

[1087] LINHARDT, « La question informationnelle, éléments pour une sociologie politique des fichiers de police et de population en Allemagne et en France », *Déviance et Société*, 2005, vol. 29, n° 3, p. 262 – V. sur les propositions émises par le « groupe de travail relatif aux bases de données de la police et de la gendarmerie » placé auprès du ministre de l'Intérieur par l'arrêté du 20 oct. 2009 : BAUER, SOULLEZ et VENTRE, « Mieux contrôler les fichiers de police pour protéger les libertés, Rapport du Groupe de contrôle des fichiers de police », 2008, *La Documentation française*

[1088] C. pr. pén., art. 230-6

[1089] C. pr. pén., art. 230-7

[1090] Système de traitement des infractions constatées, fichier d'antécédents judiciaires de la police nationale autorisé par le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001, modifié par le décret n° 2006-1258 du 14 oct. 2006

[1091] Système judiciaire de Documentation et d'exploitation, fichier d'antécédents judiciaires de la gendarmerie nationale, officiellement autorisé par le décret n° 2006-1411 du 20 novembre 2006

[1092] Traitement des antécédents judiciaires, fichier d'antécédents judiciaires unifié issu du décret n° 2012-652 du 4 mai 2012

balbutiements dans la transition progressive avec les fichiers d'antécédents antérieurs[1093]. Si les finalités du nouveau fichier demeurent[1094], les données qu'il est amené à mémoriser se voient étendues à des éléments aussi sensibles que le seraient les signes physiques particuliers d'une personne[1095], renvoyant aux réminiscences du passé lorsque les registres centralisés faisaient état des stigmates recensés chez les populations errantes ou marginalisées. Les facultés statistiques octroyées par l'informatisation des bases de données impliquent, en outre, de limiter le champ des traitements spécifiques susceptibles d'être appliqués aux informations mémorisées, notamment vis-à-vis des critères ethniques de filtrage[1096]. L'avancée technique dans le traitement des informations biométriques impose en effet d'encadrer, avec plus d'attention, l'exploitation des filtres à travers lesquels apparaissent les données mémorisées, dont on ne peut méconnaître les risques potentiels de dérive[1097]. L'interconnexion des bases de données questionne également l'équilibre souhaitable entre l'efficacité dans la détermination des participants plausibles au trouble social commis et la préservation des libertés individuelles, justifiant une restriction du champ des données mémorisées[1098]. Le déclenchement de l'enregistrement se fonde sur la vraisemblance d'une participation infractionnelle caractérisée à l'aune des indices graves et concordants préalablement révélés[1099]. Afin de rationaliser la mise en œuvre du processus de mémorisation au sein du TAJ, la transmission des données concernant les personnes mises en cause au cours des investigations ne s'effectue qu'à la clôture de la procédure d'enquête, lorsque le contenu informationnel grave et concordant des indices a davantage été pondéré dans son appréciation[1100]. Les conséquences d'une telle appréciation sont d'autant plus importantes que le délai de conservation des données est fixé à vingt années pour le droit commun[1101], modulable selon la vraisemblable gravité des faits à une durée de cinq années jusqu'à une durée de quarante années, sans que les contours des infractions visées soient précisément définis[1102]. Sans doute motivé par une certaine frilosité à laisser les personnes enregistrées s'immiscer dans la gestion du fichier, le législateur octroie un accès indirect par la Commission nationale informatique et libertés à la consultation des données[1103],

[1093] Décr. n° 2013-1268 du 27 déc. 2013 - CNIL, délib. n° 2013-273 du 26 sept. 2013
[1094] C. pr. pén., art. R. 40-23
[1095] C. pr. pén., art. R. 40-24, al. 2
[1096] Cons. Const. 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC
[1097] CNIL, délib. n° 2011-204 du 7 juill. 2011, JO 6 mai 2012
[1098] V. GAUTRON, « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ pénal* 2010.266
[1099] C. pr. pén., art. R. 40-25
[1100] CNIL, délib. n° 2011-204 du 7 juill. 2011
[1101] C. pr. pén., art. R. 40-27
[1102] CE 11 avr. 2014, req. n° 360759
[1103] C. pr. pén., art. R. 40-33 – CNIL, délib. n° 2011-204 du 7 juill. 2011 et délib. n° 2011-319 du 6 oct. 2011

dont les modifications s'exercent à travers une requête directement adressée au procureur de la République territorialement compétent[1104] ou au magistrat référent institué pour l'assister[1105].

242. Aiguillage des investigations. – Avec la volonté de préserver les ressources matérielles et humaines inhérentes à la mise en œuvre du fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, le législateur impose d'y inscrire l'identité des seules personnes condamnées pour la commission des infractions à caractère sexuel mentionnées à l'article 706-47 du Code de procédure pénale[1106]. Bien que l'instauration de ce fichier autorise les enquêteurs à identifier avec plus d'aisance les auteurs de ces infractions spécifiquement graves, la dimension préventive n'en demeure pas moins absente lorsque l'identité des personnes paraissant avoir vraisemblablement participé à leur commission ne saurait y être intégrée. En ce sens, le FIJAISV s'apparente davantage au casier judiciaire dont la gestion dépend d'ailleurs du même service, placé sous la responsabilité du ministre de la Justice. Les difficultés d'accès et l'opacité qui entoure les données qui y sont mémorisées tendent à relativiser la fiabilité du fichier de traitement des antécédents judiciaires. Le taux d'erreur constaté par la CNIL résulterait également de l'unification, non épurée, des informations issues du STIC et du JUDEX précédemment utilisés respectivement par la police et la gendarmerie nationale[1107]. De telles considérations sont d'autant plus préoccupantes qu'il est d'usage, dans le milieu policier, d'aiguiller les investigations initiales selon les informations contenues au sein du TAJ[1108], sans s'interroger davantage quant à leur fiabilité ni même les vérifier au préalable, et ce, malgré les mises en garde du ministre de la Justice[1109]. Destinés à faciliter le travail d'investigation par un éclairage donné sur la vraisemblable participation des personnes visées à la commission des faits infractionnels recherchés, les fichiers d'antécédents judiciaires ne devraient jamais voir leur contenu fonder de manière exclusive le déclenchement d'une réponse pénale précisément en raison du défaut de fiabilité dont il souffre, lequel justifie le refus de voir figurer l'orientation de l'affaire parmi les finalités lui étant reconnues[1110].

[1104] C. pr. pén., art. R. 40-31
[1105] C. pr. pén., art. 230-9
[1106] C. pr. pén., art. 706-53-1 et art. 706-53-2
[1107] CNIL, décision. n° 2015-005 du 2 févr. 2015 - V. aussi LENA, « Les attentes liées à l'entrée en vigueur du Traitement des antécédents judiciaires », *AJ pénal* 2013. 635
[1108] V. FERY, « Le bureau d'ordre pénal national : des visées aux usages », *AJ pénal* 2014. 158
[1109] Circulaire du ministre de la Justice du 18 août 2014 relative aux fichiers d'antécédents judiciaires, NOR : JUSD1419980C, BOMJ du 29 août 2014
[1110] C. pr. pén., art. 230-8

B. Les fichiers d'analyse sérielle

243. Analyse sérielle des indices. – La mémorisation de l'identité des participants présumés à la commission d'un fait infractionnel est inhérente au fonctionnement des fichiers d'analyse sérielle[1111]. Ces bases de données informent les enquêteurs des liens susceptibles d'exister entre des individus, des événements ou encore des infractions afin de les assister dans la recherche d'une identité possiblement à l'origine de l'infraction non élucidée qu'ils recherchent[1112]. Il résulte du décret n° 2013-1054 du 22 novembre 2013[1113], applicable aux bases d'analyse sérielle, une distinction dans la durée de conservation des informations relevées à l'encontre des personnes fichées[1114], selon qu'elles aient été soupçonnées de la commission d'un délit ou d'un crime[1115]. Une procédure d'effacement est aménagée, mais demeure toutefois soumise à la décision du magistrat souhaitant maintenir l'inscription selon des motifs conformes à la finalité du traitement[1116]. L'alimentation du fichier est fondée sur l'apparence vraisemblable d'une participation à la commission d'une infraction caractérisée, selon l'article 230-7 du Code de procédure pénale, par l'appréciation du contenu informationnel grave et concordant des indices obtenus à l'encontre des personnes visées par le fichage.

244. Fiabilité des indices mémorisés. – L'efficacité du fichier dans l'aide qu'il apporte à l'identification des participants présumés à la commission d'une infraction dépend nécessairement de la fiabilité des données y étant mémorisées. C'est ainsi au procureur de la République que revient le contrôle du fichier[1117]. Il assure par conséquent l'effacement, ou la rectification, des données enregistrées en cas de requalification pénale des faits infractionnels recherchés, d'acquittement ou encore de relaxe définitivement prononcés, avec l'aide d'un magistrat indépendant missionné afin de le seconder[1118]. Par exception tenant aux nécessités de garantir l'ordre public[1119], conformément à la finalité du fichier, le procureur de la République peut décider de maintenir la mémorisation des données personnelles dans les cas de relaxe, d'acquittement et de non-lieu, sans qu'une telle faculté soit d'ailleurs davantage encadrée[1120].

[1111] C. pr. pén., art. 230-13
[1112] C. pr. pén., art. 230-12
[1113] Décret n° 2013-1054 du 22 novembre 2013 relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel dénommés « bases d'analyse sérielle de police judiciaire »
[1114] Décret n° 2013-1054 du 22 novembre 2013, art. 2
[1115] L'article 3 du décret prévoit un délai de 15 ans pour les délits et de 20 ans pour les crimes.
[1116] Il peut s'agir du procureur de la République ou du magistrat spécifiquement désigné par l'article 230-9 du Code de procédure pénale
[1117] C. pr. pén., art. 230-8
[1118] C. pr. pén., art. 230-9
[1119] Cons. const. 13 mars 2013, n° 2003-467 DC, considérant 41
[1120] CNIL, délib. n° 2011-319 du 6 oct. 2011

Le rayonnement des informations mémorisées dépend, en outre, d'une habilitation attribuée au personnel autorisé à les consulter, selon un équilibre maintenu entre une trop large diffusion possiblement attentatoire à la vie privée des personnes fichées et une restriction trop importante relativisant l'utilité du traitement de données[1121]. Il est possible à cette fin de s'interroger sur la pertinence d'une consultation autorisée lors des enquêtes de moralité réalisées préalablement au recrutement, ou à l'agrément, de certaines professions[1122] en complément des demandes d'accès aux bulletins du casier judiciaire. L'utilité première des fichiers de données semble dans ce cas remise en cause. Les fichiers doivent, avant tout, être considérés comme une aide apportée dans la délimitation d'un trouble social. Le recueil d'éléments sensibles intéressant une personne contre laquelle une apparence vraisemblable de participation infractionnelle est caractérisée se comprend par la finalité du fichier dans la délimitation future d'un trouble social potentiellement commis.

§ 2 – L'imputation du trouble déduite des données biométriques mémorisées

245. Valeur probante des indices. – La volonté de gagner en efficacité dans la recherche de la vérité, à travers l'extension des indices accessibles aux enquêteurs, impose d'abord de considérer leur fiabilité avant d'envisager leur mémorisation au sein d'une base de données. La fiabilité évaluée des données biométriques, qu'il s'agisse des empreintes digitales, palmaires ou génétiques, octroie aux enquêteurs la faculté d'identifier la présence humaine en minimisant les risques d'une indication erronée. La mémorisation des empreintes issues des personnes susceptibles d'avoir participé à la commission d'une infraction renforce l'efficacité du pronostic sur la vraisemblance du trouble social, tel qu'il est réalisé au cours des investigations.

246. Automatisation des fichiers. – L'informatisation de nos sociétés modernes autorise la constitution de bases de données facilitant la recherche des informations. L'automatisation du processus de tri des empreintes ne doit jamais faire oublier le rôle joué par l'homme dans la construction des empreintes. Les fichiers automatisés instaurés par le législateur contiendront les empreintes digitales ou génétiques des individus en lien avec la commission d'une infraction. La dimension proactive d'une détermination préventive du trouble social est au cœur de cet enregistrement des empreintes humaines. La quête d'efficacité souhaitée au sein des investigations milite en faveur d'un élargissement du champ des enregistrements destinés à

[1121] C. pr. pén., art. 230-10
[1122] C. séc. int., art L. 114-1, L. 234-1 à L. 234-3 et loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

faciliter la délimitation du trouble social éventuel commis dans le futur. Les empreintes mémorisées au sein du fichier automatisé des empreintes digitales (A), ou au sein du fichier automatisé des empreintes génétiques (B), confèrent aux acteurs de l'investigation la faculté de déterminer, avec plus d'aisance, la présence potentielle des personnes enregistrées sur les lieux de l'infraction dont ils recherchent l'imputation.

A. Le fichier automatisé des empreintes digitales

247. Enregistrement justifié par la vraisemblance infractionnelle. – Présenté comme un outil destiné à faciliter les investigations de police judiciaire[1123], le fichier automatisé des empreintes digitales mémorise les empreintes digitales et palmaires recueillies lors des enquêtes, dès qu'une apparence vraisemblable de participation à la commission d'une infraction est caractérisée à l'encontre de la personne visée. Placé sous le contrôle du procureur de la République, il s'agit moins dans le cas du FAED de vérifier la pertinence des données mémorisées, comparativement aux fichiers d'antécédents judiciaires. Le contrôle porte davantage sur le maintien de l'équilibre entre l'efficacité d'un outil utile à la délimitation du trouble social recherché au cours des investigations et le respect des libertés reconnues à une personne toujours présumée innocente. La mémorisation de l'empreinte peut en effet se fonder sur la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, justifiant l'effacement des empreintes non nécessaires et l'encadrement des durées de conservation[1124]. L'importante progression du nombre d'empreintes mémorisées coïncide tant avec l'augmentation des placements en garde à vue, également déclenchés par la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle, qu'en raison des indéniables apports du FAED dans la détermination des personnes susceptibles de voir leur responsabilité pénale reconnue pour les faits infractionnels recherchés.

B. Le fichier national automatisé des empreintes génétiques

248. Sensibilité des données génétiques. – La découverte ultérieure d'une identification permise par l'analyse de l'acide désoxyribonucléique, présent dans chaque cellule du corps humain, engendre en Europe le déploiement des bases automatisées. Elles seront chargées de

[1123] Décr. n° 2005-585 du 27 mai 2005, JO 29 mai, modifié par Décr. n° 2011-157 du 7 févr. 2011, JO 9 févr. et Décr. n° 2015-1580 du 2 décembre 2015, JO 4 déc.
[1124] CEDH 18 avr. 2013, M. K. c/France, req. n° 19522/09, *RSC* 2013. 666, obs. ROETS - Décr. n° 2015-1580 du 2 décembre 2015, JO 4 déc.

mémoriser les empreintes génétiques en vue de faciliter la détermination des personnes possiblement impliquées dans la commission des infractions sur lesquelles portent les investigations. La réglementation des méthodes d'identification par analyse des séquences ADN, propres à chaque être humain, trouve en France une première incursion dans le Code civil, avec la loi du 19 juillet 1994[1125], à travers un angle bioéthique. Les capacités discriminantes du génome peuvent en effet laisser présager une dérive dans l'utilisation des empreintes génétiques, en raison du caractère codant de certains gènes susceptibles de déterminer les caractéristiques physiques d'un individu, lesquels voient ainsi leur utilisation proscrite au cours de l'élaboration d'une analyse ADN[1126]. Bien qu'elle puisse représenter une aide à destination de l'enquêteur souhaitant identifier les plausibles participants à la commission du fait infractionnel recherché, l'analyse des segments d'ADN ne devrait jamais avoir pour objet la détermination des caractères morphologiques du suspect envisagé, conformément aux dispositions de l'article 16-10 du Code civil. Une telle précaution n'empêche la Cour de cassation de valider la réalisation d'une expertise visant à identifier l'auteur présumé du trouble social commis à partir du matériel biologique s'étant naturellement détaché du corps humain, considérant que la protection instituée par les articles 16-10 et 16-11 du Code civil n'est applicable qu'au cas de prélèvement[1127].

249. Enregistrement justifié par la vraisemblance infractionnelle. – L'enregistrement des empreintes génétiques préalablement réalisées intervient plus tard, avec la loi du 17 juin 1998[1128] instituant le fichier national automatisé des empreintes génétiques. Il s'agissait initialement d'organiser la centralisation des profils réalisés à partir d'un matériel biologique recueilli sur les scènes d'infractions ou ceux des personnes définitivement condamnées pour des infractions sexuelles[1129]. Au fur et à mesure des réformes législatives, le FNAEG voit son champ d'application étendu, jusqu'à intégrer les empreintes génétiques des personnes contre lesquelles existent des indices graves et concordants rendant vraisemblable leur participation à la commission des infractions mentionnées à l'article 755 du Code de procédure pénale[1130]. Les participants présumés à la commission des faits infractionnels recherchés au cours des

[1125] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain
[1126] V. BOURGAIN et DARLU, « ADN superstar ou superflic ? Les citoyens face à une molécule envahissante ? », 2013, *Seuil*
[1127] Crim. 25 juin 2014, n° 13-87.493, *RSC* 2014. 595, comm. DANET
[1128] Loi n° 90-468 du 17 juin 1998 relative à la répression des infractions sexuelles et la protection des mineurs
[1129] PADOVA, « A 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 », *Arch. pol. crim*. 2004. 71. - AMBROISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », *in* Mélanges Bouloc, 2007, *Dalloz*, p. 19
[1130] C. pr. pén., art. 706-54, depuis la modification intervenue par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

investigations peuvent ainsi voir leur profil génétique mémorisé au sein du FNAEG. La consultation du fichier aux fins de comparaison d'empreintes demeure permise sur le même fondement d'une vraisemblance infractionnelle caractérisée depuis l'origine de sa mise en œuvre. La largesse du champ des indices mémorisés demeure conforme à l'objectif d'assister les enquêteurs dans la délimitation d'un trouble social apparent.

250. Processus d'effacement des données. – Conscient de l'atteinte engendrée par la mémorisation aux libertés individuelles des personnes, le législateur prévoit l'effacement des empreintes à l'issue d'une fastidieuse procédure consistant pour l'intéressé à requérir du procureur de la République qu'il procède à la suppression des données enregistrées. Le Ministère public appréciera alors la nécessité d'une conservation au regard des finalités attachées au fichier, avant que la contestation du refus ne soit portée devant le juge des libertés et de la détention puis, le cas échéant, le président de la chambre de l'instruction[1131]. Face à la difficulté d'accéder à l'effacement des données biologiques, mémorisées sans véritable capacité de s'y opposer en raison d'un refus sanctionné par une peine d'un an d'emprisonnement[1132], le législateur semble avoir fait primer avec une opiniâtreté à peine voilée l'efficacité des investigations. Ce sentiment est conforté par les délais légalement réglementés de conservation des données mémorisées, fixés à quarante années, à moins qu'elles n'émanent de personnes à l'encontre desquelles a été caractérisée l'apparence vraisemblable d'une participation à la commission d'une infraction sur le fondement d'indices graves et concordants, s'agissant alors d'un délai réduit à vingt-cinq années[1133]. Conséquence inéluctable des importantes durées de conservation associées aux restrictions instituées dans l'effacement des données, le FNAEG connaît une considérable expansion. Il est légitime de s'inquiéter au regard d'une prépondérance des empreintes relevées sur des personnes non encore condamnées. Les suspects représentaient 82 % des fiches en 2013, contre 18 % de personnes définitivement condamnées. La dimension préventive des enregistrements réalisés s'inscrit dans le sillon des objectifs ayant motivé la mise en place d'un tel fichier, où la mémorisation des auteurs présumés d'un trouble social rend sa délimitation plus efficace s'ils venaient à être ultérieurement identifiés. Erigée en tant que principe à valeur constitutionnelle, la recherche des auteurs d'infraction justifie certes la mémorisation de leur identité au sein d'un fichier, sans toutefois qu'un élargissement

[1131] C. pr. pén., art. 706-54, al. 2

[1132] L'article 706-56, II, du Code de procédure pénale réprime en effet le refus de se soumettre au prélèvement biologique d'une peine d'un an d'emprisonnement assorti de 15 000 euros d'amende, quand bien même la personne visée aurait-elle été soupçonnée d'avoir participé à la commission d'une infraction sur le fondement des indices graves et concordants révélés à son encontre.

[1133] C. pr. pén., art. R. 53-14, par renvoi à l'article R. 53-10, 2°

immodéré des modalités d'alimentation, ou une restriction rigoureuse des facultés de suppression, n'engendrent l'asphyxie des laboratoires et des opérateurs chargés de maintenir le FNAEG en état de fonctionnement.

TITRE 2 – L'ADAPTATION DES REPONSES PENALES

251. Adaptation déduite des indices. – La vraisemblance d'une situation infractionnelle justifie la mise en œuvre d'une réponse pénale telle qu'elle est organisée par le Code de procédure pénale[1134]. Les indices préalablement obtenus au cours des investigations seront exploités afin de quantifier la prégnance du fait infractionnel, justifiant le déclenchement d'une réponse pénale[1135]. Un pronostic rétrospectif est au cœur de ce processus, consistant à vérifier la vraisemblance du trouble social apparaissant de manière plus ou moins prégnante[1136]. Le cadre de la mise en état utilise également une autre variable afin d'avancer dans cette détermination du fait infractionnel apparent[1137]. La gravité de la situation infractionnelle vraisemblable autorise la mise en œuvre des régimes spécifiques inscrits au sein de la procédure pénale, en matière de terrorisme et de criminalité organisée notamment[1138]. La gravité vraisemblablement caractérisée du trouble social justifiera alors le déploiement d'une coercition plus marquée[1139]. L'article 706-88-1 du Code de procédure pénale prévoit par exemple une extension de la durée des mesures de garde à vue décidées dans le domaine des infractions de terrorisme et de criminalité organisée prévues au 11° de l'article 706-73 du même code[1140]. En ce sens, la mise en œuvre des mesures procédurales implique la réalisation d'un pronostic sur l'avenir quant à l'efficacité requise, c'est-à-dire la coercition strictement

[1134] DANET, BRIZAIS et LORVELLEC, « La célérité de la réponse pénale », *AJ pénal* 2013. 576
[1135] RAOULT et AZOULAY, « Progressivité de la réponse pénale - Perspectives critiques », *AJ pénal* 2017. 337
[1136] VERON, « Optimiser la réponse pénale », *Dr. pénal* n° 5, mai 2011, repère 5
[1137] BARLOGIS, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJ pénal* 2016. 570 ; SCHWENDENER, « La direction d'enquête », *AJ pénal* 2008. 447 ; GUIDICELLI, « Regards croisés sur la direction de l'enquête dans les procédures pénales », *AJ pénal* 2008. 439 ; DALLEST, « L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle », *AJ pénal* 2004. 346
[1138] ALIX et CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017. 845 ; CAHN et LEBLOIS-HAPPE, « Loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *AJ pénal* 2017. 468 ; BAILLY et DAOUD, « Cybercriminalité et réseaux sociaux : la réponse pénale », *AJ pénal* 2012. 252 ; CAZENEUVE, « La cybercriminalité : l'émergence d'un nouveau risque », *AJ pénal* 2012. 268 ; LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC* 2009. 689 ; SAINT-BONNET, « Le terroriste djihadiste et les catégories juridiques modernes », *JCP* 2015, n° 50, p. 2266 ; V. aussi, BASILIEN-GAINCHE, « État de droit et états d'exception, une conception de l'État », *PUF*, 2013
[1139] V. PERRIER, « L'adaptation des incriminations », *RSC* 2017. 373
[1140] V. TOUILLIER, « Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans », *AJ pénal* 2016. 119 ; GILLET, CHAUDON et MASTOR, « Terrorisme et liberté », *Constitutions* 2012. 403

nécessaire afin de solutionner le trouble engendré[1141]. La chaîne pénale dans son ensemble s'imprègne de l'exception d'une procédure diligentée sous couvert d'une plus grande efficacité[1142]. L'efficacité des investigations menées coïncide avec la gradation d'un cheminement procédural jusqu'au choix de la procédure de jugement la mieux adaptée[1143]. En ce sens, la réponse organisée par le Code de procédure pénale tend à résoudre le trouble social vraisemblablement commis selon sa gravité apparente[1144]. Les indices sont au cœur des procédures accélérées instaurées afin de résoudre plus rapidement un contentieux pénal de masse paraissant vraisemblablement caractérisé[1145]. L'aveu de la personne mis en cause autorise alors l'aiguillage procédural vers une réponse pénale accélérée[1146]. Plus que la gravité infractionnelle, c'est la simplicité des infractions commises qui rend l'exploitation des indices suffisante au prononcé d'une sanction contractualisée[1147]. Alors que l'exploitation des indices conditionne le déclenchement d'une mesure procédurale destinée à délimiter le trouble social vraisemblablement commis, la gravité infractionnelle apparente qui en résulte subséquemment détermine la mesure la mieux adaptée à la résolution de ce trouble[1148]. Les indices tendent, par leur exploitation, à l'adaptation des réponses pénales organisées par le Code de procédure pénale selon la gravité d'une situation infractionnelle vraisemblable[1149]. Si la vraisemblance d'une situation infractionnelle pouvait explicitement se déduire des indices, qu'ils soient apparents, graves ou concordants, la gravité du fait infractionnel vraisemblable doit se

[1141] Cons. const., 11 décembre 2015, n° 2015-508, *AJ pénal* 2016. 77, note PERRIER ; V. BERTRAND DE LAMY « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *RSC* 2016. 399
[1142] MOLLA, « États d'âme d'un avocat à propos des JIRS », *AJ pénal* 2010. 119
[1143] JEAN, « Les nouveaux territoires de la politique criminelle », *RSC* 2007. 666
[1144] FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal* 2012. 67
[1145] ALLAIN, « Le traitement en temps réel et les bureaux d'enquête : un rapport sans concession », *AJ pénal* 2014. 444 ; MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) », *AJ pénal* 2012. 152 ; V. aussi, HERVE, « La magistrature face au management judiciaire », *RSC* 2015. 49
[1146] V. GROS, « Lire, voir, entendre - De l'aveu au risque : itinéraire de la justice pénale », *Les cahiers de la justice* 2013. 183
[1147] ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002. 501 ; V. COLOMBANI, « La place du consensualisme en droit pénal français », thèse Aix-Marseille, 1991 ; LESPARRE, « Le consentement du délinquant », thèse Bordeaux, 1994 ; DANTI-JUAN, « Le consentement au niveau des peines », Mélanges Couvrat, *PUF*, 2001, t. 39, publication de la Faculté de droit de Poitiers ; EKEU, « Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé », Travaux de l'Institut des Sciences criminelles de Poitiers, 1992, édition *Cujas*, 1993 ; PRADEL, « Le consensualisme en droit comparé », Mélanges CCORREIA, BOLETIM da facultade do direitode Coimbra, 1998, p. 331 ; PIN, « Le consentement en matière pénale », thèse *LGDJ*, 2002, t. 36 et « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002.246 ; SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC*, 1991.700
[1148] V. MATSOPOULOU, « Vol d'informations », *RSC* 2017. 752 ; Crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113 ; *D*. 2017. 1885, BEAUSSONIE ; *AJ pénal* 2017. 448, obs. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RTD com*. 2017. 713, obs. SAENKO ;
[1149] FABBRI et GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC* 2009. 343

caractériser à travers des critères plus implicitement déduits des faits de l'espèce[1150]. Afin de résorber le trouble social apparent (Chapitre 2), le cheminement procédural prend appui sur la gravité infractionnelle (Chapitre 1) en tant que variable d'adaptation nécessaire au maintien d'un certain équilibre entre efficacité et innocence présumée[1151].

Chapitre 1 - L'adaptation déduite d'une gravité infractionnelle

252. Caractérisation d'une gravité infractionnelle. – La gravité de l'atteinte vraisemblablement portée aux intérêts de la société implique une réponse adaptée dans la coercition qu'elle déploie[1152]. La réponse organisée lors de l'apparition d'un trouble à l'ordre public se doit d'intégrer une référence à la sanction pénale, comme critère attestant de la gravité d'une apparence infractionnelle[1153]. Pour autant, la gravité de l'apparence infractionnelle ne peut se cristalliser dans la seule sanction pénale[1154]. Cette gravité est appréciée non seulement par référence à la sanction pénale encourue, mais également à la personnalité de l'auteur présumé[1155] et, plus généralement encore, aux circonstances de l'espèce[1156]. Les mesures prises en réponse à la vraisemblance du fait infractionnel tiennent nécessairement compte de sa gravité. S'agissant de l'aiguillage procédural, l'article 118 du Code de procédure pénale fait état des hypothèses de requalification des faits reprochés à la personne visée par une information judiciaire. Ces dispositions, tout comme celles de l'article 137 du Code de procédure pénale relatives à la motivation d'une exception à la liberté de la personne mise en examen, laissent au juge d'instruction une importante marge d'appréciation dans le pronostic qu'il réalise sur la gravité d'une atteinte vraisemblablement portée envers les intérêts de la

[1150] V. sur les critères d'appréciation de la notion de gravité infractionnelle dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, CHARLENT « Conditions de détention : un nouvel assouplissement ? », Cour européenne des droits de l'homme 3 mai 2018, *AJ pénal* 2018. 379

[1151] VOULAND, « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ? », *AJ pénal* 2007. 117

[1152] GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010. 69 ; LAZERGES et HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016. 649

[1153] DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677

[1154] ALIX, « La prévention pénale du terrorisme devant le Conseil constitutionnel », déc. Cons. const. 10 févr. 2017, *AJ pénal* 2017. 237

[1155] DEBUYST, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle), Déviance et société », 1977, n° 4, pp. 363-387 ;« Le concept de personnalité dangereuse considéré comme expression d'un point de vue », *in* Ch. DEBUYST (dir.), « Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique », Genève, *Masson-Médecine et hygiène*, 1981, p. 19-34 ; AUBERT et MARY, « La fabrique de la récidive », *RSC* 2014. 435 ; COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011. 21 ; DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007. 797 ; LANDRY, « L'état dangereux. Un jugement déguisé en diagnostic », *L'Harmattan*, 2002, p. 28.

[1156] ALIX, « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 », *AJ pénal* 2017. 79 ; LETOUZEY, « La répétition d'infractions », *RSC* 2014. 876

société. La décision d'ordonner ou de prolonger la mesure de détention provisoire, ainsi que la durée ce cette dernière, résultent aux termes des articles 144 et 144-1 du Code de procédure pénale d'une appréciation des circonstances de l'espèce par le magistrat à l'aune de l'apparence infractionnelle qu'il déduit des indices préalablement obtenus. Les indices librement appréciés par le magistrat autoriseront par ailleurs le procureur de la République à déterminer la manière dont l'affaire sera jugée. L'article 395 du Code de procédure pénale ouvre la voie de la comparution immédiate pour les faits infractionnels punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à deux ans. Dans cette quête d'une rationalisation procédurale adaptée au degré de complexité des faits, l'ordonnance pénale est ouverte par l'article 495 du Code de procédure pénale lorsque ces derniers revêtissent une simplicité justifiant la mise en œuvre d'une procédure accélérée. La réalité, reconnue par la personne soupçonnée, des faits infractionnels reprochés dont la gravité justifie le prononcé d'une peine d'emprisonnement d'au moins cinq années permet au procureur de la République de recourir à la comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité, prévue à l'article 495-7 du Code de procédure pénale. La sanction pénale se trouve alors contractualisée. Enfin, lorsque les investigations portent sur des faits infractionnels liés au terrorisme et plus généralement au domaine de la criminalité organisée des articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale, se met en œuvre un régime spécifique en raison de l'importante restriction des libertés fondamentales engendrée par la gravité de l'apparence infractionnelle déduite des indices obtenus.

253. Contrôle d'une gravité infractionnelle. – Par la référence qu'elles font aux circonstances de l'espèce, les dispositions du Code de procédure pénale laissent au magistrat une importante latitude d'appréciation quant au bien-fondé des mesures procédurales qu'il serait susceptible de mettre en œuvre[1157]. Au même titre que le prononcé d'une peine, plusieurs critères[1158] doivent être pris en compte afin de justifier le choix d'une réponse procédurale[1159]. Il en va de même lorsque la gravité explicitement requise du fait infractionnel en lien avec le domaine du terrorisme ou de la criminalité organisée impose la mise en œuvre d'un régime

[1157] HERZOG-EVANS, « Garde à vue : de l'interprétation souveraine des juges du fond à l'interprétation exclusive des officiers de police judiciaire », *AJ pénal* 2005. 409 ; Crim. 17 juin 2015, n° 15-82.206, *AJ pénal* 2016. 39, note PITTI

[1158] MOLINS, « Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction », *AJ pénal* 2005. 443 ; TOURET-DE COUCY, « Justice pénale des mineurs : une théorie éprouvée par la pratique », *AJ pénal* 2005. 56 ; V. aussi, PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal », *RSC* 2016. 381 ; COLSON et FIELD, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010. 365 et LEZEAU, interviewé par l'AJ Pénal, *AJ pénal* 2018. 67

[1159] VLAMYNCK, « Approche policière pratique du projet de loi relatif à la garde à vue », *AJ pénal* 2010. 474 ; LEVASSEUR, « Violences pour arrêter des malfaiteurs », *RSC* 1993. 102 ; JOURNES, « La police française face à la jeunesse, entre prévention et respect des droits », *RSC* 2006. 855 ; V. aussi, GIRAULT, « Quand la loyauté dicte sa loi ! », *AJ pénal* 2015. 362 ;

procédural spécifique[1160]. Qu'elle soit explicitement ou implicitement requise, la gravité infractionnelle constitue le vecteur d'adaptation de la réponse procédurale[1161]. Pour autant, lorsque la référence aux circonstances de l'espèce confère volontairement au magistrat décisionnaire une large marge d'appréciation[1162], l'absence de définition formelle des actes terroristes[1163] ou de criminalité organisée[1164] tend à laisser involontairement s'installer un risque d'arbitraire juridique[1165]. Si une telle latitude dans l'appréciation du critère de gravité infractionnelle se comprend par la nécessaire souplesse qu'elle induit concernant les mesures procédurales les plus adaptées au cas de l'espèce[1166], il n'en demeure pas moins que la restriction engendrée par ces mesures envers les libertés individuelles se verra proportionnée à une gravité infractionnelle aléatoirement caractérisée[1167]. Plus encore que la difficulté à caractériser la gravité infractionnelle, c'est le contrôle de son apparence qui semble délicat en l'absence de référence aux indices qui en seraient à l'origine[1168]. La gravité infractionnelle subjectivement déduite par le magistrat suffit à adapter la réponse procédurale, sans qu'il soit exigé par le Code de procédure pénale d'établir la liste des indices qui en sont objectivement à la source. Il semble pouvoir exister une multitude d'appréciations selon la sensibilité subjective

[1160] MARGUENAUD, « Lutte contre le terrorisme international et respect des droits de l'homme relatifs », *RSC* 2009. 672 ; ALIX et CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017. 845 ; WARUSFEL, « Justice et renseignement dans la lutte contre la radicalisation violente », *AJ pénal* 2018. 119

[1161] PERRIER, « Les délais au cours de l'instruction », *AJ pénal* 2017. 158 ; MARIE, « La montée en puissance de l'enquête », *AJ pénal* 2004. 221 ; V. en matière de durée applicable à la garde à vue, GUERY, « L'avenir du suspect », *AJ pénal* 2005. 232 ; V. en matière de durée applicable à la détention provisoire, MIRANDA, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJ pénal* 2018. 341

[1162] DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007. 461 ; MAYAUD, « L'apologie du terrorisme, un « acte de terrorisme » qui n'en est pas un... », *D*. 2018. 1233 ; BEAUVAIS, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75

[1163] HERZOG-EVANS, « L'évaluation des extrémistes violents », *AJ pénal* 2018. 126 ; ALIX, « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 », *AJ pénal* 2017. 79 ; V. aussi, Cass., 1re civ., 17 oct. 1995, *D*. 1995. 245 ; CUMIN, « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », *RSC* 2004. 11 ; BAUER et SOULLEZ, Terrorismes, *Dalloz*, 2015

[1164] PARIZOT, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541 ; VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004. 181 ;

[1165] TOUILLIER, Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans », *AJ pénal* 2016. 119

[1166] GUERY, « De la vérité absolue à la clarification préalable : pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur », *AJ pénal* 2010. 425 ; CANTEGREIL, La doctrine du « combattant ennemi illégal », *RSC* 2010. 81

[1167] COCHE, « Rendre effective la présomption d'innocence : l'obsession de l'avocat, le devoir du juge », *AJ pénal* 2016. 122

[1168] Crim. 25 juin 2014, n° 14-81.647, *AJ pénal* 2014. 486, note ROUSSEL

propre à l'observateur[1169]. La manière dont se caractérise la gravité infractionnelle (Section 1) influence inévitablement l'effectivité de son contrôle (Section 2).

Section 1 – La caractérisation de la gravité infractionnelle

254. Objectivité de la gravité infractionnelle. – L'appréciation de la gravité infractionnelle est inhérente à l'adaptation des moyens procéduraux destinés à résorber le trouble social vraisemblablement caractérisé[1170]. Que doit-on entendre par la gravité infractionnelle ? S'agit-il de la gravité de la seule infraction[1171] ou de la situation infractionnelle dans son ensemble ?[1172] Comment déterminer la gravité du fait infractionnel ? Quels seraient les critères évoquant la gravité d'une apparence infractionnelle ? [1173] La détermination d'un critère de gravité applicable aux faits objet des investigations s'attacherait à première vue à considérer la peine encourue à travers la distinction entre crime, délit et contraventions[1174]. Néanmoins, cette qualification pénale envisagée résulte en pratique d'une appréciation portée sur les circonstances matérielles dans lesquelles une infraction aurait été vraisemblablement commise[1175]. Si la gravité du fait infractionnel supposément commis dépend de la peine encourue[1176], la détermination de la catégorie légale d'appartenance selon une distinction tripartite séculaire impose nécessairement l'examen des circonstances matérielles[1177]. La gravité du fait infractionnel se caractériserait par rapport au quantum de la peine encourue[1178]. Elle consiste alors à prendre en considération la qualification pénale vraisemblablement applicable[1179], c'est-à-dire selon les circonstances factuelles apparentes telles qu'elles sont déduites de l'exploitation des indices. La peine édictée par le Code pénal classe les infractions selon une échelle de gravité, conformément à leur qualification déduite des circonstances factuelles[1180]. C'est d'ailleurs à travers la prise en

[1169] DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ pénal* 2005. 433 ; Crim. 16 mai 2007, n° 06-85.347, *AJ pénal* 2007. 386 ; V. aussi, Crim. 24 janv. 2018, n° 16-83.045, *AJ pénal* 2018. 196
[1170] CHOPIN, « Les politiques publiques de lutte contre la cybercriminalité », *AJ pénal* 2009. 101 ; FERAL-SCHUHL, « La collecte de la preuve numérique en matière pénale », *AJ pénal* 2009. 115 ; CERE et REMILLIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ pénal* 2003. 45
[1171] V. sur l'appréciation de la gravité d'une infraction, CJUE, 13 sept. 2018, n ° C -369/17, I. 2018. 1808
[1172] V. sur l'appréciation de la gravité infractionnelle par l'impact social engendré, TELLIER-CAYROL, « Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », AJ pénal 2018. 400
[1173] BEAUSSONIE, « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017. 777
[1174] DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677
[1175] V. VIAL, « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », *AJ pénal* 2012. 84
[1176] Crim. 20 juin 2018, n° 17-84.128, *AJ fam*. 2018. 463, note Saulier
[1177] KOERING-JOULIN, « Durée raisonnable d'une détention provisoire », *RSC* 1996. 467
[1178] DREYER, « Pourquoi motiver les peines ? », *D*. 2018. 576
[1179] GALLARDO, « La qualification pénale des faits », *RSC* 2013. 986
[1180] V. DECIMA, « C'est grave ? », *D*. 2016. 2442

considération légale des circonstances factuelles de l'infraction qu'il serait possible d'affiner davantage la répression, et par conséquent, d'adapter tant le cheminement que le régime procédural[1181]. La qualification de l'infraction présumée, à partir des circonstances factuelles déduites des indices, caractérise une certaine gravité du comportement prohibé, justifiant l'adaptation du régime procédural et, plus généralement, de la réponse pénale[1182]. Pourtant, l'absence de définition claire des actes terroristes et de criminalité organisée, tels qu'ils sont désignés par le régime procédural spécifiquement mis en œuvre lorsque leur commission apparaît vraisemblable, rend d'autant plus difficile la caractérisation d'une telle gravité infractionnelle[1183]. Il paraît en effet difficile de considérer un domaine infractionnel comme étant synonyme d'une certaine gravité infractionnelle sans qu'il n'ait fait au préalable l'objet d'une définition suffisamment claire pour être en mesure d'en apprécier les critères constitutifs[1184].

255. Subjectivité de la gravité infractionnelle. – Le seul quantum d'une peine édictée ne peut parvenir à démontrer cette gravité tant il est déconnecté de tout aspect humain[1185]. La minorité du participant à la commission d'une infraction oblige la mise en œuvre d'un régime spécifique instauré à l'aune des dispositions de l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante. L'âge est alors susceptible de déterminer un seuil de gravité justifiant l'adaptation des moyens procéduraux déclenchés pour répondre au trouble social considéré[1186]. Selon un autre ordre d'idée, l'apparition d'un traitement pénal en temps réel destiné à endiguer un contentieux de masse trouve la source de son déclenchement dans la reconnaissance, par la personne visée, des faits infractionnels lui étant reprochés, lesquels sont d'une grande simplicité[1187]. Est-ce à dire qu'un critère déterminant la gravité des faits pourrait être perçu dans la simplicité des faits ?[1188] Si la procédure pénale s'adapte à l'aspect factuel de l'infraction vraisemblablement commise d'une part[1189], et selon la personnalité de l'auteur présumé d'autre

[1181] CROCQ, « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant » *RSC* 2015. 595
[1182] VERGES, « La procédure pénale hybride », *RSC* 2017. 579
[1183] PRADEL, « La criminalité organisée dans les droits français et italien : des politiques pénales sous le signe de la convergence », *RPDP* 2003, p. 123 ; MASSE, « La criminalité terroriste », *RSC* 2012. 89
[1184] VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004. 181
[1185] DARSONVILLE, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ pénal* 2017. 532 ; TELLIER-CAYROL, « Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *AJ pénal* 2018. 400
[1186] GALLARDO, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC* 2017. 713
[1187] PRADEL, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *D*. 2017. 1986
[1188] MSIKA, « Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs », *AJ pénal* 2005. 445 ; DANET et GRUNVALD, « Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ pénal* 2004. 196
[1189] VERGES, « La procédure pénale au temps des confluences », *RSC* 2018. 153

part[1190], il faut y voir des critères susceptibles de caractériser la gravité d'une apparence infractionnelle. La volonté de solutionner une situation infractionnelle impose d'adapter les moyens déployés. L'aspect factuel de l'infraction vraisemblablement commise (§1), tout comme la personnalité de son auteur présumé (§2), constituent des facteurs permettant de caractériser la gravité apparente d'une situation infractionnelle[1191].

§ 1 – La caractérisation par référence aux circonstances matérielles

256. Caractérisation objective d'une gravité infractionnelle. – La médiatisation d'événements dramatiques, synonyme sans doute de leur généralisation, a incité le législateur à prendre des mesures procédurales adaptées à la gravité des faits infractionnels commis[1192]. Alors que l'appréhension de comportements particulièrement dangereux a engendré l'inscription d'infractions faisant du terrorisme un élément de leur matérialité au sein du Code pénal, la dimension procédurale a également pris en compte ce phénomène incitant une défense réactive[1193]. Il serait en effet inconcevable de ne pas calquer l'efficacité des procédés d'investigation sur l'importance du risque présenté par une menace insidieuse envers l'ordre public[1194]. La réponse procédurale mise en œuvre afin de solutionner de manière efficace le trouble à l'ordre public se devait ainsi d'intégrer un dispositif légal propre aux actes de terrorisme[1195]. Dans le but de répondre avec la plus grande cohérence aux actions d'une exceptionnelle gravité, un dispositif dérogatoire aux dispositions de droit commun a été codifié à la fois dans le Code pénal et le Code de procédure pénale[1196]. Si les dispositions répressives ont vocation à être intégrées au sein du Code pénal, les modalités de poursuites, d'instruction et jugement sont naturellement régies par le Code de procédure pénale. Il s'agit en effet pour le Code de procédure pénale d'organiser, en l'adaptant, le cheminement de la réponse pénale déclenchée consécutivement à la caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle[1197]. Pour autant, comment caractériser cette gravité infractionnelle utilisée par le Code de procédure

[1190] IMBERT-QUARETTA, « Un regard sur le chantier de la Justice : Sens et efficacité des peines », *AJ pénal* 2018. 79
[1191] RAOULT et AZOULAY, « Progressivité de la réponse pénale - Perspectives critiques », *AJ pénal* 2017. 337
[1192] DALLEST, « Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité », *AJ pénal* 2018. 298
[1193] CHAVENT-LECLERE, « Les juridictions inter-régionales spécialisées : des compétences originales », *AJ pénal* 2010. 106 ; DALLEST, « La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité », *AJ pénal* 2010. 114 ; JEAN, « Les nouveaux territoires de la politique criminelle », *RSC* 2007. 666
[1194] CORDIER, « L'autorité compétente pour mettre en œuvre le dessaisissement d'un juge d'instruction en faveur d'un juge d'instruction de la juridiction inter-régionale spécialisée », *RSC* 2016. 362
[1195] PRADEL, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *D*. 2017. 1986
[1196] V. DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677
[1197] MURBACH, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *AJ pénal* 2011. 506

pénale comme variable d'adaptation du déroulement procédural ? La caractérisation de la gravité infractionnelle dépend des comportements les plus dangereux incriminés par le Code pénal[1198]. La caractérisation d'une gravité infractionnelle consisterait ainsi à délimiter la qualification des infractions listées par les articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale, et pour lesquelles, un régime spécifique est attaché[1199]. A ce titre, il est alarmant de constater que l'accroissement du champ des mesures policières – tel qu'il est proposé par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice – s'émancipe d'une référence aux catégories infractionnelles les plus graves afin de justifier – sous l'autorité d'un parquet dont l'indépendance n'est toujours pas actée – des mesures particulièrement attentatoires aux libertés individuelles. Dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel censure d'ailleurs les dispositions relatives à l'extension des mesures policières[1200]. Il reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était inévitablement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » devient, plus que jamais, indispensable afin de représenter une autorité judiciaire indépendante dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait d'ailleurs s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance. La qualification infractionnelle vraisemblable autorise la caractérisation d'une gravité infractionnelle (A), tout comme les conséquences qui pourraient potentiellement y être attachées (B).

[1198] RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *RSC* 2008. 23 ; V. aussi, Crim. 13 juin 2018, *AJ pénal* 2018. 422, note ROUSSEL
[1199] DECIMA, « Terreur et métamorphose », *D*. 2016. 1826; LAZERGES et HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016. 649 ; CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ pénal* 2016. 408
[1200] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

A. La gravité déduite d'une qualification infractionnelle vraisemblable

257. Valeur de la répression pénale. – La lecture des dispositions du Code pénal impose le constat d'une prise en considération des circonstances entourant la commission d'une infraction pour en moduler la répression[1201]. Cette prise en considération est le signe d'une réponse pénale adaptée à la gravité infractionnelle considérée[1202]. Durant la phase préparatoire du procès pénal, l'infraction se déduit des indices préalablement obtenus grâce aux moyens d'investigation mis en œuvre[1203]. Il s'agit d'une action infractionnelle vraisemblablement commise[1204]. Pour autant, la nécessité d'organiser une réponse pénale contraint l'autorité publique à apprécier la gravité du fait infractionnel afin de déterminer le régime légal paraissant le mieux approprié[1205]. Avec la loi du 5 mars 2007, le législateur généralise l'enregistrement audio-visuel des interrogatoires de garde à vue lorsque la mesure vise des personnes soupçonnées d'avoir participé à la commission d'un crime[1206]. L'article 64-1 du Code de procédure pénale adapte le régime procédural de la garde à vue selon la gravité infractionnelle déduite des circonstances de l'espèce[1207]. La question s'est alors posée devant le Conseil constitutionnel de supprimer l'obligation d'un enregistrement audio-visuel lors de gardes à vue visant les personnes mises en cause pour avoir vraisemblablement participé à la commission d'un crime en matière de criminalité organisée ou d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation[1208]. Il y avait lieu de considérer une différence de traitement contraire au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi[1209]. Pour autant, cette censure concerne davantage les conséquences procédurales tirées de la gravité infractionnelle caractérisée[1210]. Lorsqu'ils visent les mesures de placement en garde à vue, les régimes dérogatoires propres à la criminalité organisée et au terrorisme en modifient la durée, conformément à l'importance revêtue par l'atteinte

[1201] DE LAMY, « La procédure pénale : exception, modulation, et variations constitutionnelles », *RSC* 2013. 441
[1202] CAPPELLO, « L'impact de la QPC sur le droit pénal substantiel », *AJ pénal* 2018. 388
[1203] GUERY, « Le juge d'instruction et le suspect », *AJ pénal* 2017. 384 ; DESMOULIN-CANSELIER, « Usages et interprétations judiciaires des images cérébrales », *RSC* 2018. 343 ; V. aussi, MIRANDA, « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJ pénal* 2018. 341
[1204] V. en ce sens, BUISSON, « Contrôle de réglementation - Accès à une infraction flagrante », *RSC* 2006. 408
[1205] Crim. 20 juin 2018, n° 17-86.657, *AJ pénal* 2018. 474, note CLEMENT
[1206] V. VOULAND, « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ? », *AJ pénal* 2007. 117 ; Crim. 11 avr. 2018, n° 17-86.711, à paraître au Bulletin, *D*. 2018. 852 ; CORDIER, « L'étendue de l'annulation d'un interrogatoire de première comparution portant sur des faits criminels et délictuels, pour défaut d'enregistrement audio-visuel », *RSC* 2018. 458
[1207] LAVRIC, « Obligation d'enregistrement des gardes à vue : quelle étendue ? », *D*. 2009. 620 ; V. Cons. Const., 6 avr. 2012 ; n° 2012-228/229 -QPC, *D*. 2012. 1376
[1208] PRADEL, « Nullité d'une procédure pour défaut d'enregistrement de l'interrogatoire d'un mineur en garde à vue », *D*. 2007. 2141 ; LAZERGES, « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010. 275
[1209] V. VLAMYNCK, « La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours », *AJ pénal* 2008. 257
[1210] V. GIUDICELLI, « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : « puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur », *RSC* 2011. 139

vraisemblablement portée aux intérêts de la société[1211]. La qualification de l'infraction, et plus précisément son domaine, caractérise une certaine gravité justifiant la mise en œuvre d'un régime dérogatoire[1212]. L'adaptation trouve parfois son support dans les infractions nouvellement instituées par le législateur en réponse à un cataclysme médiatique, vecteur d'influence dans la détermination d'une échelle de gravité infractionnelle[1213]. La répression des infractions d'inceste commis sur les mineurs, spécifiquement organisée par la loi du 8 février 2010 au sein du Code pénal, a ainsi engendré une réécriture de l'article 706-50 du Code de procédure pénale afin d'y prévoir, en présence de tels faits, la nomination obligatoire d'un mandataire *ad hoc* destiné à représenter les intérêts du mineur victime, caractérisant alors d'après le législateur l'émanation d'un comportement particulièrement grave[1214]. Si la dimension morale d'une relation incestueuse peut expliquer la désapprobation explicite des comportements visés, leur caractère antisocial procède pour autant d'une logique identique à celle des agressions sexuelles et viols traditionnels[1215]. En ce sens, la caractérisation d'une particulière gravité justifiant l'adaptation du régime procédural semble davantage dictée par la volonté d'ancrer l'inceste commis sur la personne d'un mineur parmi les comportements ardemment combattus par le législateur alors même qu'il revêt avant tout une connotation morale plus que juridique[1216]. L'abrogation des dispositions de l'article 222-31-1 du Code pénal par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 septembre 2011 aura d'ailleurs mis fin à la spécificité procédurale prévue par l'article 706-50 du Code de procédure pénale concernant précisément les faits d'inceste[1217]. Réintroduit par la loi du 16 mars 2016, l'article 222-31-1 du Code pénal prévoit désormais avec plus de précision les membres de la famille visés par la qualification d'auteurs d'inceste, conformément au principe de légalité des délits et des peines rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision[1218]. Aucune mise à jour corrélative de

[1211] PERRIER, « La QPC et la garantie des droits et libertés en procédure pénale », *AJ pénal* 2018. 391 ; BOTTON « L'inconstitutionnalité du régime dérogatoire de garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *D*. 2014. 2278 ; GIUDICELLI, « Garde à vue : vagues du fond avant la réforme », *RSC* 2010. 183

[1212] VLAMYNCK, « La théorie de l'apparence : enquêtes préliminaires, de flagrance et enquêtes spécifiques de mort suspecte et de disparition inquiétante », *AJ pénal* 2005. 322

[1213] DALLEST, « Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité », *AJ pénal* 2018. 298 ; TELLIER-CAYROL, « Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *AJ pénal* 2018. 400

[1214] MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017. 273

[1215] LOCHAT, Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs, puissance et impuissance de la norme juridique, in Les bonnes mœurs, publication du CURAPP, *PUF*, 1994

[1216] V. SAENKO et DETRAZ, « La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D*. 2018. 2031

[1217] Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, *D*. 2011. 2823, obs. ROUJOU DE BOUBEE, GARE, MIRABAIL et POTASZKIN ; *D* 2012. 1033, obs. DOUCHY-OUDOT ; *AJ pénal* 2011. 588, obs. PORTERON ; *Constitutions* 2012. 91, obs. COMBLES DE NAYVES ; *RSC* 2011. 830, obs. MAYAUD ; 2012. 131, obs. FORTIS ; 183, obs. DANET ; 221, obs. DE LAMY ; *RTD civ*. 2011. 752, obs. HAUSER.

[1218] PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal », *RSC* 2016. 381

l'article 706-50 du Code de procédure pénale avec renvoi au nouvel article 222-31-1 du Code pénal n'est toutefois intervenue, confirmant l'abandon d'un régime adapté à la particulière gravité autrefois attachée aux faits d'inceste[1219].

258. Impact des circonstances aggravantes. – L'instauration de circonstances aggravantes peut s'étudier comme un des moyens utilisés par le législateur pour caractériser le degré de gravité que revêt le fait infractionnel[1220]. La matérialité de l'infraction vraisemblablement commise est spécifiquement appréciée afin de sanctionner plus finement l'atteinte aux valeurs sociales protégées selon la politique pénale en vigueur[1221]. Bien qu'il soit parfois possible de s'interroger sur la cohérence de l'aggravation, cette question touche essentiellement aux effets de la gravité infractionnelle et non sur les critères afférant à sa caractérisation[1222]. Si la récidive figure permet au législateur d'aggraver la répression d'une infraction, il s'agit dans ce cas d'apprécier la dangerosité de son auteur présumé moins au regard de la matérialité des faits que de sa personnalité[1223]. Lorsque le Code pénal considère les circonstances factuelles dans lesquelles l'infraction a été commise, il se fonde sur la qualification infractionnelle envisagée[1224]. Les liens matériels entre la circonstance aggravante de bande organisée et l'infraction d'association de malfaiteurs posent un problème en pratique puisqu'il semble délicat de choisir entre les deux lors de la qualification d'un comportement[1225]. L'association de malfaiteurs est une infraction obstacle, caractérisée alors même que le projet infractionnel visé n'aurait pas été réalisé, tandis que la circonstance aggravante de bande organisée sera retenue lorsque le projet criminel a été mené à son terme[1226]. Aux termes de l'article 132-71 du Code pénal, la circonstance aggravante de bande organisée se définit comme « tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions ». La dangerosité justifiant l'adaptation du régime procédural résulte ainsi de l'organisation structurée entre plusieurs individus dans le but,

[1219] V. DARSONVILLE, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ pénal* 2017. 532
[1220] V. MAYAUD, « Qu'est-ce qu'une circonstance aggravante ? À propos de la requalification de violences avec arme en violences mortelles... », *RSC* 2018. 424
[1221] JEAN, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006. 473
[1222] DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677
[1223] COCHE, « La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français », *RSC* 2006. 216 ; LEVASSEUR, « Viol. Huis clos. Représentant légal. Circonstances aggravantes. Définition et récidive », *RSC* 1990. 341
[1224] PERRIER, « L'adaptation des incriminations », *RSC* 2017. 373
[1225] Crim. 16 mai 2018, n° 17-81.151, *AJ pénal* 2018. 365, note BEAUSSONIE ; *D*. 2018. 1073
[1226] V. PARIZOT, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541

prémédité[1227], de commettre une infraction sans qu'il ne puisse ici s'agir d'une simple coaction dénuée de toute continuité structurelle[1228]. La Chambre criminelle semble différencier la bande organisée[1229] de l'association de malfaiteurs[1230] selon un critère tenant à la structuration de l'organisation pourtant absent de la législation actuelle. En réalité, l'unique distinction légale entre la circonstance aggravante de bande organisée et l'infraction obstacle d'association de malfaiteurs concerne davantage la finalité de l'entente ou du groupement formé[1231]. Tandis que la circonstance aggravante de bande organisée devra viser la préparation de n'importe quelle infraction, l'association de malfaiteurs sera caractérisée si les crimes ou les délits préparés encourent une peine égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement. Dans chacune des deux hypothèses, le Code pénal exige la caractérisation de faits matériels afin de s'assurer d'une préparation effective de l'infraction à travers son caractère prémédité[1232]. Souhaitant toutefois réserver l'application d'un régime procédural particulièrement coercitif aux infractions les plus graves, le législateur désigne avec précision celles entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1. Dans sa décision du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel juge d'ailleurs qu'un régime procédural dérogatoire, tel qu'il a été instauré par le législateur, se justifie par la gravité du risque d'atteinte à l'ordre public susceptible d'être engendré par les infractions retenues aux articles 706-73 et 706-73-1du Code de procédure pénale[1233]. Le Conseil constitutionnel a néanmoins jugé l'abrogation de certaines dispositions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[1234], constatant un caractère disproportionné dans la coercition engendrée par rapport à la gravité des infractions visées, justifiant l'instauration d'une liste supplémentaire à l'article 706-73-1 assortie d'un régime dénué des dérogations prévues en matière de garde à vue par l'article 706-88 du même code. Enfin, l'article 706-74 du Code de procédure pénale comprend une liste réduite d'infractions soumises, lorsque la loi le prévoit, au régime dérogatoire instauré par le législateur en cas de graves atteintes à l'ordre public. Cette liste vise ainsi les infractions commises en bandes organisées non inscrites aux articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale ainsi que les délits d'associations de malfaiteurs

[1227] Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC
[1228] Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88.329, Bull. crim. n° 172 ; *D.* 2015. 2541, note PARIZOT ; *D.* 2015. Pan. 2465, obs. HERZOG-EVANS ; *AJ pénal* 2016. 141, obs. PORTERON ; *Dr. pénal* 2015, n° 120, obs. CONTE
[1229] C. pén., art. 132-71
[1230] C. pén., art. 450-1
[1231] BEAUVAIS, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75
[1232] VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004. 181
[1233] Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC
[1234] Cons. const. 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC ; Cons. const. 11 déc. 2015, n° 2015-208 QPC

prévus à l'article 450-1 du Code pénal lorsque les infractions projetées sont des crimes ou des délits réprimés de dix ans d'emprisonnement.

Alors que les lois du 9 mars 2004[1235] et du 3 juin 2016[1236] octroyaient de nouvelles prérogatives, respectivement au juge d'instruction durant l'information judiciaire et au ministère public durant l'enquête, leur mise en œuvre se justifiait par la gravité infractionnelle inhérente aux crimes et délits relevant de la criminalité organisée. Avec le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, le législateur propose d'étendre le champ de toutes ces mesures d'interception, sans les faire désormais dépendre d'une quelconque gravité infractionnelle. Ainsi, les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques seraient autorisées dès lors qu'elles concernent un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, l'accès à distance aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques devient accessible aux enquêtes portant sur un crime, tandis que les techniques spéciales d'enquêtes – unification des opérations de sonorisation et de fixation d'images, captation de données informatiques et recours à l'*IMSI Catcher* – seront disponibles pour toute enquête criminelle. Derrière l'absence d'une particulière gravité relativement aux infractions visées, le risque d'une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles interpelle. Au regard de l'intervention ponctuelle du juge des libertés et de la détention, autorité judiciaire chargée de contrôler le bien-fondé des mesures durant l'enquête, il y a lieu de penser qu'un contre-pouvoir très limité sera instauré en face d'un parquet tout puissant. Si la volonté d'étendre le pouvoir du procureur de la République se comprend dans un contexte budgétaire crispé, la marginalisation du juge d'instruction qui en résulte ne s'accompagne pas de garanties d'indépendance similaires. L'équation paraît alors tout à fait déséquilibrée, entre un parquetier hégémonique sans indépendance statutaire d'une part, et une autorité judiciaire indépendante sans véritable contrepoids d'autre part. Par une décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel censure les dispositions relatives à l'extension des mesures policières[1237]. Il est reproché au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Cette censure partielle de la loi au nom d'une méconnaissance du principe de proportionnalité était attendue. Comment raisonnablement octroyer au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une

[1235] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
[1236] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[1237] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. La mise en place d'un véritable « juge de l'enquête » devient, plus que jamais, obligatoire afin de représenter une autorité judiciaire indépendante dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

B. La gravité déduite de conséquences infractionnelles immédiates

259. Danger de mort du témoin. – La prise en compte des circonstances factuelles par le Code de procédure pénale, afin d'adapter le régime procédural applicable à l'interrogatoire de première comparution, se retrouve au sein des dispositions de l'article 117 où l'état d'un témoin en danger de mort, l'existence d'indices sur le point de disparaître et la commission d'un crime ou d'un délit flagrant justifient le non-respect des formalités de l'article 116 du même code par le magistrat instructeur, alors autorisé à procéder immédiatement à l'interrogatoire[1238]. La mise en œuvre immédiate de l'interrogatoire de première comparution, en autorisant le juge à s'affranchir des modalités requises par l'article 116 du Code de procédure pénale, tend à adapter le régime procédural en raison de la gravité du fait infractionnel vraisemblablement commis.

260. Objectifs associés à la garde à vue. – Depuis la loi du 14 avril 2011, l'instauration d'une mesure de garde à vue demeure soumise à l'un des objectifs visés par l'article 62-2 du Code de procédurale pénale. La mesure de garde à vue doit être l'unique moyen procédural de « permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne[1239] », de « garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête[1240] », d'« empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels[1241] », d'« empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches[1242] », d'« empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses co-auteurs ou complices[1243] » et enfin de « garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire

[1238] Crim. 20 avr. 1972, Bull. crim., n° 136, V. BOULOC, « Réforme de la procédure pénale », *RSC* 1994. 589
[1239] C. pr. pén., art 62-2, 1°
[1240] C. pr. pén., art 62-2, 2°, V. CORDIER, « Le placement en garde à vue aux fins de garantir la comparution éventuelle devant le procureur de la République », *RSC* 2017. 765
[1241] C. pr. pén., art 62-2, 3°
[1242] C. pr. pén., art 62-2, 4°
[1243] C. pr. pén., art 62-2, 5°

cesser le crime ou le délit[1244] ». L'utilité de la mesure se comprend à travers deux finalités principales : assurer le bon déroulement des investigations et empêcher les agissements néfastes du mis en cause[1245]. Ces objectifs impliquent l'existence de craintes quant aux conditions de représentation ou d'agissement de la personne suspectée d'avoir participé à la commission d'une infraction. A partir des indices préalablement obtenus, un pronostic sur l'avenir est requis afin de déterminer si la gravité infractionnelle caractérisée rend la mesure de garde à vue indispensable au bon déroulement des investigations ou au cheminement procédural vers le prononcé d'une sanction pénale[1246]. La gravité infractionnelle est prise en compte afin de justifier un placement en garde à vue[1247]. A travers les objectifs édictés par le législateur, la coercition engendrée doit être proportionnée à une gravité infractionnelle explicitement caractérisée[1248]. Les dispositions de l'article 62-3 du Code de procédure pénale évoquent la prise en considération du critère de gravité quant aux faits vraisemblablement commis afin de justifier le caractère proportionné du maintien et, le cas échéant, de la prolongation des mesures de garde à vue[1249]. C'est au procureur de la République d'apprécier les conséquences négatives d'une infraction vraisemblablement commise afin qu'elles puissent justifier la nécessité d'un placement en garde à vue[1250]. L'exigence d'objectifs légaux implique un contrôle de légalité juridictionnel sur la nécessité et la proportionnalité du placement en garde à vue, consistant à apprécier la gravité de l'infraction soupçonnée à travers les effets néfastes qu'elle serait susceptible d'engendrer[1251].

261. Objectifs associés à la détention provisoire. – Le caractère exceptionnel de la détention provisoire se perçoit à travers les objectifs exigés par l'article 144 du Code de procédure pénale afin d'autoriser l'instauration ou la prolongation d'une telle mesure attentatoire aux libertés individuelles[1252]. La loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme[1253] aura d'ailleurs pour

[1244] C. pr. pén., art 62-2, 6°
[1245] Crim. 7 juin 2017, n° 16-87.588, *AJ pénal* 2017. 403, note ROUSSEL
[1246] LAVAUD-LEGENDRE, « Quand le législateur se veut pédagogue... », *RSC* 2016. 725
[1247] V. MIANSONI, « L'initiative du placement en garde à vue », *AJ pénal* 2012. 517
[1248] V. en ce sens, PERRIER, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *D*. 2016. 2134
[1249] V. ROETS, « Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions », *RSC* 2011. 208
[1250] DINTILHAC, « Rôle et attributions du procureur de la République », *RSC* 2002. 35
[1251] PELLE, « La nécessité de la garde à vue : quel contrôle juridictionnel après la réforme ? », *D*. 2017. 1339
[1252] V. VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC* 2016. 551
[1253] Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme

conséquence de prévoir un nouvel objectif associé à la détention provisoire[1254]. La gravité infractionnelle est explicitement évoquée, justifiant l'instauration d'une mesure de détention provisoire lorsqu'elle est l'unique moyen de mettre fin au trouble exceptionnel et persistant de l'ordre public[1255]. La loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale[1256] étend encore davantage les circonstances factuelles justifiant l'instauration ou la prolongation d'une mesure de détention provisoire[1257]. L'article 137 du Code de procédure pénale fait d'ailleurs explicitement référence au caractère exceptionnel de la mesure[1258]. Les sept objectifs prévus ont pour finalité d'éviter les risques immédiats que pourrait engendrer une situation infractionnelle suffisamment grave sur le déroulement des investigations ou, plus généralement, sur l'ordre public. Les dispositions relatives à la garde à vue se sont d'ailleurs inspirées de la liste des objectifs associés à la détention provisoire[1259]. La coercition engendrée doit sembler justifiée au regard de l'unique moyen pour la mesure de détention provisoire de « conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité[1260] », d'« empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille[1261] », d'« empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses co-auteurs ou complices[1262] », de « protéger la personne mise en examen[1263] », de « garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice[1264] », de « mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement[1265] », et enfin de « mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé[1266] ». La gravité de la situation infractionnelle est prise en compte à travers les critères de l'article 144 du Code de procédure pénale pour justifier le caractère indispensable, et par conséquent exceptionnel,

[1254] DINTILHAC, « Détention provisoire : impact de la loi du 30 décembre 1996 sur la pratique judiciaire », *RSC* 1998. 149
[1255] C. pr. pén., art 144, 3°, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre en vigueur le 31 mars 1997 jusqu'au au 1er janvier 2001
[1256] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale
[1257] NORD-WAGNER, « La détention provisoire : un équilibre renforcé ? », *AJ pénal* 2007. 113
[1258] V. MATSOPOULOU, « Le juge des libertés et de la détention : un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire ? », *D*. 2008. 1494
[1259] V. en ce sens, CORDIER, « Le placement en garde à vue aux fins de garantir la comparution éventuelle devant le procureur de la République », *RSC* 2017. 765
[1260] C. pr. pén., art 144, 1°
[1261] C. pr. pén., art 144, 2°
[1262] C. pr. pén., art 144, 3°
[1263] C. pr. pén., art 144, 4°
[1264] C. pr. pén., art 144, 5°
[1265] C. pr. pén., art 144, 6°
[1266] C. pr. pén., art 144, 7°

de la mesure de détention provisoire[1267]. Par l'appréciation des circonstances factuelles, le juge détermine si la gravité de la situation infractionnelle présumée risque d'engendrer les effets néfastes prévus par les dispositions du Code de procédure pénale afin de justifier la mise en œuvre des mesures procédurales qu'il organise.

§ 2 – La caractérisation par référence aux circonstances personnelles

262. Appréciation d'une dangerosité personnelle. – La dangerosité de l'individu pourrait constituer un facteur caractérisant la gravité d'une situation infractionnelle, justifiant le déploiement de mesures procédurales adaptées[1268]. Les hypothèses de récidive légales représentent d'abord une forme d'échec de la répression pénale initialement déterminée selon la personnalité d'un individu[1269]. L'individu en situation de récidive légale dégage une certaine forme de dangerosité personnelle[1270]. Sans considérer uniquement la situation particulière de récidive, la réitération d'un fait infractionnel malgré une condamnation antérieure témoigne à la fois d'un échec des peines prononcées, mais également une dangerosité particulière de l'individu[1271]. La dangerosité personnelle représente alors un critère susceptible de renseigner l'observateur sur le degré de gravité d'une situation infractionnelle, justifiant la mise en œuvre d'un cadre procédural adapté[1272].

263. Spécificité des mineurs. – Les dispositions pénales spécifiquement applicables aux mineurs, selon l'ordonnance du 2 février 1945[1273], se comprennent par cette même volonté d'adapter la procédure aux circonstances personnelles[1274]. La dimension éducative propre aux mesures applicables à la minorité délinquante se voit de plus en plus menacée par la quête d'une efficacité répressive[1275]. Pour autant, la considération de la gravité infractionnelle conduit à relativiser ce besoin de coercition. Il existe en effet une vulnérabilité dans la personne du mineur, laquelle incite davantage à asseoir l'aspect éducatif du cadre instauré[1276]. La minorité implique ainsi une atténuation des sanctions prononcées, précisément en raison d'une

[1267] V. sur la détermination de la nature de la détention provisoire, SIMON, « Les incohérences de la mise en liberté médicale ou la confirmation des incertitudes quant à la nature de la détention provisoire », *RSC* 2016. 219
[1268] GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010. 69
[1269] FICARA, « De nouveaux dispositifs de lutte contre la surpopulation carcérale ? », *AJ pénal* 2018. 347
[1270] Crim. 28 mars 2018, n° 17-86.938 APB, *D*. 2018. 725 ; V. CORDIER, « Le placement en rétention de sûreté impose de vérifier, au préalable, que le condamné a effectivement été mis en mesure de bénéficier d'une prise en charge adaptée à son état », *RSC* 2018. 468
[1271] DARSONVILLE, « La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride », *D*. 2006. 2116
[1272] CLEMENT, « Mieux prévenir la récidive », *AJ pénal* 2005, p. 345
[1273] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
[1274] V. DUBOIS et BOUCHET, « Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond », *D*. 2018. 1268
[1275] GALLARDO, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC* 2017. 713
[1276] DE LAMY, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC* 2008. 133

construction intellectuelle, non encore finalisée[1277]. Lorsque la gravité d'une situation infractionnelle sa caractérise à partir des circonstances personnelles de son auteur présumé, elle se trouve en lien avec l'appréciation d'une certaine dangerosité propre à chaque être humain[1278]. Cette prise en considération des circonstances personnelles de l'individu suspecté justifie l'adaptation des mesures procédurales[1279]. La réponse pénale devrait d'abord s'adoucir selon la vulnérabilité du mineur tandis qu'elle se durcirait dans les cas de récidives. Signe de l'adaptation procédurale, la gravité infractionnelle s'apprécie d'une part d'après la minorité du suspect (A) et, d'autre part, selon l'état de récidive du suspect (B).

A. La gravité appréciée d'après la minorité du suspect

264. Primauté d'une dimension éducative. – Avant même l'entrée en vigueur du Code pénal de 1810, la minorité délinquante est traitée de manière distincte par rapport à la délinquance des majeurs[1280]. Fondée sur le discernement de l'enfant[1281], cette distinction suppose un adoucissement de la réponse pénale concernant les mineurs de moins de 16 ans, alors placés en maison de correction, tandis que les enfants nécessairement discernants à partir de 16 ans relèvent de la prison correctionnelle[1282]. La prise en compte de la fragilité du mineur justifie l'instauration d'un régime spécifique[1283]. Si aucun âge minimum n'existe en France relativement à l'engagement de la responsabilité pénale du mineur, son discernement est pris en compte pour justifier la responsabilité pénale, contrairement aux règles du droit civil où l'effort d'indemnisation réfute sa prise en considération. L'organisation d'une réponse pénale est alors davantage axée sur l'aspect éducatif et la protection bienveillante de l'enfance[1284]. L'intérêt de l'enfant, vulnérable par nature, explique la primauté des mesures éducatives conformément à la volonté initiale d'inscrire la répression du mineur délinquant au rang des exceptions dans l'ordonnance du 2 février 1945[1285]. Réaffirmant la nécessité de rechercher en priorité un relèvement éducatif et moral, le Conseil Constitutionnel érige d'ailleurs l'atténuation

[1277] BONFILS, « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement », *AJ pénal* 2012. 312
[1278] FIECHTER-BOULVARD, « La dangerosité : encore et toujours... » *AJ pénal* 2012. 67
[1279] V. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015. 257
[1280] THOMAS, « La détention des mineurs », *RSC* 1990. 417
[1281] BOUCHET, « Âgé de cinq ans et déjà verbalisé pour stationnement irrégulier ! », *D*. 2018. 399
[1282] LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC* 2008. 200
[1283] DANET, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle », *RSC* 2010. 49
[1284] BONFILS, « L'autonomie du droit pénal des mineurs, entre consécration et affaiblissement », *AJ pénal* 2012. 312
[1285] BENHAMOU, « Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D*. 1993. 103

de la responsabilité pénale des mineurs au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République[1286]. La visée éducative d'une réponse pénale organisée en faveur du mineur implique un effort porté sur sa resocialisation et la non-stigmatisation d'un comportement trouvant sa source dans un manque de maturité[1287]. Plus le mineur est jeune et plus la mesure pénale revêtirait une dimension éducative avec la nécessité de nuancer la sévérité de la coercition qui pourrait en résulter[1288]. La nature éducative des mesures applicables à l'enfance délinquante consiste à faire prendre conscience du sens des actes vraisemblablement commis, indépendamment de la gravité du trouble susceptible d'avoir été causé à l'ordre public[1289]. La politique pénale applicable à l'enfance délinquante a souvent été mise à mal dans les cas, très médiatisés, où le mineur se trouvait matérialisé par des majeurs aux fins de déjouer la sévérité répressive leur étant applicable[1290]. L'inefficacité apparente d'une répression pénale favorable aux mineurs engendre progressivement un glissement vers une répression plus marquée, au risque de trahir l'inspiration originelle de l'ordonnance régissant l'enfance délinquante[1291]. Les multiples réformes de l'ordonnance de 1945 s'inscriraient dans un dévoiement de la logique éducative initiale au profit d'une dimension ouvertement répressive, avec en toile de fond des interrogations légitimes sur une volonté lancinante de supprimer la distinction entre les mineurs et les majeurs[1292] ou, tout du moins, d'abaisser l'âge de la majorité pénale alors même qu'une société moderne telle que la nôtre pousse l'enfant vers des études plus longues tout en freinant l'acquisition d'une véritable maturité d'esprit. Les réformes législatives intervenues récemment tendent à témoigner une certaine volonté d'assimiler le mineur dès 16 ans au majeur[1293], avec toutefois le risque de perdre de vue la fragilité inhérente au manque de maturité du mineur dont il faudrait davantage étendre la protection jusqu'à 21 ans[1294].

265. Incursion d'une dimension répressive. – L'absence de visibilité sociale de la politique pénale confine à l'assimilation néfaste des mineurs aux majeurs, avec une volonté de marquer l'opinion publique plutôt que d'insister sur la dimension éducative d'une mesure dont les bienfaits s'entreverront à long terme[1295]. Alors que la minorité de la personne gardée à vue

[1286] Cons. const., décis. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, JO 10 sept.
[1287] LAZERGES, « Processus de socialisation et apprentissage de la règle de droit », *RSC* 1993. 593
[1288] BALDUYCK et LAZERGES, « Réponses à la délinquance des mineurs », *RSC* 1998. 610
[1289] V. BREGER, « La protection des mineurs sur internet », *AJ pénal* 2009. 112
[1290] LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997. 186
[1291] GALLARDO, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC* 2017. 713
[1292] DE LAMY, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC* 2008. 133
[1293] DE LAMY, « Droit pénal des mineurs : une spécificité toujours limitée », *RSC* 2012. 227
[1294] V. sur l'exemple de la législation allemande, LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC* 2011. 728
[1295] LORVELLEC, « Être assesseur en 2008. Réflexions sur la pratique d'un assesseur », *Arch. Pol. Crim*., n° 30, p.135 s., 2008

exige spécifiquement une information à destination de ses parents ou, plus généralement de ses représentants légaux, avec une consistance variable selon qu'il ait 13 ou 16 ans, la mise en œuvre des dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945[1296] relative à l'enfance délinquante modifie la réponse procédurale en l'adaptant au seuil de gravité, dont l'âge constitue nécessairement un critère de caractérisation[1297]. La prise en considération de l'âge du suspect par le législateur contribue à adapter la procédure en réduisant la durée du placement en garde à vue selon que le mineur ait entre 10 et 13 ans d'une part, au moins 13 ans d'autre part[1298]. Si dans la première hypothèse le mineur ne peut faire l'objet d'un placement en garde à vue, l'existence d'indices graves et concordants laissant présumer sa participation à la commission d'une infraction autorise l'officier de police judiciaire à mettre en œuvre une mesure de rétention justifiée par l'un des objectifs prévus par l'article 62-2 du Code de procédure pénale, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit réprimé par au moins cinq ans d'emprisonnement[1299]. Le placement en garde à vue est en revanche permis s'agissant de la seconde hypothèse du mineur âgé d'au moins 13 ans avec une durée initiale fixée à 24 heures assortie de conditions d'information et de prolongation spécifiques. Le quantum de la peine entre en considération[1300] lorsque le placement en garde à vue vise un mineur âgé de 13 à 16 ans puisque dans ce cas, la prolongation est seulement admise si l'infraction est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq années tandis qu'elle demeure autorisée sans condition dans les situations où le mineur est âgé de plus de 16 ans[1301]. S'agissant des droits octroyés à la personne gardée à vue, l'ordonnance de 1945 déroge aux dispositions traditionnellement applicables en prévoyant la désignation d'un médecin dès le début de la mesure lorsqu'elle concerne un mineur de 16 ans[1302]. La fragilité inhérente à la minorité du suspect a engendré l'instauration d'un enregistrement audio-visuel des propos révélés durant les interrogatoires de garde à vue[1303].

[1296] Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
[1297] V. LAZERGES, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991. 414
[1298] V. LAZERGES, « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010. 275
[1299] ROUJOU DE BOUBEE, « La réforme de la garde à vue », *D*. 2011. 1570
[1300] LORRAIN et INGRAIN, « L'impact du quantum d'une peine d'emprisonnement encourue sur l'applicabilité de certaines règles de procédure pénale », *AJ pénal* 2015. 589
[1301] DUBOIS et BOUCHET, « Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond », *D*. 2018. 1268
[1302] Ord. n° 45-174 du 2 février 1945, art. 4
[1303] Ord. n° 45-174 du 2 février 1945, art. 4 depuis la loi du 15 juin 2000

B. La gravité appréciée d'après la récidive du suspect

266. Impact pénal de la dangerosité personnelle. – La dangerosité de la personne en situation de récidive, voire de réitération, a suscité très tôt l'intérêt d'une doctrine soucieuse de déterminer un cheminement procédural adapté[1304]. La sévérité des dispositions introduites par la loi du 27 mai 1885[1305] engendre une distinction entre l'aggravation des sanctions par l'état de récidive ordinaire et la relégation en terre inhospitalière des multirécidivistes[1306]. L'ancien Code pénal établissait lui aussi une distinction en matière de récidive, calquée cette fois sur la nature des infractions commises[1307]. Petite et grande récidives trouvaient leur intérêt dans les effets attachés[1308]. Tandis que la grande récidive était générale et perpétuelle, la petite était générale, mais temporaire, avec un délai de cinq années séparant les deux infractions. La simplification souhaitée par le Code pénal de 1994 s'est accompagnée d'une prise en compte plus sévère des situations de récidive[1309]. Cette prise en compte plus sévère de la dangerosité des personnes en état de récidive est au cœur des modifications légales intervenues en la matière[1310]. Plutôt que de s'intéresser à la dangerosité personnelle d'un individu par le biais de la prévention, le législateur de 2005 accroît la répression applicable en élargissant le domaine de la récidive[1311]. L'introduction des peines planchers et l'aggravation des situations de multi-récidives par la loi du 10 août 2007[1312] contribuent à considérer la dangerosité infractionnelle sous un angle répressif plutôt que préventif[1313]. Une obligation de soins est toutefois instaurée depuis la loi du 17 juin 1998[1314], relative à la prévention et à la répression de la délinquance sexuelle[1315]. Le législateur de 2005[1316] poursuit la prise en charge médicale des délinquants

[1304] RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la récidive. De la notion de consuetudo delinquendi au concept de dangerosité », *Rev. sc. crim*. 2000. 319
[1305] Loi du 27 mai 1885 relative aux récidivistes, JORF 28 mai 1885, p. 2721
[1306] SANCHEZ, « La relégation des récidivistes : enjeux politique et pénal, in Les récidivistes ». Représentations et traitements de la récidive, XIXe-XXIe siècle, sous la dir. de J.-P. ALLINNE et M. SOULA, *Presses universitaires de Rennes*, 2010, p. 155
[1307] PRADEL, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D*. 2013. 725
[1308] V. MATHIEU, « L'application de la loi pénale dans le temps », *RSC* 1995. 257
[1309] LUCAZEAU, « Le temps en droit pénal », *RSC* 1990. 521
[1310] DELATTRE, « Peine, Dangerosité - Quelles certitudes ? » Essais de philosophie pénale et de criminologie, *RSC* 2011. 965
[1311] ROBERT, « Les murailles de silicium. Loi n° 2005-1549 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *JCP* 2006. I. 116 ; HERZOG-EVANS, « Récidive : surveiller et punir plutôt que prévenir et guérir », *AJ pén.* 2005. 305 ; JANAS, « Le juge de l'application des peines : un acteur essentiel pour lutter contre la récidive », *AJ pén.* 2005. 347
[1312] Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs
[1313] PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *D*. 2007. 2247
[1314] Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs
[1315] C. pr. pén., art. 763-5
[1316] Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005

particulièrement dangereux avec l'extension du suivi socio-judiciaire. La loi du 10 août 2007[1317] établit l'injonction de soin en tant que principe dans les cas de suivis socio-judiciaires. La dangerosité des personnes condamnées justifie en outre le prononcé par le juge de l'application des peines d'interdictions tenant à la fréquentation de lieux accueillant des mineurs. L'interdiction peut aussi viser l'exercice d'une activité professionnelle impliquant un contact avec des mineurs. Plus généralement, la fréquentation des mineurs peut être proscrite par le juge[1318]. Les cas de récidive légale amènent à s'interroger sur la gravité d'une situation infractionnelle où l'auteur semble hermétique aux mesures pénales préalablement jugées[1319]. La récidive légale impose de s'intéresser au passé infractionnel de l'individu dans le but d'établir un pronostic sur l'avenir de son comportement futur[1320].

267. Termes de l'appréciation. – La récidive légale se distingue en effet de notions voisines, témoignant elles aussi d'un degré de gravité infractionnelle[1321]. La rechute par laquelle la personne mise en cause retombe dans la commission d'une infraction ne peut suffire, d'abord, à engendrer une adaptation de la procédure pénale[1322]. Le particularisme de la récidive légale tient à la réitération, pour la personne préalablement condamnée, d'une infraction spécifiée par les textes dans un délai également préétabli[1323]. En ce sens, la récidive légale se distingue d'une approche chronologique davantage centrée sur la reproduction d'un comportement infractionnel, qu'il ait été ou non pénalement réprimé[1324]. La prise en compte d'une sanction préalable à la rechute autorise toutefois à mesurer l'efficacité du système répressif par sa capacité à endiguer la réitération du fait infractionnel[1325]. La dangerosité de la personne mise en cause après une première condamnation transparaît dans les cas de récidive[1326]. Le législateur doit alors prendre en considération les éléments de situation personnelle qui rende la personne mise en cause perméable à la répression afin d'adapter au mieux la procédure pénale applicable. Les limites légales dans lesquelles s'installe une situation de récidive obligent à la distinguer des réitérations infractionnelles[1327]. La commission réitérée d'une infraction ne coïncide ainsi pas forcément avec les critères de temporalité et de qualifications légales retenus par le texte

[1317] Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007
[1318] C. pén., art. 131-36-2
[1319] HALPERIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *RSC* 2010. 9
[1320] HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ pénal* 2007. 35
[1321] PONCELA, « La question de la récidive », *RSC* 2005. 613
[1322] KENSEY, « Définir et mesurer la récidive : nécessité d'éclairer le débat », *AJ pénal* 2007. 393
[1323] V. DARSONVILLE, « La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride », *D*. 2006. 2116
[1324] V. KELLENS, « Éléments de criminologie », 1998, *Bruylant*, p. 212 et s.
[1325] V. MONNERY, « Milieu ouvert, milieu fermé : quels effets sur la récidive ? », *AJ pénal* 2016. 253
[1326] ROUVILLOIS, « La notion de dangerosité devant le Conseil constitutionnel », *D*. 2006. 966
[1327] V., BOULOC, Droit pénal général, 2005, *Dalloz*, n° 655 ; LE GUNEHEC et DESPORTES, Droit pénal général, 2004, *Economica*, n° 893

légal instituant une circonstance aggravante de récidive. Définie depuis la loi du 12 décembre 2005[1328], la réitération d'infractions pénales apparaît dorénavant à l'article 132-16-7 alinéa 1 du Code pénal[1329]. D'après ce texte, « Il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale ». La gravité infractionnelle d'une réitération d'infractions justifie une adaptation de la réponse pénale. L'alinéa 2 du texte dispose ainsi que « les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente ». Cette confirmation législative de la règle du cumul des sanctions, sans confusion possible, pourrait favoriser une aggravation des peines à purger. Justifiant l'aggravation des réponses pénales, la récidive légale est caractérisée lorsqu'une première condamnation de nature pénale[1330] a été définitivement prononcée par une juridiction française, ou un pays membre de l'Union européenne, tandis qu'une seconde infraction est en cours de commission. La récidive concerne seulement certaines infractions, voire seulement certaines peines. La gravité infractionnelle résulte d'abord de la commission d'un crime, d'un délit ou d'une contravention de cinquième classe. Les mesures prononcées par le Juge des enfants dans le domaine de la protection de l'enfance et de l'assistance éducative ne sont pas considérées comme des peines. Elles ne constitueront pas le premier terme de l'état de récidive[1331]. Cette condamnation doit d'ailleurs exister au moment où une seconde infraction est commise. La réhabilitation légale ou judiciaire[1332], mais aussi les lois d'amnistie[1333] font ainsi obstacle à la caractérisation d'un état de récidive. A l'inverse, la grâce dispense simplement d'exécuter la peine, sans incidence sur la condamnation[1334]. Bien qu'elle soit réputée non avenue, la mesure de sursis peut constituer le premier terme d'un état de récidive légale[1335]. Plus encore que son existence, l'infraction initiale doit entrer dans le champ des dispositions sur la récidive[1336]. Il doit alors s'agir d'un crime, d'un délit dont la peine atteint une certaine importance ou d'une contravention atteignant la gravité prévue par la cinquième classe. La loi du 10 août 2007[1337] avait introduit le mécanisme des peines planchers interdisant

[1328] Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales
[1329] DARSONVILLE, « La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride », *D*. 2006. 2116
[1330] C. pén., art. 132-8 et 132-11
[1331] Ordo., 2 févr. 1945, art. 20-2 depuis la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007
[1332] Crim. 7 sept. 1922, Bull. crim., n° 307
[1333] Crim. 18 sept. 1890, DP 1891. 1. 186 ; Crim. 5 juin 1996, Bull. crim., n° 232, *Rev. sc. crim.* 1997. 373, obs. BOULOC
[1334] Crim. 5 juill. 1821, Bull. crim., n° 108 ; 4 juill. 1828
[1335] Crim. 11 janv. 2011, n° 10-81.781, *Dalloz actualité*, 14 févr. 2011, obs. LENA
[1336] C. pén, art. 132-8 à 132-10
[1337] Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs

au juge de descendre en deçà d'un minimum légal, et ce malgré son appréciation de la dangerosité vraisemblable de l'individu. La connaissance de la personnalité est au cœur des remaniements successifs intervenus en matière de récidive. Afin d'aider à l'évaluation de la dangerosité des personnes mises en cause, la loi du 10 mars 2010[1338] instaure un répertoire de données personnelles collectées dans le cadre des procédures judiciaires. Les infractions visées par cette mesure correspondent à celles pour lesquelles un suivi socio judiciaire doit être mis en œuvre[1339]. La prévention du risque de renouvellement de l'infraction justifie également la possibilité d'ordonner une expertise médicale à l'égard du condamné dont la peine a été suspendue[1340]. Signe d'une nécessaire prise en compte de la dangerosité vraisemblable des personnes mises en cause, la loi du 15 août 2014[1341] supprime les peines planchers[1342]. L'appréciation d'une gravité infractionnelle à travers la dangerosité apparente d'un individu mis en cause ne doit toutefois pas limiter ses effets au seul alourdissement des peines prononcées[1343]. La diversification de la réponse pénale doit ainsi tenir compte de la personnalité et du risque de réitération d'un comportement pénalement prohibé[1344]. Un pronostic sur l'avenir doit intervenir quant au risque social présent par l'individu[1345] avec une préconisation non seulement sur la sanction pénale, mais aussi sur le cheminement procédural[1346]. L'instauration d'un observatoire de la récidive autoriserait cette démarche visant à améliorer la connaissance des sources de la récidive et, par conséquent, de moyens efficaces pour la prévenir[1347]. Une commission d'analyse et de suivi de la récidive composé de praticiens a rendu un rapport au terme duquel des pistes sont avancées quant à la meilleure prise en compte d'une gravité infractionnelle[1348]. La mise en place d'une échelle de la dangerosité[1349] criminologique constitue d'ailleurs une des préconisations du groupe.

[1338] Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010[1338] tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale
[1339] C. pr. pén., art. 706-56-2
[1340] C. pr. pén., art. 720-1-1, al. 6
[1341] Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales
[1342] C. pr. pén., art. 707
[1343] SCHNAPPER, « La récidive, une obsession créatrice du XIXe siècle », in « Voies nouvelles en histoire du droit », *PUF*, 1991 ; BOURBEAU, « De la récidive et des moyens de la réprimer », 1878
[1344] V. Rapport de la Commission d'analyse et de suivi de la récidive, 28 juin 2007, La Documentation française, et les études citées *in* GASSIN, « Criminologie », 2003, *Dalloz*, n° 713
[1345] V. DANET et SAAS, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007. 779
[1346] HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ pénal* 2007. 357
[1347] V. BLANC, POTTIER, SENON, SOULEZ -LARIVIÈRE et TOURNIER, « Il faut créer un observatoire de la récidive », *Le Monde*, 10 sept. 2005
[1348] Rapport de la commission d'analyse et de suivi de la récidive, *La Documentation française*, 2007
[1349] PRADEL, « Les recommandations de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive », *D*. 2013. 725

Section 2 – Le contrôle de la gravité infractionnelle

268. Vraisemblance des circonstances matérielles. – La gravité du fait infractionnel apparent, telle qu'elle se déduit d'une appréciation des indices résulte soit du trouble vraisemblablement porté à l'ordre public d'une part, soit de la dangerosité du participant présumé à l'infraction commise d'autre part. Si l'expertise psychiatrique du participant présumé à l'infraction commise constitue un moyen d'en vérifier la dangerosité[1350], la matérialité d'une infraction supposée en lien avec des faits de criminalité organisée devrait également être vérifiée avant de pouvoir engager la mise en œuvre d'un régime procédural approprié[1351]. Lorsqu'il s'agit d'apprécier les circonstances matérielles de l'infraction afin d'en caractériser la gravité, c'est bien l'importance de l'atteinte vraisemblablement portée à l'ordre public qui devrait faire l'objet d'une vérification[1352]. L'impératif d'une vérification menée sur la matérialité du trouble social présumé s'oppose ainsi au déploiement d'une coercition fondée sur de simples suppositions. La mise en œuvre proactive des moyens d'investigation impliquerait, à l'inverse, une caractérisation sommaire de la gravité infractionnelle avec l'objectif d'endiguer une situation infractionnelle avant même que sa matérialité ne soit entièrement constatée[1353]. Dès lors, le déploiement de la coercition autorisée dépend du seuil de gravité infractionnelle caractérisé[1354]. S'intéresser à la vérification de la gravité infractionnelle revient à étudier la tolérance, tant légale que jurisprudentielle, dans la caractérisation d'une gravité infractionnelle vraisemblable en tant que variable justifiant le déploiement d'une coercition spécifique[1355]. Il s'agit alors de contrôler l'apparence reflétée sous l'angle de la gravité infractionnelle[1356]. Cette gravité résulte de la qualification pénale vraisemblable d'une part (§1), et des conséquences sociales potentielles d'autre part (§2).

[1350] V. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011. 21
[1351] V. par exemple en matière d'adaptation du régime de la garde à vue, DESPREZ, « De la garde à vue du mineur de seize ans dans le cadre de l'enquête pour criminalité organisée », *D*. 2007. 2679
[1352] GIRAULT, « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC* 1998. 715
[1353] PRADEL, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D*. 1998. 57
[1354] V. DECIMA, « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D*. 2018. 103
[1355] V. TOUILLIER, « La marche du contrôle : ou l'intégration de l'état d'urgence dans un droit hors du commun par la loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *Lexbase* n° L2052LHH ; WACHSMANN, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2016. 2425 ; V. aussi, Crim. 13 déc. 2016, n° 16-82.176, 16-84.162 et 16-84.794 ; Crim. 28 mars 2017, n° 16-85.072 et 16-85.073 ; Crim. 3 mai 2017, n° 16-86.155 ;
[1356] BEAUSSONIE, La poursuite de la reconquête du contrôle de l'état d'urgence par la chambre criminelle, D. 2017. 1175 ; HERRAN et LACAZE, « Affirmation de la compétence du juge pénal dans le contrôle des perquisitions administratives », *AJ pénal* 2017. 30 ; LE BOT, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *RFDA* 2016. 436 ; PERRIER, « Le juge pénal et le contrôle des perquisitions administratives », *JCP* 2017. 473 ; PERRIER, « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *RFDA* 2017. 949

§ 1 – Le contrôle d'une qualification pénale vraisemblable

269. Régime procédural lié à la qualification pénale. – Lorsque le Code de procédure pénale justifie la mise en œuvre d'un régime procédural particulier sur la qualification d'une infraction qu'il détermine, la réponse pénale se trouve adaptée à la gravité infractionnelle[1357]. La vraisemblance d'une situation infractionnelle spécifiquement visée par le Code de procédure pénale engendre la mise en œuvre d'une réponse pénale dérogatoire au droit commun[1358]. Plusieurs comportements pénalement répréhensibles sont au centre d'un cheminement procédural dérogatoire, qu'il s'agisse de l'association de malfaiteurs[1359], du terrorisme[1360], de la criminalité organisée[1361] ou encore du proxénétisme[1362]. Il s'agit par conséquent de contrôler la qualification pénale vraisemblable afin de vérifier l'application justifiée d'une coercition dérogatoire procéduralement organisée par le Code de procédure pénale[1363]. Seront ainsi détaillées les qualifications pénales d'association de malfaiteurs (A), de crimes et délits terroristes (B), de criminalité organisée (C) et enfin, de proxénétisme (D).

A. Le contrôle porté sur l'association vraisemblable de malfaiteurs

270. Importance d'une définition. – L'association de malfaiteurs, infraction qui engendre l'application d'un régime procédural spécifique propre à constituer une adaptation de la réponse pénale, se distingue de multiples infractions se ressemblant, mais qui, elles, n'impliquent pas la mise en œuvre d'un cheminement procédural légalement prédéterminé[1364]. Si le texte de l'article 450-1 du Code pénal vise simplement les infractions selon la peine leur étant attribuée[1365], le Code de procédure pénale, lui, impose que les infractions prévues par l'association de malfaiteurs entrent dans les cas considérés comme étant les plus graves[1366].

[1357] PERRIER, « L'adaptation des incriminations », *RSC* 2017. 373
[1358] ALIX et CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017. 845 ; DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677
[1359] V. MAYAUD, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ pénal* 2013. 442
[1360] CATELAN, « Lutte contre le terrorisme », *RSC* 2015. 425
[1361] V. TOCORA, « Crime organisé et lois d'exception », *RSC* 1999. 87
[1362] V. BRIGANT « Quand le droit pénal ajourne la nuit », *RSC* 2005. 819
[1363] DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D*. 2004. 1912 ; MOLLA, « États d'âme d'un avocat à propos des JIRS », *AJ pénal* 2010. 119
[1364] V. PARIZOT, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541 ; Crim. 8 juillet 2015, n° 14-88.329, *D*. 2015. 2541
[1365] GIRAULT, « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC* 1998. 715
[1366] MAYAUD, « Le crime terroriste de participation à une association de malfaiteurs : une aggravation révélée dans sa juste portée », *AJ pénal* 2016. 526

C'est la qualification de l'infraction présumée, à partir des circonstances factuelles déduites des indices, qui caractérise une certaine gravité du comportement prohibé, justifiant alors l'adaptation du régime procédural[1367]. La gravité infractionnelle résulte de la peine attachée à la qualification pénale de l'infraction considérée, laquelle s'accommode des circonstances aggravantes légalement prévues afin d'affiner encore la gravité des faits. Alors que la peine édictée par le Code pénal classe objectivement les infractions selon une échelle de gravité, conformément à leur qualification déduite des circonstances factuelles, il reste toutefois possible de s'interroger sur la pertinence d'une gravité infractionnelle appréciée selon l'esprit du temps politique en vigueur sans, forcément s'attacher à la dimension subjective qu'implique la prise en compte de la dangerosité du suspect[1368].

271. Distinction des notions voisines. – La gravité infractionnelle déduite d'une situation d'association de malfaiteurs repose sur ce qu'elle recouvre légalement[1369]. Elle résulte de l'association en vue de commettre une infraction grave, telle que le prévoient le Code pénal d'une part ou encore les infractions précisément listées par le Code de procédure pénale d'autre part. L'exploitation des indices permet de contrôler la gravité infractionnelle, à travers la vérification des faits matériels laissant présumer la concrétisation de la préparation des infractions listées par le Code de procédure pénale ou visées par le Code pénal. Contrôler la gravité du fait infractionnel vraisemblable revient à vérifier la matérialité apparente de faits, telle qu'elle est déduite des indices. Il existe ainsi de multiples infractions voisines de l'association de malfaiteurs et il convient donc de les distinguer afin de vérifier que la gravité infractionnelle justifiant l'adaptation de la réponse pénale ait été correctement caractérisée à l'aune des indices préalablement obtenus. Si l'association de malfaiteurs fait partie des infractions suffisamment graves pour engendrer une adaptation de la réponse pénale à travers la mise en œuvre d'un régime procédural spécifique alors il importe de savoir quel comportement doit être caractérisé. Le terrorisme constitue ainsi une hypothèse extrême en termes de gravité infractionnelle de l'association de malfaiteurs. Le terrorisme nourrit des liens avec l'association de malfaiteurs, en tant qu'infraction obstacle[1370] dont la finalité terroriste constitue une aggravation. Lorsque l'association de malfaiteurs en tant que telle ne parvient pas

[1367] LAZERGES et HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016. 649
[1368] V. HERRMANN, « Les mesures de sûreté - Étude comparative des droits pénaux français et allemand », *RSC* 2015. 996
[1369] DE LAMY, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité : utiles précisions sur la nécessité d'une incrimination », *RSC* 2017. 385
[1370] BEAUVAIS, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75

à être prouvée, la non-justification de ressources revient à présumer l'association de malfaiteurs. La définition de l'association de malfaiteurs se rapproche de celle légalement donnée à la circonstance aggravante de bande organisée, la distinction reposant en réalité sur le champ propre à chaque infraction[1371]. L'association de malfaiteurs semble difficile à distinguer de la bande organisée alors pourtant que les effets procéduraux attachés ne sont pas les mêmes, la criminalité organisée étant régie par une sévérité encore plus marquée. La définition de l'association de malfaiteurs dans l'ancien Code pénal fait état des similitudes avec la bande organisée, entraînant des difficultés à différencier les deux infractions. Certains auteurs ont proposé la suppression de la bande organisée au profit de l'association de malfaiteurs. Pour autant, la criminalité anarchiste s'oppose à une quelconque organisation et la criminalité organisée ne peut être caractérisée, s'agissant alors vraisemblablement d'une association de malfaiteurs. L'association de malfaiteurs se distingue ainsi de la bande organisée par le caractère possiblement anarchiste du mouvement infractionnel, permettant une répression sans que l'organisation ne soit véritablement établie. L'association de malfaiteurs se rapproche également de la définition légale du complot, avec cette volonté concertée entre malfaiteurs[1372]. Le complot se distingue de l'association de malfaiteurs par ces effets, cette dernière infraction n'exigeant pas que le fait infractionnel préparé soit déterminé. L'ancienne rédaction de l'association de malfaiteurs exigeait la préparation d'au moins deux crimes, et rendait ainsi utile la distinction avec le complot politique qui lui exige la préparation vraisemblable d'un seul attentat spécifié. La distinction entre les deux infractions est d'autant plus délicate que les enquêteurs devront disposer d'indices suffisamment précis pour caractériser l'infraction de complot. L'infraction d'association de malfaiteurs exige plus simplement la vraisemblance d'infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement. Les précisions sur le dessein criminel sont indifférentes à la caractérisation du délit d'association de malfaiteurs, seule la peine vraisemblablement encourue est prise en compte. Aux termes de l'article 450-1 du Code pénal, il suffit que les actes matériels tendent à la réalisation d'une infraction punie de cinq ans d'emprisonnement minimum, alors que les dispositions des articles 706-16 et suivants du Code de procédure pénale exigent quant à elles que l'association de malfaiteurs porte sur la

[1371] Crim. 8 juillet 2015, n° 14-88.329, *D*. 2015. 2541 ; PARIZOT, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541 ; Crim. 16 mai 2018, n° 17-81.151, *AJ pénal* 2018. 365

[1372] DANET, « De la procédure à la répression de la criminalité organisée, ou laquelle est l'instrument de l'autre ? », *AJ pénal* 2004. 192 ; V. SEUVIC, « De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines », art. 132-71 à 132-78, c. pén, *RSC* 2004. 384

commission d'une infraction précisément déterminée afin d'engendrer la mise en œuvre d'une réponse pénale spécifique.

272. Indices caractérisant l'entente. – L'association de malfaiteurs peut se caractériser très en amont de l'atteinte portée à l'ordre public, puisqu'il s'agit d'une infraction obstacle consommée en l'absence de tout commencement d'exécution[1373]. L'infraction d'associations de malfaiteurs est caractérisée alors même que le projet infractionnel visé n'aurait pas été réalisé tandis que la circonstance aggravante de bande organisée sera retenue lorsque le projet criminel a été mené jusqu'à son terme[1374]. La préparation uniquement intellectuelle ne suffit toutefois pas à caractériser le comportement prohibé sans que des actes préparatoires soient matériellement constatables à partir des indices préalablement obtenus au cours des investigations[1375]. Le fait criminel doit être rendu possible à partir de constatations matérielles, il s'agit bien de contrôler la gravité infractionnelle vraisemblable à partir des indices. Si la tentative d'association de malfaiteurs n'est pas incriminée, c'est qu'elle se caractérise trop en amont sur *l'iter criminis*, revenant alors à se positionner avant même la réalisation d'actes matériels d'association, en contradiction avec le principe de la légalité criminelle[1376]. La caractérisation de l'infraction d'association de malfaiteurs implique nécessairement d'en matérialiser la vraisemblance, à travers des indices, et l'incrimination de la tentative reviendrait à se positionner avant même cette matérialité. La gravité d'une association de malfaiteurs existe indépendamment du nombre « d'associés ». L'association de malfaiteurs implique une succession d'adhésions, voire une adhésion qui se poursuit tant que l'infraction principale ou les infractions principales visées n'ont pas été commises, modifiant sa nature juridique entre infraction continue ou continuée[1377]. Si l'association de malfaiteurs ne suppose pas une organisation structurée, elle implique néanmoins une entente. Toutefois, le contrôle de la qualification infractionnelle de l'association de malfaiteurs n'impose pas la prise en compte du passé criminel du participant[1378]. Le présumé associé peut tout à fait être un primo délinquant[1379]. Le passé criminel des présumés participants peut simplement servir à caractériser l'entente vraisemblable entre eux, s'agissant du noyau initial de l'infraction

[1373] GIRAULT, « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC* 1998. 715
[1374] BEAUVAIS, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75
[1375] DREYER, « Association de malfaiteurs en vue de porter atteinte à un STAD », *RSC* 2018. 114
[1376] FREIJ-DALLOZ, « Répression de la tentative de complicité », *RSC* 1993. 73
[1377] Crim. 7 nov. 2017, n° 16-84.918, *AJ pénal* 2018. 44, chron. THIERRY
[1378] MAYAUD, « Regard sur les qualifications terroristes », *AJ pénal* 2017. 478
[1379] V. VENTUROLI, « Au-delà de la participation à l'association de type mafieux : le concours externe », *RSC* 2017. 27

d'association de malfaiteurs. Puisque c'est l'association de personnes en vue de commettre une infraction qui sous-tend la gravité infractionnelle alors la seule association en connaissance du caractère délictueux de l'entente suffirait à caractériser l'infraction de l'article 450-1 du Code pénal.

B. Le contrôle porté sur l'acte de terrorisme vraisemblable

273. Matérialité du comportement terroriste. – La caractérisation d'un fait terroriste engendre une adaptation de la réponse pénale dans sa globalité, qu'il s'agisse de la répression, mais également du cheminement procédural[1380]. La caractérisation d'un fait de terrorisme engendre une aggravation de la répression et il importe donc de vérifier son champ infractionnel[1381]. Le contrôle portera sur les indices susceptibles d'en matérialiser la commission vraisemblable. La qualification d'acte de terrorisme implique de matérialiser un comportement spécifique, par son but ou les moyens employés.[1382] Avec la méthode de renvoi à des catégories de qualifications présentes au sein du Code pénal, le législateur oblige à vérifier la caractérisation des faits à partir de chaque comportement visé[1383]. Les listes prévues par le législateur peuvent s'avérer trop complexes par leur nombre, surtout lorsque ces infractions seront qualifiées d'actes terroristes selon leur finalité[1384]. Il semble ainsi difficile de caractériser les agressions sonores à des fins terroristes telles que semble pourtant le prévoir le législateur à travers les renvois réalisés au sein du Code pénal[1385]. L'incertitude dans la référence aux infractions prévues par le législateur fait naître un flou dans leur caractérisation. Ainsi, que vise exactement le renvoi aux faits d'extorsion ? L'infraction du même nom ou le chapitre du Code pénal dans son ensemble ? La circulaire d'application semble quant à elle privilégier une interprétation stricte[1386]. Il en va de même des infractions en matière informatique[1387], puisqu'un tel intitulé n'existe pas dans les infractions édictées par le Code pénal et il s'agirait alors sans doute de se référer aux atteintes aux systèmes de traitement automatisés de données. Le Code pénal édicte également des infractions terroristes autonomes dont la caractérisation

[1380] LAZERGES et HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016. 649
[1381] ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014. 849; CATELAN, « Renforcement de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2013. 417
[1382] MAYAUD, « Regard sur les qualifications terroristes », *AJ pénal* 2017. 478
[1383] MARGUENAUD, « La qualification pénale des actes de terrorisme », *RSC* 1990. 1
[1384] CARTIER, « Le terrorisme dans le nouveau code pénal français », *RSC* 1995. 225
[1385] Tel que l'exemple est donné par Mme le Professeur CARTIER
[1386] V. CATELAN et PERRIER, « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », *D*. 2017. 1180
[1387] V. ALIX, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014. 849

vraisemblable s'effectue à travers la vérification d'une matérialité spécifique. L'autonomie de l'infraction oblige ainsi à qualifier les éléments constitutifs de l'atteinte écologique[1388], en plus des effets communément attachés aux actes terroristes. L'originalité de l'incrimination consiste à intégrer l'impact écologique parmi les atteintes portées à l'ordre public. Il s'agit pour le législateur de décrire la substance dangereuse à travers ses possibles effets sur l'organisme. L'infraction est formelle, elle sanctionne les effets potentiels de l'introduction d'une substance néfaste pour la nature et la santé. L'association de malfaiteurs à visée terroriste s'inscrit également dans une quête d'autonomie par rapport aux faits d'association de malfaiteurs, s'agissant d'édicter des comportements non prévus par l'association de malfaiteurs de droit commun. Le champ de l'association de malfaiteurs à visée terroriste de l'article 421-2-1 du Code pénal est plus large que l'association de malfaiteurs telle qu'elle résulte des dispositions de l'article 450-1. L'acte terroriste se définit certes par une matérialité, mais encore par les objectifs qu'il projette d'atteindre. Les actes matériels visés par le Code pénal ne relèvent du terrorisme que s'ils ont pour objectif de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Il s'agit de vérifier la présence d'indices susceptibles de rendre possible cette notion d'entreprise individuelle ou collective, consistant dans une démarche linéaire concertée se traduisant par des efforts coordonnés[1389].

274. Particularités du comportement individuel. – L'incrimination d'un comportement terroriste individuellement mené implique inévitablement une perte de matérialité et rend plus délicate sa constatation. Le principe de légalité exige la concrétisation matérielle d'un projet terroriste[1390]. Le positionnement très en amont de l'infraction sur le cheminement du crime pourrait être considéré comme incriminant une simple intention dépourvue de matérialité avérée quant à l'atteinte terroriste préparée. D'après le Conseil constitutionnel, la preuve de l'intention de l'auteur des faits, consistant dans la préparation d'actes terroristes, doit résulter d'indices la rendant vraisemblable[1391]. Il s'agit dans un premier temps de caractériser le danger présenté par l'individu, ou plutôt le danger vraisemblablement créé par l'entreprise individuelle,

[1388] MAYAUD, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ pénal* 2013. 442

[1389] ALIX, « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 », *AJ pénal* 2017. 79

[1390] V. ALIX, « Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes », *Dalloz*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010, vol. 9 ; SIZAIRE, « Une notion piégée : quand parler de « terrorisme » ? », *Le Monde diplomatique*, août 2016.

[1391] BEAUVAIS, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75 ; V. Cons. const. 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC, préc., *RSC* 2017. 385, obs. DE LAMY ; MAYAUD, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *D.* 2017. 1134 ; PELLE, « De l'intention criminelle en général et de l'intention terroriste en particulier », *JCP* 12 juin 2017, n° 24, p. 1148-1151 ; CATELAN et PERRIER, « Le terrorisme par entreprise individuelle sous contrôle constitutionnel », *D.* 2017. 1134

laquelle doit en outre avoir une finalité terroriste conformément aux infractions entrant dans ce domaine spécifique. Cette infraction est un rare cas d'infraction obstacle complexe, exigeant des indices susceptibles de rendre possible une situation infractionnelle très en amont sur *l'iter criminis*. L'infraction se caractérise par l'association de plusieurs comportements, exigeant donc que chacun soit matérialisé à travers des indices. Ces indices déterminent la gravité de la situation infractionnelle vraisemblable, justifiant la mise en œuvre d'un régime procédural spécifique. La seule matérialisation du danger créé pour autrui ne suffit alors pas à caractériser l'infraction s'il n'apparaît pas s'inscrire dans une entreprise individuelle à visée terroriste.

C. Le contrôle porté sur la criminalité vraisemblablement organisée

275. Appréciation d'une gravité infractionnelle. – Le Code de procédure pénale détermine un cheminement procédural spécifique concernant les infractions de criminalité organisée[1392]. La réalisation d'un contrôle de la qualification retenue permet de s'assurer de l'adéquation entre le régime procédural mis en œuvre et les indices laissant entrevoir l'effectivité d'un fait de criminalité organisée[1393]. D'après le Conseil Constitutionnel, la gravité infractionnelle justifiant l'adaptation procédurale est soumise à l'appréciation de l'autorité judiciaire, s'agissant de l'infraction de vol et non de l'ensemble des infractions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[1394]. Il est regrettable que les juges du quai de l'Horloge limitent ainsi ce pouvoir d'appréciation aux seules infractions de vol et non à l'ensemble des infractions de l'article 706-73[1395]. Il va de soi que l'application de ces dispositions repose systématiquement sur la caractérisation d'une nécessaire gravité infractionnelle à l'aune des indices préalablement obtenus.

276. Caractérisation de l'organisation. – La circonstance aggravante de bande organisée existait déjà avant 2004, sans qu'une procédure ne lui soit toutefois spécifiquement applicable[1396]. Le cheminement procédural spécifiquement applicable aux termes des articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale repose sur le concept de bande organisée tel qu'il est légalement défini par l'article 132-71 du Code pénal[1397]. La criminalité

[1392] JEAN, « Les nouveaux territoires de la politique criminelle », *RSC* 2007. 666
[1393] RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », *RSC* 2008. 23
[1394] BÜCK, « Contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2005. 122
[1395] Cour de cassation, ch. mixte 11 déc. 2009, n° 11-12-2009, *D*. 2010. 19, note GIRAULT
[1396] MOLINS, « De la nécessité de lutter plus activement contre les nouvelles formes de criminalités », *AJ pénal* 2004. 177
[1397] Crim. 8 juillet 2015, *D*. 2015. 2541, n° 14-88.329, V. PARIZOT, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541

organisée se distingue de l'association de malfaiteurs par la structure qu'elle suppose, mais également du terrorisme dont la définition fait davantage référence à une stratégie de la terreur plutôt qu'à une organisation en tant que telle. L'idée de hiérarchie au sein de la bande organisée constitue un point de différence avec l'association de malfaiteurs dont il ressort un caractère plus « volatile ». L'association de malfaiteurs devra être retenue lorsque l'organisation ne semble pas structurée de manière établie, mais avec des variations dans la composition des équipes. La criminalité organisée se distinguerait du terrorisme uniquement par le but poursuivi, à la manière du complot par rapport à l'association de malfaiteurs dont la distinction repose sur le but infractionnel poursuivi. L'association de malfaiteurs se distingue de la criminalité organisée par son positionnement plus en amont sur *l'iter criminis*, s'agissant ici de préparer la commission d'une infraction. La définition européenne de la criminalité organisée suppose qu'un lien existe entre une pluralité d'individus agissant de manière concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine importante[1398]. La convention des Nations unies insiste également sur l'accord entre trois personnes ou plus afin d'agir de concert en vue de commettre une infraction grave[1399]. La définition légale de l'association de malfaiteurs serait toutefois similaire dans ses termes avec la bande organisée concernant la consistance de ces deux ensembles de malfaiteurs. D'autres auteurs font référence à la durée de l'entente pour distinguer association de malfaiteurs et bande organisée[1400]. Ainsi, l'association de malfaiteurs serait une bande organisée naissante, dont l'organisation serait balbutiante. Il existe un lien entre bande organisée et association de malfaiteurs, la première étant la suite de la seconde selon un critère temporel et donc une intensité de l'entente.

D. Le contrôle porté sur les faits de proxénétisme

277. Eléments de caractérisation. – La criminalité organisée en matière de proxénétisme justifie la mise en œuvre d'un régime procédural spécifique[1401]. La complexité des infractions de proxénétisme, en bande organisée ou par association de malfaiteurs, autorise la saisine des Juridictions inter-régionales spécialisées, à travers la mise en œuvre des dispositions de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[1402]. Le proxénétisme est inévitablement lié à la

[1398] RUBI-CAVAGNA, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009. 501
[1399] V. Cons. const., déc. 2 mars 2004, n° 2004-492-DC, *D*. 2004. 2756
[1400] V. not., PARIZOT « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541
[1401] VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004. 181
[1402] DALLEST, « La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité », *AJ pénal* 2010. 114

notion de prostitution, laquelle sera alors difficilement dissociable d'un trafic dans sa définition[1403]. L'action habituelle peut expliquer ce lien entre prostitution et trafic, bien que les deux ne soient pas toujours liés en pratique[1404]. En tout état de cause, la prise en compte de la prostitution par le droit pénal s'effectue à travers cette notion de trafic d'êtres humains et non pas du point de vue de la morale[1405]. Alors que la prostitution n'est pas une infraction définie par le Code pénal, le recel est inapplicable pour sanctionner le comportement du souteneur[1406]. Pour caractériser un fait de proxénétisme, encore faut-il définir l'acte de prostitution, bien que non juridiquement incriminé[1407]. C'est bien de proxénétisme dont il s'agit concernant les exploitants d'un salon de massage, l'infraction étant caractérisée à partir d'actes qualifiés de prostitution. De nombreux établissements sont ainsi accusés de proxénétisme en raison de la prostitution à laquelle se livre le personnel salarié. La consommation de l'acte sexuel n'est pas une condition à la caractérisation d'un acte de prostitution, s'agissant surtout de qualifier les appétits sexuels d'autrui. La définition de la prostitution affirmée par la Cour de cassation valide le critère tenant à la satisfaction des besoins sexuels, peu important la manière dont elle se réalise[1408]. La souplesse moderne dans la définition des faits de prostitution permet d'étendre la reconnaissance des faits de proxénétisme. Le contact rémunéré entre deux épidermes caractérise le fait de prostitution à partir du moment où il revêt un caractère sexuel. Les indices permettant de caractériser des faits de prostitution devront ainsi insister sur la satisfaction d'un appétit ou d'une faveur d'ordre sexuelle. Si l'exploitation de la prostitution d'autrui recouvre les hypothèses du proxénétisme, le fait de favoriser la prostitution d'autrui par la fourniture d'un local entre également sous le coup de la répression pénale[1409]. Les indices doivent matérialiser l'assistance intentionnellement portée par le suspect en connaissance de la finalité. Le fait de prêter, même gratuitement, un instrument de travail entre dans les prévisions du proxénétisme, sans doute parce qu'un tel prêt n'est jamais véritablement gratuit et qu'un profit peut toujours être sous-entendu. L'apport des nouveaux modes de communication à travers l'informatisation de la société engendre aussi le renouvellement d'un proxénétisme dorénavant organisé à travers le réseau internet. La publication de messages sur des plateformes d'annonce,

[1403] MAYAUD, « Pour une autre définition de la prostitution », *RSC* 1996. 853
[1404] CHARPENEL, « Les dispositions pénales de droit français de lutte contre la traite des êtres humains à des fins de prostitution », *AJ pénal* 2012. 197
[1405] LAURENT -BONNE, « La lutte contre le système prostitutionnel », *D*. 2016. 1713
[1406] SEUVIC, « De la traite des êtres humains », *RSC* 2003. 833
[1407] CLEMENT, « Les hésitations du droit français sur la prostitution des majeurs », *RSC* 2015. 813
[1408] Crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016, *Bull. crim*. n° 138, p. 396 ; *RSC* 1996. 853, obs. MAYAUD ; *Gaz. Pal*. 21-23 juill. 1996
[1409] V. en ce sens, CASADO, « La prostitution en droit français : étude de droit privé », *IRJS Éditions*, Coll. André Tunc, vol. 62, 2015

en vue d'attirer des clients, peut permettre la caractérisation d'un fait de proxénétisme[1410]. Le fait de servir d'intermédiaire est constitutif de l'infraction de proxénétisme, il peut alors s'agir du directeur de publication laissant des annonces vénales de prostituées sur le site internet qu'il exploite[1411].

§ 2 – Le contrôle des conséquences infractionnelles vraisemblables

278. Caractère exceptionnel de la détention provisoire. – Malgré les doutes exprimés par certains auteurs concernant le caractère exceptionnel[1412] de la détention provisoire[1413], la rédaction de l'article 137 du Code de procédure pénale insiste sur le principe de liberté[1414] des personnes mises en examen. Seuls la nécessité des investigations et le maintien de l'ordre public pourraient justifier l'instauration d'une telle mesure attentatoire aux libertés individuelles. Il importe au juge des libertés et de la détention,[1415] mais aussi à la chambre de l'instruction[1416] de motiver l'insuffisance du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence. La gravité infractionnelle est au centre des décisions visant à instaurer une mesure de détention provisoire, avec un contrôle porté sur l'insuffisance des mesures de contrôle judiciaire et d'assignation à résidence sous surveillance électronique[1417]. L'exploitation des indices, et l'apparence qui en résulte devront ainsi justifier une restriction des libertés concernant une personne toujours présumée innocente[1418]. A travers les indices, ce sont les circonstances factuelles qui seront appréciées afin de déterminer la vraisemblance d'une implication coupable suffisamment grave pour rendre nécessaire l'instauration d'une mesure de détention provisoire. Certains auteurs ont d'ailleurs évoqué le jugement provisoire[1419] autorisé par l'exploitation des indices, de manière

[1410] SOURISSEAU, « La poursuite des réseaux de prostitution », *AJ pénal* 2012. 201
[1411] BOSSAN, « Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet », *RSC* 2013. 295 ; CHOPIN, « Les politiques publiques de lutte contre la cybercriminalité », *AJ pénal* 2009. 101 ; MAYAUD, « Débauche ou prostitution : affaire de vénalité », *RSC* 1997. 384 ; V. Crim. 9 oct. 1996, Bull. crim. n° 355 ; Droit pénal 1997.36, obs. VERON ; *JCP* 1997.IV . 63 ; *Gaz. Pal* 1997.1.chr. crim. 39
[1412] V. Loi n° 96-1235 du 30 déc. 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme
[1413] CHAMBON, « La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexions », *JCP* 1989. I. 3417.
[1414] V. Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009,
[1415] Crim. 8 avr. 2010, n° 10-80.554, Bull. crim. n° 61 ; *D*. 2010. 1656, obs. LEPRIEUR ; Crim. 7 avr. 2010, n° 10-80.785, Bull. crim. n° 60 ; *Procédures* 2010, n° 323, obs. CHAVENT-LECLERE ; *D*. 2010. 1419 ; *D*. 2010. chron. 1653, obs. CHAUMONT, LEPRIEUR et DEGORCE ; *AJ pénal* 2010. 402, obs. ASCENSI
[1416] Crim. 18 août 2010, n° 10-83.770, 10-83.819, Bull. crim. n° 123 et 124 ; *Dr. pénal* 2010 n° 128, note MARON et HAAS ; *AJ pénal* 2011. 37, obs. ASCENCI
[1417] Crim. 17 oct. 1991, n° 91-84.306, Bull. crim. n° 355 ; *Gaz. Pal*. 1992. 11.
[1418] GUERY, « Détention provisoire et culpabilité », *D*. 2006. Point de vue 1556
[1419] HELIE, Traité d'instruction criminelle, t. IV, n° 1964

à justifier l'adaptation du cheminement procédural vers le procès lui-même[1420]. Cette primauté des indices comme fondement des décisions attentatoires aux libertés des personnes mises en cause se retrouve dans les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme[1421]. En ce sens, les indices seront systématiquement exploités afin de vérifier s'il existe un risque infractionnel suffisamment grave pour engendrer des conséquences néfastes sur l'ordre public ou sur la conservation des preuves. Plus généralement, le texte semble distinguer le risque d'atteinte à l'ordre public (A) et la risque d'atteinte aux investigations (B).

A. Le risque d'une atteinte vraisemblable à l'ordre public

279. Caractérisation d'un trouble social. – Parmi les objectifs prévus par le législateur afin de justifier l'instauration ou le maintien d'un placement en détention provisoire figure celui de « Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé ». Le texte précise par ailleurs que « Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire ». Le contrôle des conséquences infractionnelles vraisemblables susceptibles de fonder la mise en œuvre des dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale suppose de définir ce critère tenant à la protection de l'ordre public. Au premier abord, l'instauration d'une mesure de détention provisoire semble se déduire d'une gravité infractionnelle suffisante pour engendrer un risque d'atteinte vraisemblable à l'ordre public[1422]. Certains auteurs tels que Pierre CHAMBON ont toutefois tenté de délimiter la notion de trouble à l'ordre public par rapport aux conséquences d'une infraction, recouvrant trois hypothèses : « 1°) La nécessité de mettre fin au désordre et à l'émotion qu'a causé dans la cité quelque crime violent et abominable, par l'arrestation de son auteur ; 2°) La nécessité de protéger celui-ci des répercussions immédiates et excessives de la foule en effervescence ; 3°) La nécessité de protéger d'autres victimes éventuelles contre les entreprises nouvelles du meurtrier ou de l'anarchiste qui porte encore sur lui les armes du premier crime ». La réalisation d'un pronostic sur l'avenir est par conséquent inhérente à la qualification d'un trouble à l'ordre public : il s'agit de déterminer si le placement en détention provisoire peut endiguer le risque d'une atteinte vraisemblable à l'ordre public. L'ordre public s'apprécie au même titre que d'autres standards

[1420] PRADEL, L'instruction préparatoire, *Cujas*, 1990, p. 638 ; CHAMBON, Le juge d'instruction, 4e éd., *Dalloz*, 1997, n° 472
[1421] CEDH 27 juin 1968, req. n° 2122/64, Wemhoff c/Allemagne ; CEDH 10 nov. 1969, req. n° 1602/62, Stögmuller c/Autriche
[1422] Crim. 19 févr. 1980, n° 80-90.054, Bull. crim. n° 60 ; *D*. 1980. 356, note CHAMBON

juridiques parmi lesquels figure l'intérêt de l'enfant en matière d'assistance éducative[1423]. La marge d'appréciation laissée au magistrat tient compte de sa propre exploitation des indices, lesquels renvoient l'anormalité des conséquences infractionnelle sur l'ordre public. Le lien mis en exergue par le législateur entre le caractère exceptionnel du trouble social d'une part et la gravité infractionnelle d'autre part pourrait sembler redondant s'il ne s'agissait pas d'une précision de bon sens voulue par les parlementaires eux-mêmes[1424]. En ce sens, la gravité infractionnelle se trouve déconnectée de la sanction pénale encourue puisqu'elle s'établit à partir des conséquences sociales engendrées. Alors que le trouble à l'ordre public ne peut plus être caractérisé à partir du « seul retentissement médiatique de l'affaire »[1425], la persistance d'un mouvement social organisé consécutivement à l'infraction vraisemblablement commise autorise un pronostic sur le bien-fondé d'un placement en détention provisoire. Le contrôle des conséquences infractionnelles vraisemblables impose au magistrat de quantifier la gravité infractionnelle au regard des risques sur l'ordre public exceptionnellement menacé[1426]. Les juges de la Cour de cassation semblent se suffire d'une référence aux circonstances matérielles de l'infraction ou aux circonstances personnelles propres à l'auteur présumé pour vérifier l'effectivité du risque exceptionnel et persistant d'atteinte à l'ordre public[1427]. La seule référence à la gravité infractionnelle déduite de circonstances matérielles ou personnelles ne peut établir une atteinte exceptionnelle et persistante causée à l'ordre public : il revient alors aux magistrats de montrer le lien entre la gravité supposée des faits et les conséquences qu'elle pourrait engendrer sur l'ordre public[1428]. Cette exigence est dictée par la nécessaire actualité du trouble consécutif à la commission de l'infraction[1429]. Le risque d'atteinte pesant sur l'ordre public doit dépasser le stade de l'apparence pour atteindre celui de la vraisemblance[1430]. En raison de la gravité infractionnelle déduite de l'exploitation des indices, les juges établissent un pronostic sur l'effectivité d'un risque d'atteinte à l'ordre public justifiant la mise en œuvre du placement en détention provisoire[1431]. La référence aux indices sert le contrôle réalisé sur les conséquences infractionnelles vraisemblables[1432]. Il importe en effet pour la chambre criminelle

[1423] DELMAS-MARTY, Pour un droit commun, La librairie du XXe siècle, *Seuil*, 1994, p. 123.
[1424] LEGUNEHEC, « Aperçu rapide de la loi du 30 décembre 1996 relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme », *JCP* 22 janv. 1997
[1425] C. pr. pén, art. 144, 7°, *in fine*
[1426] ROMNICIANU, « Détention provisoire et ordre public », *JCP* 1975. I. 2744.
[1427] Crim. 16 sept. 1997, n° 97-83.425, Bull. crim. n° 296 ; *Dr. pénal* 1997. n° 160 ; *D*. 1998 somm. 170
[1428] C. assises Gironde, 10 oct. 1997, *D*. 1998. 173, note ROUJOU DE BOUBEE ; Douai, ch. acc., 17 juin 1997, *D*. 1997. 593, note GUERY
[1429] Crim. 6 mars 1986, n° 85-94.597, Bull. crim. n° 94, ; Crim. 21 août 1990, n° 90-83.745, Bull. crim. n° 304.
[1430] Crim. 26 juin 1989, n° 89-82.210, Bull. crim. n° 269.
[1431] Crim. 23 oct. 1984, n° 84-94.205, Bull. crim. n° 312
[1432] Crim. 7 août 1990, n° 90-83.294, Bull. crim. n° 296; *D*. 1991. 210, obs. PRADEL

de pouvoir vérifier l'appréciation réalisée tant sur la gravité infractionnelle que sur les conséquences qu'elle serait susceptible d'engendrer sur l'ordre public[1433]. Cette logique est dictée par les dispositions de l'article 144 du Code de procédure pénale[1434]. La définition du standard juridique d'ordre public est malaisée, mais une lecture attentive des décisions rendues en la matière fait état de l'émotion vécue par la population, à condition qu'elle soit persistante à travers le temps et non pas simplement passagère[1435]. Cette absence de définition engendre une largesse d'interprétation pour le magistrat, facilitant d'autant la mise en œuvre des dispositions relatives à la détention provisoire. Il n'en demeure pas moins que le risque d'atteinte portée à l'ordre public repose sur des indices et se déduit de l'interprétation d'une gravité infractionnelle elle-même objectivement fondée[1436].

B. Le risque d'une atteinte vraisemblable aux investigations

280. Préservation des indices. – L'article 144 du Code de procédure pénale érige la « conservation des preuves ou des indices nécessaires à la manifestation de la vérité » au premier rang des objectifs attachés à la mise en œuvre des dispositions relatives à la détention provisoire. La rédaction de ce premier critère fait l'amalgame entre la preuve, établie par le jugement, et les indices qui en sont à la source. Il n'en demeure pas moins que l'esprit du texte vise surtout à préserver le bon déroulement des investigations. En ce sens, la conservation des éléments probatoires utiles à la manifestation de la vérité est un objectif qui justifie la détention provisoire lorsqu'une perquisition reste à effectuer ou qu'une pièce à conviction n'a pas encore été retrouvée. D'autres critères prévus par l'article 144 du Code de procédure pénale correspondent à cette justification visant à prévenir les risques dans le déroulement des investigations. La nécessité d'éviter une concertation frauduleuse[1437] répond ainsi à l'objectif plus général de garantir la poursuite de l'information en endiguant le risque d'une prise de contact entre des personnes déjà mises en examen ou dont la mise en examen serait envisagée par la suite. Le pronostic réalisé par le magistrat porte sur les risques de compromettre la suite des investigations par une entente frauduleuse entre participants présumés à la commission d'une infraction. La motivation d'une détention provisoire consiste dans ce cas pour le magistrat

[1433] Crim. 19 févr. 1980, n° 80-90.054, Bull. crim. n° 60; *D*. 1980. 356, obs. CHAMBON ; Crim. 2 mars 1994, n° 93-85.732, Bull. crim. n° 84.
[1434] Crim. 30 juin 1987, n° 87-82.361, Bull. crim. n° 272; *JCP* 1987. 21016
[1435] Crim. 26 juill. 1994, n° 94-82.700, Bull. crim. n° 285; Montpellier, ch. instr., 6 oct. 2009, *JCP* 2009. 508, note TRICOIRE
[1436] Crim. 15 oct. 1985, n° 85-94.474, Bull. crim. n° 313 ; *D*. 1986. 170, note MAYER
[1437] C. pr. pén., art. 144, 3°

à établir les liens entre les individus susceptibles, selon leur degré d'implication, d'influencer négativement la poursuite des investigations actuelles ou futures. Les pressions susceptibles d'intervenir sur les témoins ou la victime figurent également parmi les critères justifiant la mise en œuvre des dispositions relatives à la détention provisoire[1438], précisément en raison du risque qu'elles font naître sur le déroulement des investigations. La largesse du critère rend toutefois son contrôle plus souple. Il existe en effet nombre d'infractions où la victime peut subir des pressions. Il en va de même s'agissant des témoins, surtout lorsque leur parole importe dans la découverte d'une vérité judiciaire construite au gré des indices obtenus[1439]. La fragilité du témoignage et le risque d'atteindre l'intégrité des souvenirs justifient ainsi la mesure de détention provisoire ou son prolongement.

Chapitre 2 - L'adaptation destinée à résorber le trouble social

281. Suppression graduée du trouble social. – La nécessité de faire cesser le trouble à l'ordre public présumé justifie la mise en œuvre de mesures procédurales adaptées. Par la réalisation d'un pronostic sur l'avenir, l'observateur d'une situation infractionnelle vraisemblable tente d'adapter les mesures procédurales de manière à faire cesser le trouble à l'ordre public. La gravité de l'apparence infractionnelle détermine d'abord l'efficacité des moyens d'investigation octroyés. Le critère de l'efficacité du procédé coïncide avec l'aspect intrusif de sa mise en œuvre. La gravité des menaces portées à l'ordre public exige de disposer d'outils proactifs destinés à établir la preuve d'une infraction clandestine sans interférer dans son déroulement. Selon la gravité de l'apparence infractionnelle, le procureur de la République dispose de mesures procédurales destinées à solutionner de la manière la plus adaptée le trouble à l'ordre public[1440]. L'inclusion d'un objectif de célérité parmi les principes fondamentaux qui gouvernent l'accès au juge implique de réduire le délai durant lequel la décision de justice sera rendue. Afin d'y parvenir, le juge adapte les mesures procédurales qu'il met en œuvre. Par la réalisation d'un pronostic sur l'avenir fondé sur la gravité de l'apparence infractionnelle, l'observateur du trouble à l'ordre public alors présumé prendra les mesures procédurales destinées d'abord à le faire cesser (Section 1), ensuite à le réparer (Section 2).

[1438] C. pr. pén., art. 144, 2°
[1439] V. FABBRI et GUERY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC* 2009. 343
[1440] Crim. 17 juin 1954, *D*. 1955. 509, note VOIRIN - Crim. 19 nov. 1959, *D*. 1960. 463, note DURRY - Crim. 2 mars 1961, *D.* 1962. 121, note BOUZAT - Crim. 1er oct. 1996, n° 95-85.529, Bull. crim. n° 338

Section 1 – La suspension procéduralement organisée du trouble

282. Détermination du trouble social. – S'intéresser à l'adaptation de la réponse pénale revient à considérer les mesures procéduralement organisées sur la base des indices obtenus. La suspension du trouble social renvoie au caractère temporaire de la mesure coercitive mise en œuvre, préalable indispensable à la réponse pénale amenée à le solutionner[1441]. Lorsqu'elle se fonde sur les indices, la réponse pénale organisée par le Code de procédure pénale a d'abord pour objectif de suspendre le trouble social : les moyens d'investigation (§1) et les mesures de contrainte (§2) s'adaptent ainsi à la gravité infractionnelle.

§ 1 – L'adaptation des moyens d'investigation

283. Adaptation à la criminalité organisée. – L'atteinte aux libertés individuelles qui résulte de la mise en œuvre des mesures d'investigations spécialement réglementées impose la caractérisation d'une gravité infractionnelle particulière[1442]. Les moyens d'investigation utilisés devront s'adapter à la gravité infractionnelle caractérisée. Le renforcement des pouvoirs d'investigation est d'ailleurs expressément inscrit dans la loi du 3 juin 2016[1443] avec l'instauration, dans le domaine judiciaire, de techniques spéciales issues de la loi du 24 juillet 2015[1444] relative au renseignement administratif. Initialement limités aux comportements les plus graves, ces procédés d'investigation tendent à connaître un mouvement d'extension à travers l'assouplissement des conditions légales relatives à leur mise en œuvre. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice propose, à cet égard, d'étendre le recours aux moyens d'investigation les plus intrusifs, tout en harmonisant le régime légal leur étant applicable[1445]. La volonté législative d'ériger l'enquête en tant que phase principale dans la découverte d'une vérité judiciaire fondée sur les indices devient singulièrement prégnante. Elle se comprend d'ailleurs au regard des contraintes budgétaires qui alimentent, par la même occasion, le désir de généraliser le progrès des techniques d'investigation afin de gagner en

[1441] LAZERGES, « Les désordres de la garde à vue », *RSC* 2010. 275 ; PRADEL, « Vers une métamorphose de la garde à vue », *D*. 2010. 2783 ; DARBEDA, « La durée de la détention provisoire devant le juge des droits de l'homme », *RSC* 1993. 818

[1442] VERGES, « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC* 2016. 551

[1443] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

[1444] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

[1445] V. néanmoins sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel n°2019-778 DC du 21 mars 2019, censurant partiellement la loi, et particulièrement les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance par le législateur du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

efficacité. Pour autant, cette tendance de fond confère aux magistrats du parquet une position hégémonique, sans s'accompagner des garanties d'indépendance dont dispose le juge d'instruction plus que jamais marginalisé. Dans l'attente d'un véritable « juge de l'enquête » apte à concilier célérité dans l'obtention des indices et protection des libertés individuelles, l'équilibre procédural demeure actuellement sous le contrôle du seul Juge des libertés et de la détention récemment renforcé[1446].

284. Adaptation par le progrès technique. – La volonté de devancer la préparation d'une attaque terroriste justifie le recours aux technologies nouvelles destinées à découvrir au plus vite les agissements néfastes[1447]. Comparativement au droit commun, le régime spécifiquement applicable au domaine infractionnel de la criminalité organisée connaît une adaptation des conditions relatives à sa mise en œuvre. Les garde-fous traditionnellement déployés seront réduits à minima. La gravité infractionnelle vraisemblable contribue par conséquent à adapter les moyens d'investigation, qu'il s'agisse des moyens humains (A) d'une part, ou des moyens techniques (B) d'autre part.

A. L'ingérence adaptée des moyens humains d'investigation

285. Réalisation des surveillances. – Les soupçons de commission d'une infraction en lien avec la criminalité organisée octroient aux enquêteurs la faculté d'user de moyens d'investigation plus intrusifs. Le champ infractionnel visé a été étendu à de multiples reprises, au rythme d'une escalade à marche forcée vers une coercition, dont le paroxysme est atteint avec la loi du 3 juin 2016[1448]. Il en va ainsi des surveillances concernant les personnes vraisemblablement impliquées dans la commission d'une infraction en lien avec la criminalité organisée[1449]. Elles seront réalisées par l'officier de police judiciaire et, sous son autorité, l'agent de police judiciaire sur simple information du procureur de la République dont seule l'opposition peut restreindre l'étendue à l'ensemble du territoire national[1450]. L'adaptation procédurale supprime l'exigence d'une mise en œuvre des surveillances sur commission rogatoire du juge d'instruction, ou sur réquisitoire du procureur de la République lors d'une

[1446] La loi organique n°2016-1290 du 8 août 2016 érige le Juge des libertés et de la détention en tant que juge spécialisé nommé par décret du Président de la République après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature.
[1447] QUEMENER, « Les spécificités juridiques de la preuve numérique », *AJ pénal* 2014. 63
[1448] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[1449] C. pr. pén., art. 706-80, al. 1
[1450] C. pr. pén., art. 706-80, al. 2

enquête, conformément aux dispositions de droit commun prévues à l'article 18 al. 4 du Code de procédure pénale[1451]. L'externalité d'une surveillance peut toutefois s'avérer insuffisante à l'obtention efficace d'indices susceptibles de déterminer l'imputation pénale des faits. Souhaitant adapter la procédure selon la gravité infractionnelle déduite de l'exploitation des indices, la loi du 3 juin 2016 a récrit l'article 706-106 du Code de procédure pénale. Il s'agit de l'unique article d'une neuvième section comprenant des « dispositions spécifiques à certaines infractions » en matière de criminalité organisée. Il résulte de ce texte l'instauration d'une autorisation de la loi concernant la mise en œuvre d'un dispositif policier visant à l'acquisition d'armes, de munitions ou d'explosifs calquée sur la pratique du « coup d'achat », réglementée par l'article 706-32 du Code de procédure pénale dans le domaine des produits stupéfiants depuis la loi du 5 mars 2007[1452]. À cet égard, il est critiquable de constater l'instauration, par le législateur, de moyens d'investigation plus intrusifs dont la mise en œuvre demeure sous le contrôle du Ministère public. La montée en puissance de l'enquête qui en résulte ne s'accompagne pas de garanties suffisantes concernant les libertés individuelles qui sont en jeu, dès lors qu'est maintenue une hiérarchie politique. L'accroissement corrélatif du rôle conféré au Juge des libertés et de la détention – tel qu'il s'entrevoit à la lecture du projet le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice – ne peut toutefois en faire un véritable « juge de l'enquête » tant son intervention est ponctuelle. Le mouvement législatif, de fond, visant à ostraciser le juge d'instruction au profit d'un parquet disposant, dorénavant, d'un large panel de techniques intrusives s'amplifie un peu plus à chaque réforme au risque, toutefois, de s'éloigner du critère de proportionnalité exigé par le Conseil constitutionnel[1453]. Par une décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel se prononce précisément en ce sens et censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[1454]. Sans surprise, le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité est nécessairement méconnu par une loi qui octroie au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans en assurer le contrôle adéquat par un juge indépendant ensuite.

[1451] GIRAULT, « Le régime peu formaliste des nouveaux moyens d'investigation », *AJ pénal* 2006. 367, V. crim. 23 mai 2006, n° 06-83.241
[1452] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.
[1453] Cons. const., DC n° 2004-492 du 2 mars 2004, cons. 19 et DC n° 2013-679 du 4 décembre 2013, cons. 75.
[1454] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

286. Autorisation des infiltrations. – La nécessité pour l'enquêteur d'être au plus près d'une activité infractionnelle occulte l'oblige à procéder par infiltration sous une identité d'emprunt au sein du milieu convoité[1455]. La logique du dispositif exige toutefois la caractérisation d'une exceptionnelle gravité infractionnelle. Ce dispositif doit ainsi être autorisé par le procureur de la République ou le Juge d'instruction suivant le cadre procédural dans lequel il s'inscrit[1456]. Il s'agit pour l'agent infiltré de prendre part aux infractions en cours de commission au sein d'une bande organisée[1457]. L'agent infiltré ne peut néanmoins jamais, de sa propre initiative, être à l'origine de l'infraction[1458]. En se limitant à une insertion dans une délinquance préexistante, l'agent infiltré se voit exonéré de toute responsabilité pénale quant aux actes délictueux commis[1459]. Il demeure ainsi couvert tout au long des investigations, quand bien même une confrontation interviendrait avec la personne mise en cause, les dispositions de l'article 706-61 du Code de procédure pénale permettant l'audition à distance d'un témoin protégé.

287. Adaptation des perquisitions. – Aux termes des articles 706-89 à 706-91 du Code de procédure pénale, les mesures de perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction font l'objet d'un régime légal spécifiquement applicable aux faits en lien avec la criminalité organisée[1460]. Alors qu'une mesure de perquisition vise à rechercher les indices disséminés au sein d'un lieu déterminé, la spécificité des lieux d'habitation implique la mise en œuvre d'une visite domiciliaire[1461]. L'appréhension au sein de la procédure des éléments matériels révélés par ces mesures d'investigation, alors qualifiés de pièces à conviction, s'organise au moyen d'une saisie par son placement officiel sous main de justice. Le renforcement du régime applicable, par la loi du 3 juin 2016, vise spécifiquement les infractions listées par le Code de procédure pénale aux articles 706-73 et 706-73-1, mais non celles prévues à l'article 706-74. Par dérogation aux dispositions de l'article 59 du Code de procédure pénale régissant le droit commun des perquisitions, l'article 706-89 applicable aux enquêtes de flagrance en lien avec la criminalité organisée autorise les perquisitions en dehors des heures légales limitées à un intervalle entre 6 et 21 h. Cette même extension temporelle se retrouvait durant l'enquête préliminaire, s'agissant toutefois uniquement des perquisitions et non des visites domiciliaires. L'apport de la loi du 3 juin 2016 consiste à autoriser, aux termes de

[1455] C. pr. pén., art. 706-81
[1456] C. pr. pén., art. 796-83, al. 1
[1457] C. pr. pén., art. 706-82
[1458] Crim. 30 oct. 2006, n° 06-86.175
[1459] C. pr. pén., art. 706-82, al. 1
[1460] V. BEAUSSONIE, « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017. 777
[1461] VERGES, « La procédure pénale au temps des confluences », *RSC* 2018. 153

l'alinéa 2 de l'article 706-90, les visites domiciliaires dans les cas où l'enquête préliminaire porte sur les infractions en lien avec le terrorisme telles qu'elles sont mentionnées au 11° de l'article 706-73. Les circonstances factuelles sont alors appréciées par l'autorité judiciaire afin de déduire les conditions légalement requises d'urgence[1462] et de nécessité[1463] à partir des indices exploités. Le juge des libertés et de la détention est, dans ce cas, mis à contribution au cours de l'enquête pour autoriser la perquisition en dehors des heures légales[1464]. Le magistrat instructeur est lui en charge de l'appréciation des circonstances factuelles justifiant le régime dérogatoire au cours de l'information judiciaire[1465]. L'autorisation résulte d'une ordonnance écrite relatant les éléments de fait par lesquels est motivée[1466] la mise en œuvre nécessaire d'une perquisition en dehors des heures prévues par les dispositions de l'article 59 du Code de procédure pénale. Ces perquisitions ne peuvent avoir un objet autre que l'obtention d'indices susceptibles de rendre possibles les infractions visées dans l'ordonnance du magistrat les ayant autorisées[1467]. La mise en lumières d'éléments probatoires indiquant la commission d'une infraction non encore mentionnée n'engendre aucunement la nullité des procédures incidentes[1468]. Une spécificité du régime des perquisitions applicable aux infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale se retrouve à l'article 706-94 du même code, aux termes duquel la présence du maître des lieux est dispensable s'il existe un risque grave d'évasion ou de trouble à l'ordre public, voire de disparition de preuves. Dans le cas d'une enquête de flagrance ou d'une information judiciaire, le procureur de la République ou le juge d'instruction peuvent décider d'une mise en œuvre des mesures de perquisitions en présence de deux témoins requis dans les conditions prévues à l'article 57 du Code de procédure pénale. L'accord revient au Juge des libertés et de la détention lorsque la perquisition se déroule au cours d'une enquête préliminaire[1469].

Il semble d'ailleurs, au vu des modifications proposées par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice au sein du code de procédure pénale, qu'une généralisation des procédés d'investigation les plus intrusifs s'installe au détriment d'un formalisme légal suffisamment cadrant. Le contexte budgétaire actuel peut, sans doute,

[1462] C. pr. pén., art. 706-90, al. 2, et 706-91, al. 2
[1463] C. pr. pén., art. 706-89 concernant l'enquête de flagrance et C. pr. pén., art. 706-90, al. 1 s'agissant de l'enquête préliminaire et C. pr. pén., art. 706-91, al. 1 pour l'instruction préparatoire.
[1464] C. pr. pén., art. 706-92, al. 3
[1465] C. pr. pén., art. 706-91, al. 1
[1466] Crim. 8 juill. 2015, n° 15-81.731, Bull. crim. n° 174
[1467] C. pr. pén., art. 706-93, al. 1
[1468] C. pr. pén., art. 706-93, al. 3
[1469] C. pr. pén., art. 706-94, al. 2

expliquer le mouvement législatif – initié maintenant depuis plusieurs années – visant à accélérer le processus d'investigation au moyen d'un recours assoupli aux techniques attentatoires envers les libertés individuelles. Comment néanmoins justifier cette montée en puissance du Ministère public, dès lors qu'elle ne s'accompagne d'aucun véritable contrôle ? L'intervention, renforcée, du Juge des libertés et de la détention ne peut valablement s'apparenter à un contre-pouvoir, tant sa connaissance des dossiers est parcellaire, tandis que l'indépendance statutaire des magistrats du parquet ne saurait être réglée par la loi du 25 juillet 2013[1470], ni d'ailleurs par le futur projet de réforme constitutionnelle du 3 juillet 2017[1471]. Le Conseil constitutionnel a pourtant prononcé la censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[1472]. Il est reproché au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Sans surprise, le principe de proportionnalité serait méconnu par une loi qui confère au procureur de la République un important pouvoir coercitif, sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans en assurer le contrôle adéquat par un juge ensuite.

B. L'ingérence adaptée des moyens techniques d'investigation

288. Domaine des sonorisations et fixation d'image. – La gravité d'une situation infractionnelle peut justifier la mise en œuvre de procédés d'investigation particulièrement intrusifs, en concordance néanmoins avec l'effectivité d'une innocence présumée applicable aux personnes non encore définitivement jugées[1473]. Parmi eux, la sonorisation et la fixation d'image avaient auparavant connu une extension officieuse de leur champ d'utilisation, condamnée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Les prévisions légales étaient, pour les juges du quai de l'Horloge, nécessairement méconnues en l'absence d'autorisation du

[1470] Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, laquelle a un impact mineur puisqu'elle interdit simplement au garde des Sceaux d'adresser aux magistrats du parqet une instruction dans des affaires individuelles.

[1471] Les garanties d'indépendance des magistrats du parquet sont renforcées, par l'alignement des prérogatives du Conseil Supérieur de la Magistrature à l'égard des magistrats du parquet sur celles actuellement détenues à l'égard des magistrats du siège. La nomination des magistrats du parquet devra intervenir sur avis conforme du Conseil Supérieur de la Magistrature et c'est désormais ce dernier qui exercera le pouvoir disciplinaire à l'encontre des magistrats du parquet. Le pouvoir hiérarchique du garde des Sceaux n'est ainsi pas remis en cause, tandis que les magistrats du parquet ne disposent toujours pas de l'inamovibilité. Ces propositions laissent perdurer la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme à propos du contrôle d'une mesure privative de liberté sur le fondement de l'article 5 §3 de la *Conv EDH*.

[1472] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019

[1473] SAINT-PAU, « Les investigations numériques et le droit au respect de la vie privée », *AJ pénal* 2017. 321

juge d'instruction[1474]. L'extension légale du domaine des sonorisations et fixations d'image est intervenue avec la loi du 3 juin 2016, par une réécriture complète des dispositions de l'article 706-96 du Code de procédure pénale. L'autorisation d'utiliser un tel procédé d'investigation au cours des enquêtes de police émane ainsi du Juge des libertés et de la détention sur requête du procureur de la République, après appréciation des nécessités factuelles justifiant d'y recourir. La mise en œuvre des sonorisations et captations d'images dans le cadre de l'instruction préparatoire se voit désormais régie par l'article 706-96-1 du Code de procédure pénale. Il en résulte une appréciation des nécessités factuelles par le juge d'instruction[1475] après avis du procureur de la République[1476]. La Chambre criminelle insiste d'ailleurs sur la nécessité pour le juge de motiver de la manière la plus concrète son ordonnance d'autorisation[1477], par référence à des éléments factuels précis, afin que soit justifiée la mise en œuvre du procédé d'investigation. Un tel impératif résulte d'ailleurs des articles 706-96 et 706-96-1 du Code de procédure pénale[1478].

289. Mise en œuvre d'une captation de données informatiques. – Conformément à la volonté toujours plus ostensiblement affichée au fil des années de lutter contre la criminalité organisée, le législateur a pris l'initiative à travers la loi du 14 mars 2011[1479] d'insérer au sein du Code de procédure pénale un procédé d'investigation destiné à assurer la captation de données informatiques. L'utilité de ce nouveau dispositif intrusif désormais régi par les articles 706-102-1 à 706-102-9 du Code de procédure pénale consiste ainsi à accéder aux

[1474] Crim. 21 mars 2007, n° 06-89.444, Bull. crim. n° 89 ; *D*. 2007. AJ 1205, obs. DARSONVILLE ; *D*. 2007. Chron. 1817, obs. CARON ; *AJ pénal* 2007. 286, obs. ROYER ; *RSC* 2007. 841, obs. FINIELTSZ ; *RSC* 2007. 897, obs. RENUCCI ; *Dr. pénal* 2007, n° 91, obs. MARON ; *Procédures* 2007, n° 101, obs. BUISSON. - Crim. 27 mai 2009, n° 09-82.115, Bull. crim. n° 108 ; *RSC* 2009. 595, obs. MAYAUD ; *RSC* 2009. 866, obs. FINIELTZ ; *RSC* 2009. 899, obs. BUISSON ; *D*. 2009. AJ 1697, obs. GIRAULT ; *D*. 2009. Pan. 2241, obs. PRADEL ; *AJ pénal* 2009. 367, obs. ASCENSI ; *Dr. pénal* 2009, n° 114, obs. MARON ET HAAS ; *Dr. pénal* 2010. Chron. 1, obs. GUERIN ; *Procédures* 2009, n° 284, obs. BUISSON. - Crim. 12 mai 2010, n° 10-80.238. - Crim. 23 janv. 2013, n° 12-85.059, Bull. crim. n° 29; *D*. 2013. 1045, note POTASZKIN ; *AJ pénal* 2013. 227, obs. PONIER; *Dr. pénal* 2013, n° 49, obs. MARON ET HAAS

[1475] Crim. 13 févr. 2008, n° 07-87.458, Bull. crim. n° 40 ; *RSC* 2008. 364, obs. FINIELTZ ; *RSC* 2008. 661, obs. BUISSON ; *AJ pénal* 2008. 193, obs. LAVRIC ; *Dr. pénal* 2009. Chron. 1, p. 19, obs. GUERIN ; *Procédures* 2008, n° 184, obs. BUISSON

[1476] Crim. 23 janv. 2013, n° 12-85.059, Bull. crim. n° 29 ; *AJ pénal* 2013. 227, obs. PRONIER; *D*. 2013. 1045, note POTASZKIN ; *Dr. pénal* 2013, n° 49, obs. MARON ET HAAS

[1477] Crim. 6 janv. 2015, n° 14-85.448, Bull. crim. n° 5; *D*. 2015. 1716, note FOURMENT ; *Dr. pénal* 2015, n° 27, obs. MARON ET HAAS ; *Procédures* 2015, n° 94, obs. CHAVENT-LECLERE - Crim. 17 mars 2015, n° 14-88.351, Bull. crim. n° 54 ; *Dr. pénal* 2015, n° 78, obs. MARON ET HAAS ; *AJ pénal* 2015. 552, obs. ROUSSEL

[1478] Crim. 27 févr. 2008, n° 07-88.275, Bull. crim. n° 53 ; *RSC* 2008. 659, obs. BUISSON ; *AJ pénal* 2008. 284, obs. LEBLOIS-HAPPE ; *Dr. pénal* 2008, n° 76, obs. MARON ET HAAS ; *Dr. pénal* 2009. Chron. 1, p. 19, obs. GUERIN ; *Procédures* 2008, n° 156, obs. BUISSON - Crim. 13 nov. 2008, n° 08-85.456, Bull. crim. n° 230 ; *RSC* 2009. 408, obs. FINIELTZ ; *RSC* 2009. 898, obs. BUISSON ; *Dr. pénal* 2009, n° 43, obs. MARON ET HAAS ; *Procédures* 2009, n° 64, obs. BUISSON

[1479] Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

données telles qu'elles sont affichées sur l'écran de l'ordinateur espionné par les services de police. Afin d'améliorer encore davantage l'efficacité du procédé, la loi du 13 novembre 2014[1480] prévoit quant à elle d'étendre l'interception de données informatiques aux périphériques audio-visuels et, par conséquent, aux logiciels de communication électronique. Si la loi du 24 juillet 2015[1481] a permis aux services de renseignement d'avoir recours aux procédés de captation de données informatiques, il aura fallu attendre la loi du 3 juin 2016[1482] pour qu'ils soient accessibles au cours de l'enquête de police. Entièrement récrit par cette même loi, le nouvel article 706-102-1 du Code de procédure pénale fait référence aux nécessités de l'enquête portant sur les infractions listées aux articles 706-73 et 706-73-1 pour justifier la mise en œuvre d'un dispositif particulièrement intrusif consistant à accéder à des données informatiques sans le consentement de l'intéressé. Autorisé par le Juge des libertés et de la détention, le recours au procédé, ordonné pour une durée maximale d'un mois renouvelable une fois, doit exclusivement viser l'infraction spécifiée. Concernant l'information judiciaire, l'article 706-102-2 du Code de procédure pénale octroie au juge d'instruction la faculté d'autoriser la mise en œuvre du procédé de captation de données informatiques pour une durée maximale limitée cette fois à quatre mois, renouvelable après avis du procureur de la République. Communément avec les autres procédés d'investigation, la détermination préalable de l'infraction visée par l'ordonnance d'autorisation émanant du magistrat ne s'oppose pas à la découverte d'autres infractions, s'agissant ainsi de justifier l'atteinte portée aux libertés de la personne présumée innocente et non de limiter l'étendue du dispositif intrusif. Cette justification est d'autant plus importante compte tenu de la gravité des restrictions engendrées envers les libertés individuelles par la caractérisation d'une présomption de participation à la commission d'une infraction en lien avec la criminalité organisée. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel avait déclaré non conformes les dispositions de l'article 706-104 du Code de procédure pénale[1483]. Il résultait en effet de l'application des termes de l'article susvisé une exonération générale de nullité concernant les actes d'enquête ou d'instruction lorsque la circonstance aggravante de bande organisée antérieurement caractérisée s'avérait en réalité infondée. A travers cette disposition abrogée, le législateur incitait ouvertement la commission d'un détournement de procédures en supprimant l'effort de motivation fondée sur les

[1480] Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme
[1481] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
[1482] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *op. cit.*
[1483] Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC

circonstances factuelles. Les indices ont ainsi toujours pour objectif de justifier les restrictions portées envers les libertés d'une personne dont l'innocence demeure présumée.

290. Modernisation des interceptions. – L'interception de communications électroniques devient en outre autorisée au cours des enquêtes de police par l'article 706-95 lorsqu'elles sont relatives aux infractions visées par les articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale. Les dispositions des articles 100 et suivants du Code de procédure pénale seront alors mises en œuvre sur autorisation du Juge des libertés et de la détention lorsque l'enquête de police porte sur des faits en lien avec la criminalité organisée. Si le texte initial visait les télécommunications, la loi du 3 juin 2016[1484] a étendu le domaine des interceptions en faisant désormais référence aux communications électroniques, signe de l'informatisation croissante de notre société[1485]. Le régime légal applicable aux interceptions de communications électroniques, prévu par l'article 706-95, demeure calqué sur les dispositions de l'article 100 et suivants du Code de procédure pénale, à ceci près qu'une durée inférieure est prévue tandis que le procureur de la République se substitue au juge d'instruction dans la prise d'initiative. Une motivation spéciale n'est pas requise à la mise en œuvre des interceptions compte tenu de leur utilité dans la recherche d'une vérité systématiquement contrôlée par l'autorité judiciaire[1486]. Par ailleurs, l'autorisation des interceptions par le juge résulte nécessairement de l'appréciation des circonstances factuelles retracées à partir d'indices obtenus au cours d'investigations antérieures. Il ne pourra d'ailleurs être reproché à l'autorité judiciaire l'absence de vérification portant sur les conditions de régularité afférentes à la mise en œuvre des procédés par lesquels les indices ont été initialement révélés[1487]. Cette décision doit être saluée tant la mission du Juge des libertés et de la détention s'attache avant tout à apprécier les circonstances factuelles justifiant l'atteinte actuellement portée aux libertés individuelles de la personne visée et il serait alors particulièrement malvenu de lui imposer un contrôle de régularité portant sur des indices issus d'une procédure distincte[1488]. Avec la loi du 3 juin 2016, le domaine des interceptions de correspondances électroniques est étendu à celles non plus seulement émises, mais également stockées[1489]. Ainsi, cet ajout légalise la pratique judiciaire consistant à valider l'interception de

[1484] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *op. cit.*
[1485] DECIMA, « Du piratage informatique aux perquisitions et saisies numériques ? », *AJ pénal* 2017. 315
[1486] Crim. 27 sept. 2011, n° 11-01.458 ; Crim. 22 oct. 2013, n° 13-81.945, Bull. crim. n° 196
[1487] Crim. 6 janv. 2015, n° 14-84.694
[1488] Crim. 23 mai 2006, n° 06-83.241, Bull. crim. n° 139; *D*. 2006. 2838, note PRADEL ; *AJ pénal* 2006. 367, obs. GIRAULT ; *RSC* 2006. 853, obs. FINIELTZ ; *Dr. pénal* 2006, n° 131, obs. MARON
[1489] V. sur l'extension du domaine proposé par le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, présenté en conseil des ministres le 20 avril 2018 ; PERRIER, « La procédure pénale mise en chantier », *D*. 2018. 1027 ; V. particulièrement sur ce point : Cons. const. déc. n°2019-778 DC du 21 mars 2019 par laquelle

correspondances électroniques échangées antérieurement à l'ordonnance d'autorisation. La Chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait en effet contraire aux dispositions des articles 100 à 100-5 du Code de procédure pénale l'interception d'éléments préalablement stockés, préconisant la mise en œuvre d'une perquisition afin d'obtenir les courriels mémorisés au sein d'une boîte de réception[1490]. Si le principe d'une perquisition correspond davantage à l'espèce, il n'en demeure pas moins qu'une logique d'efficacité privilégie nécessairement l'extension du régime des interceptions, lesquelles peuvent être utilisées sans la contrainte d'une présence obligatoire du maître de maison ou de témoins conviés pour l'occasion. Les dispositions de l'article 706-95-1 du Code de procédure pénale font toujours référence à la nécessité du procédé, compte tenu de la gravité infractionnelle préalablement caractérisée à l'aune des indices obtenus. Conformément au régime habituellement en vigueur concernant les moyens d'investigation destinés à révéler un indice, l'objet de leur mise en œuvre se voit limité à la décision du magistrat l'ayant ordonné, sans toutefois interdire la mise en valeur incidente d'infractions non initialement visées.

291. Adaptation par le progrès technique. – Alors que l'interception de correspondances imposait jusqu'alors une intervention physique au plus près de la personne visée, le progrès technique intégré au sein du Code de procédure pénale contribue à améliorer l'efficacité des investigations par le biais de procédés toujours plus furtifs[1491]. Il en va ainsi de l'interception de correspondances au moyen d'un *IMSI Catcher*, acronyme faisant référence à l'« *International Mobile Subscriber Identity* » permettant à l'enquêteur d'espionner une ligne téléphonique par le biais du signal *GSM* en provenance d'un terminal mobile[1492]. Afin d'y parvenir, l'*IMSI Catcher* fonctionne tel une antenne relais intermédiaire entre le téléphone mobile intercepté et le réseau déployé par l'opérateur mobile[1493]. Pour autant, il semble concrètement impossible de cibler spécifiquement un abonné et l'espionnage concernerait alors l'ensemble des terminaux connectés au relais intermédiaire dépendant de l'*IMSI Catcher*[1494]. Face au danger présenté par un tel procédé d'interception, le législateur a naturellement choisi

le consil constitutionnel censure partiellement la loi, et notamment les dispositions relatives à l'extension des mesures policières, en raison d'une méconnaissance du principe de proportionnalité entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part.

[1490] Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88.457, Bull. crim. n° 176 ; *AJ pénal* 2016. 90, obs. ROUSSEL ; *Procédures* 2015, comm. 309, obs. CHAVENT-LECLERE ; *Dr. pénal* 2015, Comm. 131, obs. MARON ET HAAS

[1491] LATOUR, « Sécurité intérieure : un droit « augmenté » ? », *AJDA* 2018. 431

[1492] LE MONNIER DE GOUVILLE, « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les cahiers de la justice,* 2017. 209

[1493] Pour une application concrète du dispositif, V. Crim. 28 nov. 2017, n° 17-81.736 ; FUCINI, « Écoutes téléphoniques : validité de la décision d'interception portant sur un boîtier IMEI », *Dalloz actualité,* 03 janv. 2018

[1494] TOUILLIER, « Lumière sur un arsenal de lutte contre une délinquance tapie dans l'ombre », *AJ pénal* 2017. 312

d'encadrer strictement les conditions de sa mise en œuvre. Depuis la loi du 24 juill. 2015[1495] relative au renseignement, l'article L. 851-6 du Code de la sécurité intérieure autorise l'utilisation de l'*IMSI Catcher* aux fins d'identifier le titulaire d'une ligne téléphonique et d'obtenir la localisation du terminal mobile. D'après l'article L. 852-1 du même code, la prévention du terrorisme et de la criminalité organisée au sens de l'article L. 811-3 justifiait toutefois, dès 2015, les interceptions au moyen d'un *IMSI Catcher* pour une durée de quarante-huit heures, renouvelable. Ces dispositions ont d'ailleurs été validées par le Conseil constitutionnel. Avec la loi du 3 juin 2016, le législateur dote la police judiciaire d'une technique d'investigation jusqu'alors octroyée aux seuls services de renseignement. Aux termes de l'article 706-95-4 du Code de procédure pénale, les nécessités de l'enquête portant sur les infractions en lien avec la criminalité organisée listées par les articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale peuvent justifier la mise en œuvre des dispositifs visés à l'article 226-3 du Code pénal, sous couvert d'une autorisation délivrée par le Juge des libertés et de la détention sur requête du procureur de la République[1496]. Les circonstances factuelles des investigations rendent ainsi possible le déploiement de procédés destinés à identifier un terminal, son utilisateur à travers le numéro d'abonnement obtenu ou encore à le localiser. L'autorisation du Juge des libertés et de la détention vaut pour une durée maximale d'un mois, renouvelable une fois. Les enquêteurs peuvent également se voir autorisés par le Juge des libertés et de la détention à intercepter une communication, selon les dispositions des articles 100-4 à 100-7 du Code de procédure pénale, lorsqu'elle est émise ou reçue à partir du terminal espionné par le biais de l'*IMSI Catcher*. Dans ce cas, les attributions initialement confiées au Juge d'instruction reviennent au procureur de la République et l'autorisation délivrée ne peut excéder une durée maximale de quarante-huit heures, renouvelable une fois. Toujours selon les circonstances factuelles de l'enquête en cours, et précisément lorsqu'il existe un risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes et aux biens, le procureur de la République peut lui-même autoriser le recours à l'*IMSI Catcher* avant que le Juge des libertés et de la détention ne la confirme dans un délai de vingt-quatre heures. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le Juge des libertés et de la détention ne confirme pas *a posteriori* l'autorisation délivrée par le procureur de la République, les indices obtenus seront placés sous scellés sans pouvoir être exploités au sein de la procédure. La mise en œuvre de l'*IMSI Catcher* est naturellement prévue par l'article 706-95-5 du Code de procédure pénale au

[1495] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement

[1496] Le recours à cet appareil sans l'autorisation mentionnée constitue alors un délit puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

cours de l'instruction, les autorisations mentionnées émanant cette fois du magistrat instructeur après avis du procureur de la République.

Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose d'unifier le régime des sonorisations avec celui applicable à la captation de données informatiques[1497], mais encore avec celui régissant le recueil des données techniques de connexion et des interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques[1498]. Une certaine complexité était évoquée, en pratique, quant à la mise en œuvre de ces techniques répondant chacune à des conditions disparates. Il s'agissait également de répondre aux souhaits, exprimés durant les débats parlementaires, de voir s'étendre le champ d'application de telles mesures d'investigation, non plus seulement aux infractions en lien avec la criminalité organisée, mais plus généralement à toute enquête criminelle. Les dispositions relatives aux procédés d'interception les plus attentatoires envers les libertés individuelles seraient alors regroupées au sein d'un livre IV, intitulé « *Des autres techniques spéciales d'enquête* ». Conformément au mouvement de fond initié avec la loi du 9 mars 2004[1499], les conditions de mise en œuvre, désormais communes, octroient – dès la phase de l'enquête – la possibilité au Juge des libertés et de la détention de les autoriser sur requête du procureur de la République pour une durée d'un mois renouvelable, tandis qu'il revient au juge d'instruction de commander leur déploiement au cours de l'information judiciaire pour une durée allant de quatre mois à deux ans au maximum. Bien que l'extension aux enquêtes de police des techniques les plus attentatoires aux libertés individuelles des personnes mises en cause existait depuis la loi du 3 juin 2016[1500], seules les infractions en lien avec la criminalité organisée étaient visées, de sorte que le critère de proportionnalité exigé par le Conseil constitutionnel se comprenait au regard de la gravité des crimes et délits concernés[1501]. La reprise de techniques d'investigation préalablement réglementées dans le cadre des enquêtes administratives

[1497] Procédé d'investigation réglementé par l'article 706-102-1 du Code de procédure pénale, permettant aux autorités d'intercepter – sans le consentement de l'intéressé – des données informatiques telles qu'elles sont stockées ou affichées à l'écran. En pratique, il s'agit pour les enquêteurs d'introduire un « cheval de Troie » au sein d'un système informatique afin de pouvoir y accéder à distance par une porte dérobée.
[1498] Procédé d'investigation réglementé par l'article 706-95-4 du Code de procédure pénal en référence aux *IMSI Catcher*, appareils simulant l'antenne relais d'un opérateur téléphonique mobile et permettant aux autorités d'intercepter toutes les données de communications (conversations, messages, position) transmises sans chiffrement par l'intermédiaire du numéro *IMSI* (*International Mobile Subscriber Identity*) stocké au sein des cartes SIM de tout abonné.
[1499] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[1500] Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale
[1501] Cons. const., déc. DC n° 2004-492 du 2 mars 2004, cons. 19 et DC n° 2013-679 du 4 déc. 2013, cons. 75.

afférentes au renseignement[1502] imposait, nécessairement, des limites à leur champ d'utilisation au cours des enquêtes judiciaires diligentées sous le pouvoir de procureur de la République. L'intervention du Juge des libertés et de la détention, en tant que représentant de l'autorité judiciaire « gardienne des libertés individuelles », pourrait de prime abord rassurer, du moins avant que ne soient mises en exergue les difficultés liées aux interventions qui lui sont ponctuellement octroyées, ne lui permettant ni une véritable connaissance du dossier, ni une véritable faculté de s'opposer au procureur de la République. La consécration d'un véritable statut[1503] en faveur du Juge des libertés et de la détention aurait, nécessairement, dû s'accompagner d'une refonte des missions qui lui sont confiées durant l'enquête, avec une intervention dès le début des investigations, de manière à installer un contre-pouvoir enfin efficace. Dans leur décision du 21 mars 2019, les Sages de la rue Montpensier se sont prononcés en faveur d'une censure des dispositions relatives à l'extension des mesures policières[1504]. Le Conseil constitutionnel reproche au législateur l'absence de conciliation équilibrée entre l'objectif de recherche des auteurs d'infractions d'une part, et le droit au respect des libertés individuelles d'autre part. Le principe de proportionnalité était en effet nécessairement méconnu par une loi qui laissait au procureur de la République un important pouvoir coercitif sans le restreindre à la caractérisation d'une gravité infractionnelle suffisante d'abord, et sans l'assortir d'un contrôle adéquat par un juge ensuite. L'instauration d'un véritable « juge de l'enquête » semble, plus que jamais, indispensable afin de représenter une autorité judiciaire indépendante dès les premiers temps de l'investigation. Il pourrait s'agir du juge des libertés et de la détention, à condition toutefois qu'il assure le suivi régulier – *et non plus simplement ponctuel* – des actes dont il a connaissance.

292. Recours à la géolocalisation. – La prise en compte du progrès technologique au sein des moyens d'investigation se matérialise également par la réglementation des procédés de géolocalisation[1505] par la loi du 28 mars 2014[1506] au sein des articles 230-32 à 230-44 du Code de procédure pénale[1507]. La restriction engendrée envers les libertés individuelles des personnes visées ne pouvait se satisfaire d'un fondement juridique imprécis, inapte à garantir un équilibre

[1502] Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement
[1503] Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature
[1504] Cons. const., n°2019-778 DC du 21 mars 2019
[1505] V. pour un bilan de l'activité des services de prévention et de renseignement où le recours à la géolocalisation ne cesse d'augmenter, Lena, « Activité des services de prévention et de renseignement », *AJ pénal* 2018. 272
[1506] Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation
[1507] LENNON, « De la géolocalisation », *D*. 2017. 279

procédural primordial à un stade où l'innocence demeure présumée[1508]. Les nécessités des investigations menées au stade de l'enquête ou de l'instruction peuvent désormais justifier le suivi géolocalisé d'une personne soupçonnée d'avoir commis l'une des infractions listées par le Code de procédure pénale[1509]. Si la dimension utilitaire de la géolocalisation explique l'admission de son recours lors des recherches de personnes en fuite ou de recherche des personnes disparues, voir des causes d'une mort suspecte[1510], c'est bien la gravité du fait infractionnel qui autorise son utilisation dans le cas des atteintes aux personnes prévues par le livre II du Code pénal réprimées d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans[1511] et plus encore, lorsque le délit ou le crime vraisemblablement commis est réprimé d'une peine d'emprisonnement d'au moins 5 ans[1512]. La gravité d'une situation infractionnelle en lien avec la criminalité et la délinquance organisée justifie en outre une adaptation du régime procédural tenant à la mise en œuvre du procédé de géolocalisation[1513]. Dans le cas d'une instruction concernant l'un des crimes ou délits inclus dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale, la mise en place et le retrait du dispositif de géolocalisation répondent à une procédure dérogatoire prévue par l'article 230-40 du Code de procédure pénale. Alors qu'il est imposé aux enquêteurs par les articles 230-38 et 230-39 du Code de procédure pénale de dresser un procès-verbal daté de chacune des opérations de mise en place d'un moyen de géolocalisation et d'enregistrement des données de localisation qui en résultent, l'article 230-40 admet leur omission lorsqu'il existe un risque lié à la connaissance de ces informations dans le cadre d'investigations menées dans le domaine infractionnel de la criminalité ou de la délinquance organisées et sur autorisation du Juge des libertés et de la détention saisie par requête motivée du Juge d'instruction. La régularité des opérations de géolocalisation réalisées dans le cadre dérogatoire de l'article 230-40 du Code de procédure pénale peut cependant toujours être contestée par la personne suspectée dans les 10 jours à compter de la date à laquelle il lui en a été donné connaissance. La restriction engendrée par la mise en œuvre du régime dérogatoire sur les droits de la défense d'une personne mise en cause, toujours présumée innocente, justifie qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée sur le fondement des indices recueillis au moyen des procédés de géolocalisation ainsi utilisés[1514]. La

[1508] MATSOPOULOU, L'illégalité des surveillances par « géolocalisation » autorisées par le ministère public, *D*. 2014. 115
[1509] Cons. const. 25 mars 2014, n° 2014-693 DC
[1510] C. Pr. Pén, art 230-32, 3° et 4°
[1511] C. Pr. Pén, art 230-32, 1°
[1512] C. Pr. Pén, art 230-32, 2°
[1513] VIOLEAU, « Les techniques d'investigations numériques : entre insécurité juridique et limites pratiques », *AJ pénal* 2017. 324
[1514] C. Pr. Pén, art 230-42

rédaction initiale de cet article 230-42 du Code de procédure pénale a toutefois fait l'objet d'une censure de la part du Conseil constitutionnel en ce qu'elle prévoyait dans sa monture originale qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée sur le « seul » fondement de ces éléments de géolocalisation obtenus de manière dérogatoire[1515]. Alors que l'établissement d'une preuve à partir des indices de géolocalisation obtenus sans que leur fiabilité n'ait été vérifiée demeure difficilement concevable, la censure du Conseil constitutionnel ayant engendré la suppression du mot « seul » ne modifie aucunement la physionomie du texte et paraît finalement tout à fait anecdotique. Selon le même ordre d'idée qu'une meilleure efficacité peut inciter l'enquêteur à avancer « masqué », les investigations sous pseudonyme permises lors d'infiltrations informatiques[1516] depuis la loi du 13 novembre 2014[1517] dans le domaine de la criminalité organisée par l'article 706-87-1 du Code de procédure pénale constituent une adaptation procédurale fondée sur la variable d'une gravité infractionnelle caractérisée. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice tend à poursuivre la tendance d'un appauvrissement de l'instruction – *devenue trop coûteuse* – au profit d'une montée en puissance de l'enquête, à travers l'élargissement du champ des mesures policières. Les procédés de géolocalisation, de perquisition ainsi que les interceptions par voie de communications électroniques se verraient autorisés, dès qu'ils porteraient sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement. Malgré cette hégémonie du parquet durant l'enquête, la réforme passe sous silence la nécessité d'autoriser le Juge des libertés et de la détention à intervenir dès les premiers temps des investigations, aux fins de se dresser en garde-fou utile. Surtout, l'absence d'indépendance du ministère public soulève des interrogations légitimes au regard des pouvoirs dont il dispose et qui ne peuvent, à l'heure actuelle, être valablement contrebalancés par un véritable « juge de l'enquête » resté aux abonnés absents.

[1515] Cons. const. 25 mars 2014, n° 2014-693 DC
[1516] DAOUD et PERONNE, « Cyberattaques : la lutte s'intensifie », *AJ pénal* 2015. 396, V. aussi, ROUSSEL, « Le régime des techniques de renseignement », *AJ pénal* 2015. 520
[1517] Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; V. pour une analyse détaillée, ROUIDI, « La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions ? », *AJ pénal* 2014. 555

§ 2 – L'adaptation des mesures de contrainte

293. Conséquences de la gravité infractionnelle sur le régime juridique. – La caractérisation de la gravité infractionnelle doit être distinguée des effets procéduraux lui étant attachés[1518]. L'appréciation des indices quantifie la gravité infractionnelle tandis que leur exploitation autorise une adaptation du régime légal applicable. Selon la gravité infractionnelle caractérisée, la réponse pénale se doit d'être adaptée en conséquence concernant la coercition qu'elle met en œuvre. L'instauration et le maintien d'une mesure de garde à vue ou de détention provisoire s'effectuent par l'appréciation des objectifs légaux qu'elles seules permettraient de valider[1519]. L'étude des objectifs consiste ainsi à caractériser la gravité d'une situation infractionnelle justifiant la mise en œuvre de mesures coercitives[1520]. Le régime de la garde à vue et de la détention provisoire s'adapte à cette gravité infractionnelle dans le but de maximiser l'efficacité des procédures engagées. La sanction pénale envisagée ainsi que le domaine infractionnel vraisemblable modifient le régime applicable aux mesures de coercition telles que la garde à vue ou la détention provisoire[1521]. L'étude consiste ainsi à déterminer les effets, mais également l'utilité de l'adaptation procédurale en matière de régime juridique applicable à la garde à vue (A) d'une part et à la détention provisoire (B) d'autre part.

A. L'adaptation du régime applicable à la garde à vue

294. Modulation de la durée. – L'adaptation, selon la gravité d'une situation infractionnelle, de la réponse pénale au stade de la mise en état s'entrevoit dans le domaine de la garde à vue où l'exploitation des indices modifie la durée des mesures ordonnées. En limitant la liberté d'aller et venir de la personne contre laquelle existent des soupçons de participation à la commission d'une infraction, la mesure de garde à vue tend à suspendre le trouble à l'ordre public vraisemblablement en cours ou celui susceptible d'intervenir dans un futur proche. L'exploitation des indices et les conséquences tirées de la gravité d'une situation infractionnelle vraisemblable qu'ils reflètent s'examinent par l'adaptation de la durée pendant laquelle est mise en œuvre la coercition engendrée par cette mesure. L'adossement de la durée de la garde à vue à la gravité infractionnelle caractérisée permet de garantir l'équilibre entre la sévérité accrue d'une restriction aux libertés de la personne soupçonnée et le risque d'une atteinte prégnante

[1518] V. WACHSMANN, « L'état d'exception dans le droit commun ? », *D*. 2017. 1905
[1519] V. ALLAIN, « L'audition du suspect libre », *AJ pénal* 2014. 549
[1520] V. « Les conditions de détention à l'aune de la surpopulation carcérale », dossier *AJ Pénal* 2018. 335
[1521] DESPREZ, « De la garde à vue du mineur de seize ans dans le cadre de l'enquête pour criminalité organisée », *D*. 2007. 2679

envers les intérêts de la société[1522]. Il en résulte une distinction fondée sur la coercition spécifiquement attachée à certaines circonstances factuelles, matérialisée par la doctrine à travers la dénomination d'une procédure pénale « bis » ou par l'opposition entre un droit commun de la garde à vue et son versant spécial[1523]. La prise en compte de la personnalité du mis en cause impose d'abord une réduction de la durée concernant les mesures de garde à vues prononcées à l'encontre d'un mineur[1524]. La prise en considération de la nature infractionnelle oblige ensuite une augmentation de la durée concernant les mesures de garde à vues prononcées en matière de criminalité organisée et de terrorisme[1525]. Qu'il s'agisse d'attacher des conséquences juridiques quant au régime de la garde à vue selon la personnalité des mis en cause soupçonnés ou la nature des infractions soupçonnées, l'adaptation des durées applicables résulte d'une appréciation de la gravité infractionnelle caractérisée. La nature de l'infraction vraisemblablement commise est prise en compte dans le choix des moyens procéduraux déclenchés, caractérisant une gravité infractionnelle justifiant le déploiement d'une coercition plus élevée. Le domaine infractionnel, associé au quantum de la peine, interviennent dans la détermination du cheminement procédural en constituant un marqueur de gravité infractionnelle apte à valider l'adaptation des moyens mis en œuvre afin de suspendre efficacement le trouble social apparent.

1. L'adaptation calquée sur la sanction infractionnelle vraisemblable

295. Conditions de la prolongation. – La durée initiale du placement en garde à vue, fixée à 24 heures, autorise une atteinte proportionnée à la liberté d'aller et venir d'une personne soupçonnée[1526]. Le temps de cette contrainte autorise les enquêteurs à procéder à la poursuite des investigations dans le but de révéler d'autres indices susceptibles de moduler la durée initiale, au moyen d'un interrogatoire notamment[1527]. Afin d'assurer l'effectivité d'une proportion entre la durée d'une contrainte à la liberté d'aller et venir selon la gravité infractionnelle caractérisée, ce délai de 24 heures doit être considéré comme la limite maximale comprenant toutes les mesures successivement ordonnées. La prolongation pour une même durée, lorsqu'elle paraît justifiée par l'un des objectifs édictés à l'article 62-2 du Code de

[1522] PERRIER, « La QPC et la garantie des droits et libertés en procédure pénale », *AJ pénal* 2018. 391
[1523] CHARBONNIER et ALLAIN, « Etude de législation comparée », Rapport du Sénat, 31 déc. 2009
[1524] VLAMYNCK, « Approche policière de la garde à vue », *AJ pénal* 2008. 262
[1525] ALIX et CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017. 845
[1526] C. pr. pén, art. 63, II, al. 1er
[1527] PERRIER, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ pénal* 2017. 436

procédure pénale, reste soumise à l'autorisation écrite et motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction[1528]. Elle demeure limitée aux crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement égale ou supérieure à un an. La gravité infractionnelle de la situation considérée par les enquêteurs se caractérise à partir des indices, selon les critères légaux affichés en tant qu'objectifs justifiant la mesure[1529]. La prolongation de la garde à vue obligera une nouvelle appréciation afin d'en adapter la durée strictement nécessaire pour suspendre le trouble social vraisemblablement en cours ou le risque de le voir survenir dans un futur proche. La prolongation d'une mesure de garde à vue doit ainsi donner lieu à une nouvelle appréciation des indices et de la gravité infractionnelle vraisemblable qu'ils reflètent afin de vérifier la persistance des objectifs légalement attachés à la justification d'une restriction de la liberté d'aller et venir des personnes placées[1530]. La nécessité de caractériser une gravité infractionnelle justifiant la prolongation de la mesure de garde à vue impose une exigence de motivation de la part des magistrats amenés à apprécier les indices leur étant présentés. Cette appréciation continue des indices lors du processus de renouvellement des mesures de garde à vue s'accompagne d'une motivation reprenant les objectifs induits par la gravité infractionnelle caractérisée, avec présentation de la personne soupçonnée devant le procureur de la République ainsi qu'une notification des droits dont elle dispose[1531]. Le principe d'une présentation de la personne gardée à vue au procureur de la République[1532] connaît toutefois une atténuation tenant à la rapidité et l'efficacité des investigations, justifiant la mise en œuvre des moyens de télécommunications audio-visuels. Si les prolongations décidées par le procureur de la République sans présentation préalable physique de la personne soupçonnée n'enlèvent en rien l'appréciation du caractère nécessaire d'une garde à vue toujours justifiée par la gravité infractionnelle, il n'en demeure pas moins qu'une barrière informatique matérialisée par la visio-conférence pourrait empêcher un dialogue effectif[1533].

296. Régime spécifique au mineur suspecté. – La minorité des personnes soupçonnées engendre une réduction de la durée des mesures de garde à vue leur étant applicables, conformément au principe d'une primauté éducative inscrite au sein des dispositions de l'ordonnance de 1945 relative à l'enfance délinquante[1534]. Le mineur âgé de 10 à 13 ans ne peut

[1528] Crim. 7 juin 2017, n° 16-87.588 ; GOETZ, « Garde à vue : contrôle des exigences de l'article 62-2 du code de procédure pénale », *Dalloz actualité,* 30 juin 2017
[1529] LENNON, « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect », *D*. 2006. 887
[1530] PELLE, « La nécessité de la garde à vue : quel contrôle juridictionnel après la réforme ? », *D*. 2017. 1339
[1531] ROUSSEL, « Temporalité des motifs de placement en garde à vue », *AJ pénal* 2017. 403
[1532] Crim. 18 nov. 2014, n° 14-81.332, *D*. 2014. 2410
[1533] SONTAG, « L'accès de l'avocat aux procédures dématérialisées », *AJ pénal* 2011. 455
[1534] GALLARDO, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC* 2017. 713

pas être placé en garde à vue[1535]. L'existence à son encontre d'indices graves et concordants laissant présumer sa participation à la commission d'un crime ou d'un délit réprimé d'une peine égale ou supérieure à 5 ans d'emprisonnement autorise toutefois la mise en œuvre d'une mesure de rétention lorsqu'elle semble nécessaire pour parvenir aux objectifs édictés à l'article 62-2 du Code de procédure pénale. Ce faisant, la gravité infractionnelle s'apprécie afin d'adapter la durée de la mesure de garde à vue aux intérêts en présence, s'agissant ici de l'équilibre entre la dimension éducative d'une mesure prononcée à l'encontre d'un mineur et la gravité supposée de l'atteinte portée aux intérêts de la société[1536]. Malgré la primauté éducative des mesures applicables aux mineurs, il n'existe aucune dérogation concernant la durée initiale de la garde à vue décidée à l'encontre du mineur âgé de 13 ans. Dans ce cas, le régime applicable aux mineurs de 13 ans est calqué sur celui des majeurs s'agissant de la durée initiale de la garde à vue, la prolongation connaissant néanmoins des conditions dérogatoires. La prolongation de la garde à vue décidée à l'encontre d'un mineur demeure soumise à des conditions dérogatoires au droit commun. La prolongation sera ainsi proscrite lorsque les soupçons contre le mineur âgé de 13 à 16 ans portent sur la commission d'une infraction réprimée d'une peine d'emprisonnement inférieur à 5 ans. Elle sera en revanche toujours possible lorsque la garde à vue vise un mineur soupçonné âgé de 16 ans. Quel que soit l'âge du mineur, sa présentation préalable au procureur de la République ou Juge d'instruction est obligatoire, bien qu'elle puisse s'effectuer par visio-conférence avec toutes les limitations du dialogue qu'elle implique. L'assimilation du régime applicable à la garde à vue du mineur avec celui destiné aux personnes majeures existe également lorsque le mineur de plus de 16 ans est soupçonné d'avoir participé à la commission d'une infraction listée par l'article 706-73 du Code de procédure pénale, l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945 renvoyant aux dispositions de l'article 706-88, exception faite des trois derniers alinéas.

2. L'adaptation calquée sur le domaine infractionnel vraisemblable

297. Régime dérogatoire. – En raison d'une particulière complexité des investigations liée à la gravité des infractions commises, le régime applicable à la garde à vue connaît une adaptation dans le domaine de la criminalité organisée[1537]. L'article 706-88 du Code de

[1535] FONTEIX, « Défaut d'application du régime procédural propre aux mineurs après fourniture d'une fausse identité », *Dalloz actualité* 02 février 2018
[1536] LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC* 2011. 728
[1537] ALIX et CAHN, « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017. 845, *op. cit.*

procédure pénale prévoit une durée de prolongation dérogatoire au droit commun[1538]. Une prolongation exceptionnelle peut également intervenir lorsque les indices appréciés par les services d'enquête laissent apparaître un risque sérieux d'action terroriste imminente sur le territoire national ou en cas de nécessité d'une coopération internationale[1539]. Bien que le champ des dérogations en matière d'atteinte aux libertés de la personne gravement soupçonnée soit ainsi strictement limité aux infractions appartenant légalement au domaine de la criminalité organisée, cette réforme de la garde à vue a donné lieu à la saisine du Conseil constitutionnel quant à la conformité des dispositions de l'article 706-88, confirmée par la haute instance dans sa décision du 2 mars 2004[1540]. Ultérieurement modifié avec la loi du 23 janv. 2006[1541], l'article 706-88 est de nouveau passé à travers les fourches caudines du Conseil constitutionnel, lequel s'est prononcé dans sa décision du 22 septembre 2010 après avoir été saisi par une question prioritaire de constitutionnalité quant à l'ultime prolongation des mesures de garde à vue en matière de terrorisme, portant la durée maximale à un délai de six jours[1542]. Par cette décision, le Conseil constitutionnel insiste sur la nécessité d'adapter la garde à vue afin de préserver la sécurité des personnes et des biens lorsqu'elle risque d'être compromise par la commission vraisemblablement imminente d'une action terroriste[1543]. Le Conseil constitutionnel insiste sur la nécessité d'une gravité infractionnelle suffisamment caractérisée pour justifier l'importante restriction aux libertés engendrée par l'article 706-88. La gravité infractionnelle appréciée à l'aune des circonstances factuelles dans lesquelles s'insère la commission vraisemblable d'une infraction justifie ainsi le déploiement d'une coercition plus marquée afin d'en suspendre les effets néfastes. Tel n'est pas le cas lorsque les infractions visées n'engendrent pas une atteinte suffisamment grave à l'ordre public[1544]. La gravité des infractions a été à l'origine de nombreuses réticences concernant le droit du suspect de s'entretenir avec son conseil[1545]. Cette faculté aurait été perçue comme un facteur perturbateur des investigations

[1538] DECHEPY-TELLIER, « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677
[1539] Crim. 23 novembre 2016, n° 15-83.649 et 16-83.649, V. THIERRY, « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *AJ pénal* 2017. 76
[1540] Cons. Const. 2004-492 DC 2 mars 2004, JO 10 mars 2004, p. 4637, V. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », *RSC* 2004. 725
[1541] 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 ; V. LAVRIC, « Prorogation de la loi anti-terrorisme », *D*. 2008. 2996
[1542] Cons. Const, 22 sept. 2010, n° 2010-31 QPC ; *RSC* 2011. 139, obs. GIUDICELLI-DELAGE ; *RSC* 2011. 165, obs. DE LAMY ; *Dr. pénal* 2011. Chron. 7, obs. LESCLOUS ; *Dr. pénal* 2012. Chron. 1, obs. GEORGET
[1543] PRIOU-ALIBERT, « Terrorisme : la garde à vue déclarée conforme à la constitution », *Dalloz actualité* 27 septembre 2010
[1544] PELLE, « La réforme de la garde à vue : problèmes de droit transitoire », *AJ pénal* 2011. 235
[1545] LAVRIC, « Législation anti-terroriste : spécificités et justifications », *Dalloz actualité* 05 oct. 2009

en cours[1546]. L'efficacité des investigations peut dans ce cas exiger le report de l'intervention de l'avocat[1547]. L'autorité judiciaire en apprécie la nécessité, conformément au respect d'un équilibre entre la coercition déployée et le maintien des droits de la défense reconnus en faveur des personnes gardées à vue[1548]. D'abord introduite à la vingtième heure du placement en garde à vue par la loi de janv. 1993[1549], puis déplacée dès le début de la mesure avec la loi du 15 juin 2000[1550], l'intervention de l'avocat a de nouveau été retardée par la loi du 9 mars 2004[1551] à l'issue d'un délai de 48 heures, voire 72 heures lorsque les faits infractionnels considérés entrent dans le champ du terrorisme ou du trafic de stupéfiants.

B. L'adaptation du régime applicable à la détention provisoire

298. Justification de la détention. – En raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, et uniquement lorsque la gravité infractionnelle rend insuffisante la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire, la personne mise en examen – toujours présumée innocente – peut faire l'objet d'un placement en détention provisoire[1552]. Il importe au magistrat de motiver, sur le fondement des indices dont il dispose, l'insuffisance du contrôle judiciaire afin de justifier l'instauration d'une mesure de détention provisoire[1553]. L'instauration de la mesure de détention provisoire prend également en compte l'infraction commise, s'agissant d'un crime ou d'un délit puni d'une peine supérieure ou égale à trois années d'emprisonnement[1554]. Selon les termes de l'article 137-1 du Code de procédure pénale, « La détention provisoire est ordonnée ou prolongée par le Juge des libertés et de la détention. Les demandes de mise en liberté lui sont également soumises ». Il ressort de cette rédaction issue de la loi du 30 décembre 2000[1555] que l'adaptation du régime applicable à la détention provisoire résulte d'une appréciation menée par le Juge des libertés et de la détention. Il aura toutefois fallu attendre la loi du 18 novembre

[1546] TOUILLIER, « Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans », *AJ pénal* 2016. 119
[1547] COCHE, « Rendre effective la présomption d'innocence : l'obsession de l'avocat, le devoir du juge », *AJ pénal* 2016. 122
[1548] ROUJOU DE BOUBEE, « L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue », *D*. 2010. 868
[1549] Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale
[1550] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes
[1551] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[1552] C. pr. pén., art. 137 mod. par L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes
[1553] Crim. 26 févr. 2008, n° 07-88.336, Bull. crim. n° 50 ; *AJ pénal* 2008. 228, note NORD-WAGNER ; Crim. 18 juin 2008, n° 08-82.856, Bull. crim. n° 157 ; *D*. 2008. AJ 2147, obs. LENA
[1554] C. pr. pén., art. 143-1
[1555] Loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents et portant diverses dispositions de coordination en matière de procédure pénale

2016[1556] pour que ce magistrat du siège soit désigné par décret, depuis le 1er septembre 2017, et dispose alors d'un statut à part entière. Il s'agit par cette modification d'asseoir l'indépendance du Juge des libertés et de la détention en garantissant une meilleure connaissance des dossiers et en veillant à supprimer les risques de pression susceptible d'entacher son impartialité[1557]. Alors que la décision initiale relative à la mesure de détention provisoire relève du Juge des libertés et de la détention, la Chambre de l'instruction peut en diminuer la durée voire même l'aggraver[1558], s'agissant d'une juridiction d'instruction du second degré. La mise en œuvre des mesures de détention provisoire peut être exclue par la loi. C'est le cas lorsque la personne mise en examen est un mineur de treize ans ou de seize ans, mais alors uniquement lorsque les faits infractionnels entrent dans le domaine correctionnel[1559]. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque les faits infractionnels entrent dans le domaine criminel, la détention provisoire du mineur de seize est autorisée. Cette mesure a d'ailleurs été considérée comme conforme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme par les juges de la Chambre criminelle de la Cour de cassation[1560]. L'immunité parlementaire s'oppose également à la mise en œuvre d'une mesure de détention provisoire sans autorisation spécifique, sauf en cas de crime ou délit flagrant[1561].

299. Durée raisonnable de la détention. – Le placement en détention provisoire du mineur[1562], ou sa prolongation,[1563] sont soumis à un régime spécifique. L'ordonnance du 2 février 1945[1564] dispose en effet qu'un rapport écrit contenant toutes les informations utiles sur la situation du mineur est établi à la demande du procureur de la République, du Juge des enfants ou de la juridiction d'instruction[1565]. Le placement en détention du jeune majeur – âgé de moins de vingt et un ans au moment des faits – répond également à un régime spécifique lorsque l'infraction vraisemblablement commise n'excède pas une peine d'emprisonnement de cinq ans[1566]. Malgré un mécanisme de renvoi particulièrement gênant à la compréhension

[1556] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle
[1557] Crim. 23 sept. 2010, n° 10-81.245, Bull. crim. n° 140 ; *D*. 2011. 124, obs. LAZERGES-COUSQUER
[1558] Crim. 11 avr. 1991, n° 91-80.414, Bull. crim. n° 176
[1559] Loi n° 87-1062 du 30 déc. 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire et Loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002 d'orientation et de programmation pour la justice
[1560] Crim. 22 mai 1990, n° 90-81.469, Bull. crim. n° 207 ; *D.* 1990. IR 169, note RENUCCI ; *D*. 1990. 456
[1561] Const., art. 26, mod. par L. const. du 4 août 1995
[1562] Loi n° 85-1407 du 30 déc. 1985 portant diverses dispositions de procédure pénale et de droit pénal
[1563] Loi n° 96-585 du 1er juill. 1996 portant modification de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante
[1564] Ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante
[1565] Crim. 11 juin 1996, n° 96-81.398, Bull. crim. n° 246 ; *JCP* 1996. 2259
[1566] C. pr. pén., art. 81, al. 6

générale du régime, il résulte d'une lecture attentive des articles 145-1 et 145-2 du Code de procédure pénale que la durée des mesures de détention provisoire dépend à la fois du domaine infractionnel et des sanctions encourues. Le régime institué en faveur des majeurs se double des dispositions inscrites au sein de l'ordonnance du 2 février 1945 en matière de détention provisoire des mineurs. Les dispositions applicables à la détention provisoire adaptent ainsi la durée maximale de la mesure en prenant compte de la gravité infractionnelle vraisemblablement caractérisée à l'aune des indices. Aux termes de l'article 144-1 du Code de procédure pénale, « *La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité* ». La gravité infractionnelle déduite de l'exploitation des indices conduit à justifier la durée « raisonnable » d'une mesure de détention provisoire. A défaut, l'alinéa 2 de l'article 144-1 du Code de procédure pénale dispose que *« Le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire, selon les modalités prévues par l'article 147, dès que les conditions prévues à l'article 144 et au présent article ne sont plus remplies* ». Il importe alors de distinguer la durée raisonnable concernant la détention provisoire en elle-même et la durée raisonnable de la procédure pénale dans son ensemble. La chambre criminelle de la Cour de cassation portait déjà un contrôle sur la durée raisonnable à partir des articles 5 § 3 et 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme[1567]. Les circonstances de la cause seront appréciées afin de vérifier si elles justifient la durée des mesures de contraintes ou la durée de la procédure dans son ensemble. La gravité de la situation infractionnelle modifie l'appréciation des juges quant à la durée raisonnable admise[1568]. La complexité des faits et l'enjeu de la procédure peuvent légitimement allonger les délais[1569] tandis que les périodes d'inactivité imputables à l'autorité publique seront sanctionnables[1570].

300. Durée adaptée à la délinquance du majeur. – Aux termes des dispositions de l'article 145-1 du Code de procédure pénale, la détention provisoire du majeur en matière correctionnelle se limite de prime abord à une durée de quatre mois. Ce premier délai vaut uniquement lorsque « *la personne mise en examen n'a pas déjà été condamnée pour crime ou délit de droit commun soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement sans*

[1567] Crim. 28 mars 2017, n° 17-80.390, NP ; *RSC* 2017. 344, obs. CORDIER
[1568] Crim. 8 juin 2016, n° 16-81.912, Bull. crim. n° 175; *D*. 2016. 1313; *JCP* 2016. 853
[1569] Crim. 5 oct. 2016, n° 16-84.681, Bull. crim. n° 261; *D*. 2017. 245, chron. GUEHO, ASCENSI, PICHON, LAURENT et BARBIER
[1570] Crim. 5 oct. 2016, n° 16-84.669, Bull. crim. n° 262 ; *D*. 2016. 2067 ; *D*. 2017. 245, chron. GUEHO, ASCENSI, PICHON, LAURENT et BARBIER

sursis d'une durée supérieure à un an et lorsqu'elle encourt une peine inférieure ou égale à cinq ans ». Selon l'alinéa 2 du même article, une prolongation d'une durée de quatre mois supplémentaires peut intervenir selon une motivation conforme aux dispositions de l'article 137-3 du Code de procédure pénale. La gravité infractionnelle reflétée par l'exploitation des indices justifie ainsi une prolongation de la mesure de détention provisoire, décidée après un débat contradictoire[1571] organisé conformément à l'article 145, alinéa 6, du Code de procédure pénale. Une telle prolongation ne peut toutefois excéder une durée d'un an[1572] sauf lorsque « *l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national*[1573] *ou lorsque la personne est poursuivie pour trafic de stupéfiants, terrorisme, association de malfaiteurs, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour une infraction commise en bande organisée et qu'elle encourt une peine égale à dix ans d'emprisonnement* ». Dans ce cas prévu par l'alinéa 2 de l'article 145-1 du Code de procédure pénale, la durée maximale de la détention provisoire peut être portée à deux années. La gravité infractionnelle justifie enfin, toujours en matière correctionnelle, une extension de quatre mois, applicable à la durée précédemment évoquée de deux ans. L'alinéa 3 de l'article 145-1 du Code de procédure pénale dispose qu'une telle prolongation revient à la décision de la chambre de l'instruction.

301. Durée adaptée à la criminalité du majeur. – Concernant la durée des mesures de détention provisoire du majeur ordonnées en matière criminelle, les dispositions de l'article 145-2 du Code de procédure pénale distinguent une série d'hypothèses. D'abord, le législateur fixe la durée maximale de la mesure à un an, avec une possibilité octroyée au Juge des libertés et de la détention d'étendre la détention de six mois. Dans ce cas, la prolongation s'effectue par ordonnance motivée conformément aux exigences de l'article 137-3 du Code de procédure pénale. La motivation implique une référence aux indices exploités afin de quantifier la gravité infractionnelle justifiant cette prolongation supplémentaire. Un débat contradictoire se doit par ailleurs d'être organisé, selon les dispositions de l'article 145 du même code[1574]. Ensuite, l'article 145-2 alinéa 2 se calque sur la gravité infractionnelle des faits vraisemblablement commis pour fixer la durée maximale de la détention provisoire selon la peine encourue[1575]. La personne mise en examen peut ainsi faire l'objet d'une détention provisoire pendant deux ans au maximum lorsque « *la peine encourue est inférieure à vingt ans*

[1571] Crim. 19 août 1997, n° 97-82.998, Bull. crim. n° 283; *RSC* 1998. 149, obs. DINTILHAC
[1572] Crim. 14 mars 2006, n° 06-80.056, Bull. crim. n° 68; *JCP* 2006. IV. 1821; *AJ pénal* 2006. 220, obs. GIRAULT
[1573] Crim. 20 févr. 2002, n° 01-88.116, Bull. crim. n° 39
[1574] Crim. 4 déc. 2007, n° 07-86.794, Bull. crim. n° 297; *AJ pénal* 2008. 95, obs. LAVRIC
[1575] Crim. 27 sept. 2005, n° 05-84.234, Bull. crim. n° 236 ; *Gaz. Pal*. 24/25 mars 2006. 31, note MONNET ; *RSC* 2006. 106, obs. GIUDICELLI

de réclusion ou de détention criminelles ». Une sanction pénale plus élevée autorise une durée maximale de détention établie à trois années par ce même article. Toutefois, et lorsque « *l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national* », le délai maximal est porté à trois et quatre années selon que la sanction soit inférieure ou supérieure à vingt ans de réclusion ou de détention criminelles. La mise en examen fondée sur des indices graves ou concordants laissant présumer une participation à « *plusieurs crimes mentionnés aux livres II et IV du Code pénal, ou pour trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée* » engendre une détention provisoire d'une durée maximale de quatre années. Enfin, et « *à titre exceptionnel* », l'alinéa 3 de l'article 145-2 du Code de procédure pénale donne à la chambre de l'instruction le pouvoir de prolonger pour une durée de quatre mois les durées prévues par cet article. Cette dernière prolongation décidée par la juridiction d'instruction du second degré dépend de la poursuite des investigations par le magistrat instructeur sans qu'il ne soit possible de mettre en liberté la personne mise en examen compte tenu de la gravité caractérisée dans la situation infractionnelle.

302. Durée adaptée aux mineurs. – Le régime de la détention provisoire applicable aux mineurs mis en examen se distingue de celui applicable aux majeurs. La loi du 30 décembre 1987[1576] a supprimé la possibilité de détention provisoire du mineur de treize ans. Les mineurs de seize ans peuvent faire l'objet d'une détention provisoire en matière correctionnelle, mais uniquement comme sanction d'une violation d'un contrôle judiciaire en Centre éducatif fermé[1577]. Concernant les mineurs de dix-huit ans, les dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945[1578] renvoient au régime de droit commun prévu par le premier alinéa de l'article 145-1 du Code de procédure pénale lorsque la peine encourue est supérieure à sept années d'emprisonnement. Un débat contradictoire doit intervenir à chaque prolongation, c'est-à-dire tous les quatre mois dans la limite d'une année au plus. En dessous de ce seuil, la détention provisoire du mineur en matière correctionnelle ne peut excéder une durée de deux mois. Un débat contradictoire intervient après le premier mois. La détention provisoire du mineur en matière criminelle vise uniquement les mineurs de plus de treize ans révolus. Les dispositions de l'article 11 de l'ordonnance du 2 février 1945 limitent ainsi à une durée de six mois la détention provisoire du mineur âgé de seize ans. Il reste possible de prolonger ce même délai

[1576] Loi n° 87-1062 du 30 déc. 1987 relative aux garanties individuelles en matière de placement de détention provisoire ou sous contrôle judiciaire
[1577] Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance et Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs
[1578] Ord. 2 févr. 1945, art. 11

une fois. L'alinéa 5 de l'article 11 de l'ordonnance applicable à l'enfance délinquante contribue à aligner le régime de la détention provisoire du mineur de dix-huit ans sur celui du majeur soumis aux dispositions de l'article 145-2 du Code de procédure pénale. La durée maximale de détention est toutefois fixée à deux années.

Section 2 – La résolution procéduralement organisée du trouble

303. Diversification des réponses pénales. – Le trouble vraisemblablement porté à l'ordre public, tel qu'il résulte de l'appréciation des indices préalablement obtenus au cours des investigations, engendre la mise en œuvre d'une réponse pénale organisée par les dispositions du Code de procédure pénale. L'organisation de la réponse pénale est exclusivement dirigée par le Ministère public au nom du principe de l'opportunité des poursuites[1579]. Le choix laissé au seul procureur de la République ne pouvait toutefois plus se satisfaire d'une distinction binaire entre la mise en mouvement de l'action publique d'une part et le classement sans suite d'autre part[1580]. La prise en considération des situations infractionnelles de gravité intermédiaire justifie, au nom d'une politique pénale plus élaborée, la meilleure adaptation des réponses pénales déclenchées[1581]. La volonté d'élargir les voies procédurales à disposition des parquetiers coïncide avec la gradation d'une réponse pénale[1582], en prise avec la gravité d'une situation infractionnelle vraisemblable telle qu'elle serait déduite des indices. Une réponse pénale plus fine peut ainsi être donnée lorsque les investigations mettent en exergue des faits insuffisamment graves pour justifier un déclenchement des poursuites sans pour autant mériter la clémence d'un classement sans suite[1583]. Le procureur de la République peut apporter une réponse pénale alternative au déclenchement de l'action publique d'une part – au moyen de la médiation pénale[1584], de la composition pénale[1585] ou encore de la transaction[1586] – tandis qu'il possède, d'autre part, la faculté de déclencher des poursuites pénales alternatives à la saisine d'une juridiction, à travers la voie d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[1587] ou de l'ordonnance pénale[1588].

[1579] C. pr. pén., art. 40-1
[1580] Art. 69 de la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[1581] DESDEVISES, « L'option entre prévention et répression : les alternatives aux poursuites : un nouveau droit pénal des majeurs », *in* Mélanges en l'Honneur du Pr. OTTENHOF, *D*. 2006. 167.
[1582] C. pr. pén., art. 41-1 modifié par L. n° 2004-204, 9 mars 2004
[1583] Circ. CRIM 2000-07 E1 du 2 oct. 2000
[1584] C. pr. pén., art. 41-1, 5°
[1585] C. pr. pén., art. 41-1, 5°, *in fine*; art. 41-2 et 41-3
[1586] C. pr. pén., art. 41-1-1
[1587] C. pr. pén., art. 495-7 et suivants.
[1588] C. pr. pén., art. 495 et 527

Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice s'inscrit parfaitement dans la droite lignée des réformes entreprises avec le souhait de désengorger les tribunaux. Cette volonté répond, certes, à l'objectif d'une plus grande célérité dans la justice, mais elle se justifie, surtout, par une inévitable prise en compte des contraintes budgétaires. La mise en place de nouvelles procédures accélérées, et l'extension des procédures alternatives déjà existantes, témoignent d'un recul inquiétant du juge au nom d'une justice négociée. Pourtant, la généralisation d'une justice contractualisée questionne la réalité d'un consentement libre et éclairé, tel qu'il devrait être requis en l'absence de débat.

304. Appréciation du cheminement pénal adapté. – Selon la simplicité infractionnelle qu'ils déduisent des indices, les magistrats du Parquet proposent aux personnes poursuivies la sanction pénale qu'ils déterminent[1589]. Une réponse pénale contractualisée peut ainsi être apportée lorsque les indices rendent vraisemblable des faits suffisamment simples pour justifier l'écartement du débat sur la preuve tel qu'il est traditionnellement mené par le magistrat du siège. Le ministère public dispose alors d'un rôle prépondérant dans l'organisation d'une réponse pénale qu'il apporte en accord avec la personne poursuivie, soit qu'elle reconnaissance les faits lui étant reprochés d'une part, soit qu'elle accepte les sanctions proposées d'autre part[1590]. Alors que les indices ont toujours été à la source d'un « pré-jugement[1591] » réalisé selon la progression des investigations, la simplicité de la situation infractionnelle confère au Ministère public la capacité de se l'approprier définitivement. L'absence d'utilité d'un débat sur l'établissement d'une preuve justifie la mise en œuvre d'une procédure accélérée[1592]. La gravité de la situation infractionnelle justifie le déclenchement de l'action publique et permet l'adaptation d'une réponse pénale graduée (§1). La complexité infractionnelle détermine quant à elle le rôle joué par le Ministère public, s'agissant ici d'adapter les modalités d'exercice de la réponse pénale (§2).

§ 1 – L'organisation d'une réponse pénale selon la gravité infractionnelle

305. Rôle du Ministère public dans le déclenchement des poursuites. – L'intérêt du principe d'opportunité des poursuites consiste dans la libre adaptation, par le procureur de la

[1589] SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004. 827
[1590] CONTE, « La nature juridique des procédures : « alternatives aux poursuites » de l'action publique à l'action à fin publique ? », *in* Mélanges offerts à Raymond GASSIN, p. 190, *PUAM*, 2007
[1591] V. en ce sens, DIVIER, « L'instruction pénale française à l'épreuve du « procès équitable » européen », *D*. 2004. 2948
[1592] LOUIS-LUCAS, « Vérité matérielle et vérité juridique », *in* Mélanges offerts à René SAVATIER, 1965, *Dalloz*, p. 583

République, de l'organisation d'une réponse pénale qu'il initie[1593]. La dimension binaire[1594] de l'opportunité, entre poursuites engagées et classement sans suite, rendait toutefois la réponse pénale organisée trop peu subtile, sans rapport avec la gravité de la situation infractionnelle vraisemblable. Par ailleurs, la volonté de désengorgement des juridictions confrontées à des situations infractionnelles simples a incité la mise en œuvre de moyens alternatifs destinés à solutionner rapidement le trouble social[1595]. Il en résulte une volonté de maximiser les occurrences où une réponse pénale peut être apportée[1596]. Le nombre de classements sans suite pourrait en effet être perçu comme un échec[1597] par l'incapacité du droit pénal à embrasser toutes les situations infractionnelles[1598]. La gradation de la réponse pénale correspond ainsi à une meilleure prise en compte de la gravité des situations infractionnelles[1599]. Il s'agit pour le législateur de créer des procédures pénales intermédiaires fondées sur l'adaptation du cheminement selon la gravité vraisemblablement mise en exergue par les indices obtenus au cours des investigations[1600]. Socle du cheminement procédural, le faisceau d'indices exploité par le ministère public justifie la mise en œuvre des procédures alternatives ou au contraire la nécessité d'une saisine juridictionnelle[1601].

306. Rôle du Ministère public dans la résolution du trouble social. – Si l'action publique se met en mouvement subséquemment à la commission d'une infraction[1602], le procureur de la République dispose toutefois de pouvoirs d'investigation lorsque l'infraction semble plausible[1603]. Le Code de procédure pénale réglemente la recherche d'indices susceptibles de rendre possible la commission d'une infraction quelconque ayant engendré la mort ou la disparition suspecte[1604]. L'action du Ministère public s'inscrit alors au rang des investigations et ne diffère pas d'une logique habituelle lui reconnaissant des pouvoirs d'investigation[1605].

[1593] RAYSSEGUIER, « Le « Parquet à la française » : tensions et apaisements », *Constitutions* 2011. 281
[1594] SAAS, « Le juge artisan de la peine », *Les cahiers de la justice* 2010. 71
[1595] V. en ce sens, RACINE « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », *D*. 2018. 1700 ; JEANNE, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC* 2016. 1
[1596] V. sur les objectifs liés à l'instauration de la transaction par officier de police judiciaire, MIANSONI « La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ », *AJ pénal* 2015. 469
[1597] LENOIR et GAUTRON, « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, p. 593
[1598] DARSONVILLE, « Éléments de réflexion à propos des classements sans suite », *AJ pénal* 2017. 266
[1599] V. sur la gradation de la réponse pénale à l'encontre des personnes multi condamnées, DANET, « La population des multi condamnés enfin approchée », *AJ pénal* 2017. 429
[1600] PERRIER, « L'action publique et l'exécution de la transaction pénale », *D*. 2015. 1983
[1601] DERVIEUX, « Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales », *Dalloz actualité,* 24 mai 2013
[1602] C. pr. pén, art. 40-1 ; V. sur le devoir d'information et de communication du parquet, DALLEST « Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité », *AJ pénal* 2018. 352
[1603] BOTTON, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJ pénal* 2016. 562
[1604] BARLOGIS, « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête » ; *AJ pénal* 2016. 570
[1605] LEHMAN, « Poser le parquet au bon endroit », *AJ pénal* 2018. 356

Toutefois, la modification de paradigme dans le rôle du procureur de la République, justifiée au nom de l'accélération des procédures pénales[1606], brouille quelque peu cette distinction bien établie en conférant aux membres du ministère public la capacité de transiger avec la personne mise en cause dans le but de parvenir à une résolution amiable du conflit pénal[1607]. De nouvelles procédures permettent la réparation du trouble vraisemblablement porté à l'ordre public sans nécessiter la mise en mouvement de l'action publique[1608]. La quête d'une plus grande efficacité dans le traitement du contentieux pénal a engendré le développement du traitement en temps réel des infractions vraisemblablement commises[1609], d'où il résulte une information rapide du parquet avec maintien du suspect en garde à vue[1610]. Pour le législateur, et selon les politiques pénales entrées récemment en vigueur, l'efficacité procédurale rime avec la rapidité de traitement des infractions[1611]. Il en résulte un développement sans précédent des modes alternatifs de résolution des troubles vraisemblablement portés à l'ordre public, justifiés par la nécessité de désengorger les juridictions afin d'accélérer la réponse pénale[1612]. Déduite de l'exploitation des indices, la gravité infractionnelle adapte la réponse pénale à travers l'opportunité du déclenchement des poursuites (A) d'une part, et selon la gradation du cheminement procédural (B) d'autre part.

A. L'opportunité du déclenchement des poursuites

307. Justification des poursuites. – L'action publique a pour objet l'application des peines résultant de l'infraction commise[1613], laquelle peut seulement apparaître vraisemblable au vu des indices obtenus durant les investigations. Elle est exercée au nom de la société[1614] pour faire constater au juge répressif la vraisemblance d'un fait infractionnel punissable tel qu'il transparaît de l'exploitation des indices. La sanction prononcée par l'autorité judiciaire vient

[1606] AZOULAY, « Audiences 2.0 et visio-conférence : l'extension d'une option se poursuit », *Dalloz actualité* 22 mars 2018 ; DAOUD, « Le jeu de bonneteau de la Chancellerie », *AJ pénal* 2018. 165
[1607] CROCQ, « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant », *RSC* 2015. 612
[1608] V. À propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue de la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, VERGES, « La procédure pénale hybride », *RSC* 2017. 579
[1609] MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales », *AJ pénal* 2012. 152
[1610] LEMAN, « Justice, une lenteur coupable », *PUF* 2002
[1611] VIENOT, « Célérité et justice pénale : l'exemple de la comparution immédiate », *Arch. pol. crim*., 2007/1, n° 29, p. 117
[1612] MOLINS, « Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction », *AJ pénal* 2005. 443
[1613] C. pr. pén., art. 31 - Loi n° 2013-669 du 25 juill. 2013
[1614] Crim. 31 oct. 1973, *Gaz. Pal*. 1974. 1. somm. 32

résoudre[1615] le trouble social imputable aux personnes poursuivies[1616]. Depuis la loi du 9 mars 2004, le législateur tente d'insuffler une plus grande liberté dans la mise en mouvement de l'action publique en prévoyant qu'il s'agit désormais d'un pouvoir propre dont lui seul dispose[1617]. Le lien hiérarchique unissant les magistrats du Ministère public remet en cause sa qualité d'autorité judiciaire au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Pour autant, le législateur tente d'apaiser l'absence supposée d'indépendance en promulguant des lois dont l'objet est surtout d'insister sur l'absence d'instructions données sur des affaires individuelles[1618]. Malgré les doutes et inquiétudes quant au lien hiérarchique au sein du ministère public, la Chambre criminelle de la Cour de cassation évince le caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité posée à ce sujet[1619]. La parole du Ministère public demeure libre et indépendante lorsqu'il exerce ses fonctions en tant que partie au procès[1620]. Il existerait par ailleurs des consignes d'action publique, où tant la sanction que la voie procédurale privilégiées seraient déterminés à l'avance par le procureur de la République lui-même. L'adaptation de la procédure pénale selon une réponse graduée répond ainsi aux directives générales données par le ministère de la Justice.

308. Adaptation des poursuites. – De multiples voies procédurales ont été octroyées au Ministère public afin d'adapter la réponse pénale selon la gravité infractionnelle apparente[1621]. Les indices qui la reflètent occupent désormais un rôle central dans l'organisation d'une réponse pénale plus finement adaptée[1622]. La fragilité du consentement donné par le mineur capable de discernement justifie l'impossible généralisation des voies procédurales fondées sur un accord de volonté telles qu'elles sont pourtant plébiscitées chez les majeurs pénalement poursuivis[1623]. Les poursuites pénales ne pourront être exercées qu'à l'encontre d'une personne mise en cause, c'est-à-dire contre laquelle existent des indices rendant vraisemblable sa participation à la

[1615] C. pr. pén., art. 32 *in* fine. ; V. MATTER, concl. sous Cass., ch. réun., 29 janv. 1931, *DP* 1931. 1. 94
[1616] Crim. 18 oct. 1981, Bull. crim. n° 271 - Crim. 28 nov. 1996, n° 95-80.168, Bull. crim. n° 437 - Crim. 4 févr. 2004, n° 03-81.984, Bull. crim. n° 32
[1617] C. pr. pén., art. 41-1 modifié par la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité
[1618] RENOUX, « Une nouvelle approche de l'indépendance des magistrats et de la séparation des pouvoirs », *D*. 2018. 953
[1619] Crim., QPC, n° 13-88.059, 11 févr. 2014, Bull. crim. n° 39
[1620] TALEB-KARLSSON, « La constitutionnalité de la subordination du ministère public au pouvoir exécutif » *AJ pénal,* 2018. 83
[1621] V. selon l'expression de l'auteur, DURBECQ, LANNELONGUE, METELLUS, « Juger ailleurs, juger autrement - Des parquets d'Europe vers un parquet européen », *Les cahiers de la justice* 2011. 95
[1622] BOCCON-GIBOD, « Pour une vraie réforme statutaire du parquet », *AJ pénal* 2017. 381
[1623] V. sur la question du consentement du mineur en matière pénale, DUBOIS et BOUCHET, « Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond », *D*. 2018. 1268

commission d'une infraction[1624]. L'identification de l'auteur présumé des faits complique le classement sans suite susceptible d'intervenir et favorise le développement des procédures alternatives aux poursuites[1625]. Leur mise en œuvre engendre une réponse pénale statistiquement favorable à l'efficacité de la politique pénale[1626]. Ce faisant, le trouble porté à l'ordre public peut tout à fait rester au stade de la présomption[1627]. Le législateur prévoit d'ailleurs des procédures alternatives de règlement du conflit pénal fondées sur la seule reconnaissance par l'auteur présumé des faits infractionnels lui étant reprochés[1628]. Dans ce cas, la réalité du fait infractionnel commis repose sur l'aveu de la personne mise en cause[1629] et non d'une preuve établie par le juge[1630]. Le stade de la participation vraisemblable n'est jamais dépassé et le débat sur l'établissement matériel de la vérité est évincé. En ce sens, la vérité judiciaire résulte de la reconnaissance par la personne soupçonnée des faits lui étant reprochés[1631]. Les indices suffisent à valider la sanction proposée par le ministère public sans qu'une preuve pénale n'ait à être déterminée par le juge[1632]. Le classement sans suite[1633] d'une infraction dont l'auteur présumé est identifié reste soumis à l'existence de circonstances particulières. Il s'agit en pratique d'une caractérisation n'apparaissant pas suffisamment vraisemblable en l'état des indices obtenus[1634]. L'efficacité souhaitée dans le traitement du contentieux pénal consiste certes à prendre en compte le coût des procédures, mais encore à maximiser le taux de réponse pénale apporté en limitant les classements sans suite[1635]. Ces

[1624] V. *contra* en matière de renseignement, VERNY : « *les finalités de l'activité de renseignement sont fondées sur la dangerosité potentielle d'une situation, non sur l'existence de soupçons déterminés à l'égard d'un individu* » *in* « Du renseignement à la preuve pénale », actes du colloque de l'AFDP 2017, « Les transformations de la preuve pénale », BEAUVAIS, PARIZOT (dir.) ; déjà en ce sens, PARIZOT, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? », *JCP* 2015. Doctr. 1077 ;

[1625] VITU, « Le classement sans suite », *RSC* 1947. 505 ; DARSONVILLE, « Éléments de réflexion à propos des classements sans suite », AJ pénal 2017. 266, *op. cit.*

[1626] V. MOUHANNA, « Justice en situation - La contrainte pénale : symptôme d'une réforme impossible ? », *Les cahiers de la justice* 2018. 557

[1627] DE LAMY, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC* 2017. 389

[1628] Crim. 17 sept. 2008, n° 08-80.858 ; LENA, « Plaider-coupable : aveu en cas d'échec de la procédure », *D*. 2008. 2904

[1629] AMBROISE-CASTEROT, Rép. Pén. *Dalloz*, v° Aveu, 2004

[1630] V. SAENKO, « Le témoin ou l'histoire d'un voyage entre deux vérités », *AJ pénal* 2018. 172

[1631] HALPERIN, « L'instrumentalisation de la preuve testimoniale par la procédure pénale », *in* « Les témoins devant la justice », *PUR*, 2003, p. 23

[1632] V. en ce sens, ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002. 501 ; V. aussi spécifiquement dans le domaine du droit pénal des personnes morales, GALLI, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *RSC* 2018. 359

[1633] V. sur les différents types de classement sans suite : DESPORTES et LAZERGES, Traité de procédure pénale, *Economica*, 1re éd 2009, n° 1152 s.

[1634] LENOIR et GAUTRON, « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », *Droit et société*, 2014/3, n° 88, p. 593.

[1635] PRADEL, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *D*. 2017. 1986 ; JEAN, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006. 473

derniers s'érigent plus que jamais au rang des voies procédurales à éviter, au risque de nuire aux statistiques inhérentes à l'efficacité des politiques pénales affichées[1636].

B. La gradation du cheminement procédural

309. Progressivité de la réponse pénale. – La gradation de la réponse pénale par le législateur, à travers l'instauration d'une troisième voie procédurale alternative aux poursuites implique une appréciation plus fine des indices[1637]. L'appréciation d'une gravité infractionnelle vraisemblable engendre en effet des effets procéduraux plus étendus[1638]. L'article 40-1 du Code de procédure pénale évoque la mise en œuvre graduée d'une réponse pénale[1639] adaptée selon la gravité d'une situation infractionnelle vraisemblablement caractérisée. L'opportunité du déclenchement des poursuites doit ainsi être appréciée par le procureur de la République au regard des procédures alternatives réglementées par le législateur[1640].

310. Alternatives au déclenchement des poursuites. – Les réponses alternatives aux poursuites ont permis de combler le fossé entre l'absence de réponse pénale et la trop grande sévérité d'une action publique mise en mouvement[1641]. La banalité d'une délinquance insuffisamment grave pour justifier le déclenchement de poursuites pénales ne devait pas signifier l'absence de réponse pénale au risque de favoriser une délinquance de masse[1642] ou des zones de non-droit[1643]. Le concept de « tolérance zéro[1644] » explique la gradation d'une réponse pénale plus visible[1645] et adaptée selon la gravité infractionnelle vraisemblable déduite par les services d'enquêtes à partir des indices obtenus. Durant la mise en œuvre de cette troisième voie procédurale[1646], alternative aux poursuites pénales, la personne mise en cause se

[1636] V. Les chiffres clés de la justice, publiés chaque année par le ministère de la justice *in* LEBLOIS-HAPPE, « La loi de modernisation de la justice du XXIe siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis* ? », *D*. 2017. 873

[1637]SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? » *Dr. pénal* 2007, n° 9, Etude 14

[1638] DESDEVISES, « L'option entre prévention et répression : les alternatives aux poursuites : un nouveau droit pénal des majeurs », *in* « Mélanges en l'Honneur du Pr. OTTENHOF », *D*. 2006. 167

[1639] C. pr. pén., art. 40-1 depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[1640] V. PONCELA, « quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002. 638.

[1641] DECHENAUD, « Les voies alternatives », *in* MALABAT, de LAMY et GIACOPELLI, « Droit pénal le temps des réformes », actes du colloque des 7-9 oct 2009, Bordeaux IV, *Litec* 2011, p. 218

[1642] Selon l'expression de L. MERMAZ, rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1328, 20 janv. 1999, p. 5

[1643] BOURDEAU, « L'injonction pénale avortée : scolies sur une question de confiance », *D*. 1995. 45 ; CROCQ, « Du droit de la transaction au droit à la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives et simplifiées », *AJ pénal* 2015. 465

[1644] V. ROCHE, « Tolérance zéro ? Incivilités et insécurité », éd. *Odile Jacob*, 2002

[1645] JOUBERT, « Les défis de la sécurité quotidienne », *AJ pénal* 2018. 240 ; KELLENS, LEMIRE, NOREAU et LANGLOIS, « Le pénal en action. Le point de vue des acteurs », *RSC* 2006. 225

[1646] MONDON, « Pour une analyse systémique de la politique pénale ? », *AJ pénal* 2012. 442

trouve placée au centre d'un processus contractuel orchestré par le Ministère public[1647]. L'accord de volonté justifie la sanction tout en réduisant l'espace traditionnellement laissé aux magistrats du siège, gage de désengorgement des juridictions[1648]. Alors que le ministère public ne peut disposer librement de l'action publique, le législateur a multiplié les occasions lui permettant de transiger avec la personne mise en cause[1649]. En ce sens, la justice négociée[1650], ou plus justement acceptée, tend à placer la personne mise en cause au centre d'un processus pédagogique[1651]. Le Ministère public voit son rôle de représentant de la société s'élargir plus en amont encore, lorsqu'il est à l'origine des procédures qu'il propose aux personnes mises en cause avant même le déclenchement des poursuites[1652]. Dans ces cas toutefois, les procédures alternatives instituées utilisent le déclenchement de l'action publique en tant qu'outil préventif, destiné à inciter l'exécution des mesures consenties[1653] par la personne mise en cause en échange d'une reconnaissance des faits infractionnels commis[1654].

311. Prémisses de l'injonction pénale. – Procédure alternative aux poursuites, la composition pénale[1655] nourrit des ambitions similaires à celle de l'éphémère injonction pénale[1656]. Toutes deux ont pour objectif d'offrir des moyens d'action diversifiés au ministère public dans la mise en œuvre d'une réponse pénale afin de mieux prendre en considération la gravité infractionnelle de chaque cas[1657]. Dès 1994, l'injonction pénale présente l'occasion avortée d'inscrire le Ministère public au centre d'une procédure de jugement sans l'intervention du magistrat du siège[1658]. Souhaitant accélérer le traitement du contentieux pénal dans le domaine de la petite et moyenne délinquance, le législateur a tenté l'adoption d'une procédure d'injonction pénale – déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel en 1995 – avant

[1647] SOULEZ-LARIVIERE, « Le problème du ministère public français », *AJ pénal* 2011. 112 ; SUDRE, « Le statut du ministère public en France ou le bel avenir d'une exception culturelle » *in* « Le nouveau pouvoir judiciaire », n° 354, *Paris*, 2000.
[1648] DESPREZ, « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », *D*. 2011. 2379
[1649] CERE et REMILLIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ pénal* 2003. 45
[1650] V. sur la négociation d'une justice rendue à l'encontre des personnes morales, CLAUDE, « Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public », *AJ pénal* 2018. 30 ; V. pour approche administrative de la question, CHEVALLIER, « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018. 209
[1651] Crim., 1re civ. 10 avril 2013, n° 12-13.672, *AJ pénal* 2013. 422, note LAVRIC
[1652] COLSON, « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010. 365
[1653] RASCHEL, « Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJ pénal* 2015. 463
[1654] CIMAMONTI, « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ pénal* 2015. 460
[1655] TEITGEN-COLLY, « La contractualisation de la répression », in B. BASEVABNT-GAUDEMET (dir.), Contrat ou institution : un enjeu de société, *LGDJ*, 2004, p. 58 s.
[1656] MENABE, « Premières réflexions sur les dispositions de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation judiciaire », *D*. 1995. 41
[1657] VERGES, « La procédure pénale hybride », *RSC* 2017. 579
[1658] BOURDEAU, « L'injonction pénale avortée : scolies sur une question de confiance », *D*. 1995. 45

que ne soit finalement adoptée la procédure de composition pénale[1659]. Solution alternative aux poursuites intolérable pour le Conseil constitutionnel par l'atteinte engendrée au principe de séparation des autorités en charge de l'action publique et celles afférentes au jugement[1660], l'injonction pénale a par la suite été remplacée par la composition pénale qui, dès la loi du 23 juin 1999 corrige l'absence de magistrat du siège au cours de la procédure. Bien que la composition pénale ne reprenne pas exactement les conditions de l'injonction pénale, elle conserve toutefois un objectif identique consistant à mettre fin au trouble résultant de l'infraction[1661].

312. Instauration d'une composition pénale. – Avec la composition pénale instaurée quelque temps plus tard par le législateur, le Ministère public se voit confier la possibilité de proposer à la personne mise en cause certaines mesures jouant le rôle de sanction à la condition qu'elle reconnaisse la commission du délit ou de la contravention lui ayant été reprochée[1662]. Tout comme la médiation, l'initiateur de la composition pénale demeure le procureur de la République[1663]. A l'origine, la mesure de composition pénale était retreinte à un nombre limité de délits et de contraventions, dont le point commun se trouvait dans leur simplicité et leur faible gravité infractionnelle[1664]. La mesure de composition pénale interdit en effet le prononcé d'une peine d'emprisonnement[1665]. Seules peuvent être prononcées des peines d'amende, de remises ou de dessaisissements, voire, d'interdiction de rencontrer victimes et éventuels participants à l'infraction vraisemblablement commise, en tout cas reconnue par le bénéficiaire de la composition pénale[1666]. Destinée à traiter une délinquance de masse, parfois également qualifiée de « délinquance urbaine[1667] », la composition pénale concernerait ainsi des infractions de moindre gravité[1668]. Elle était ainsi limitée, à l'origine, aux seules contraventions

[1659] LE GUNEHEC, Commentaires des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : « réformettes, réformes d'ampleur et occasions manquées ». Première partie : la procédure préparatoire, *JCP* 1995. I. 3862. - PRADEL, D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale, *D*. 1995. Chron. 171
[1660] Cons. const., Décis. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995, JO 7 févr., p. 2097
[1661] MEDJAOUI, « L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique », *RSC* 1996. 823
[1662] LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale », *JCP* 2000. I. 198. - LE GUNEHEC, Présentation de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999. Première partie : dispositions relatives aux alternatives aux poursuites, *JCP* 1999. Actu. 1325. - PRADEL, Une consécration du « *plea bargaining* » à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, *D*. 1999. 379
[1663] JOSEPH-RATINEAU, « Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet », *D*. 2008. 1035
[1664] PRADEL, « D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale », *D*. 1995. 171
[1665] PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine (bis) », *RSC* 2003. 139
[1666] PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002. 638
[1667] V. Circ. min. du 2 oct. 1992 sur les réponses à la délinquance urbaine
[1668] V. en ce sens, LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994. 525

et délits réprimés d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas trois années[1669]. La gravité du fait infractionnel était explicitement indiquée afin d'encadrer le champ de mise en œuvre d'une procédure de composition pénale[1670]. Aujourd'hui, l'attrait d'une procédure menée par le procureur de la République en faveur du désengorgement des juridictions et de l'efficacité statistique semble avoir mené le législateur vers l'élargissement conséquent des infractions visées[1671]. Depuis la loi du 9 mars 2004, le champ des infractions susceptibles d'être solutionnées par une procédure de composition pénale s'est étendu à toutes les contraventions et aux délits n'excédant pas une peine d'emprisonnement de cinq ans[1672]. Sont expressément exclus les infractions politiques, les délits d'homicides ainsi que les délits de presse[1673]. Ce faisant, le législateur utilise la sanction pénale encourue en tant qu'indicateur d'une gravité infractionnelle permettant de limiter le domaine d'application des mesures de composition pénale[1674].

313. Domaine de la médiation pénale. – Proposée par le procureur lui-même ou par un intermédiaire qu'il désigne, la médiation pénale s'inscrit dans les mesures prévues à l'article 41-1 du Code de procédure pénale[1675]. La médiation figure au premier rang des modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale[1676]. Considérée comme la première marche de l'échelle graduée du cheminement procédural, elle reposerait certes sur une reconnaissance des faits reprochés, mais encore sur leur faible gravité, sans qu'aucun critère ne soit érigé afin de l'apprécier[1677]. En l'absence de définition du domaine de la médiation, la doctrine considère qu'elle devrait s'appliquer aux « petits délits », notion soumise à l'appréciation du Ministère public selon la qualification pénale donnée, au risque de négliger la personnalité de l'auteur

[1669] V. OTTENHOF, « Les techniques de conciliation en matière pénale », *Arch. pol. crim*., 1984, n° 7, p. 128
[1670] LEBLOIS-HAPPE, « Quelles réponses à la petite délinquance ? » Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand, 2002, Aix, *Presses de l'Université de Aix-Marseille*
[1671] MOLINS, « Plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée », *AJ pénal* 2003. 61
[1672] BOULOC, « Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2004. 675 ; « Chronique législative : étude de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC* 2005. 107
[1673] DANET et GRUNVALD, « Brèves remarques tirées d'une première évaluation de la composition pénale », *AJ pénal* 2004. 196
[1674] VOLFF, « La composition pénale : un essai manqué ! », *Gaz. Pal.* 26-28 mars 2000, p. 2
[1675] DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP* 2008. I. 131 ; POKORA, « La médiation pénale », *AJ pénal* 2003. 58 ; DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *RSC* 1994. 150
[1676] LAZERGES, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997. 186
[1677] BLANC, La médiation pénale, *JCP* 1994. I. 3760. - CARTIER, Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale, *RGDP* 1998. 1. - VOISIN, La médiation pénale est-elle juste ? *LPA* 2002, n° 170, p. 49. - DREYER, La médiation pénale, objet juridique mal identifié, *JCP* 2008. I. 131. - LEBÉHOT, Le cadre juridique de la médiation pénale, *AJ pénal* 2011. 216. - MAUREL, Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République, *AJ pénal* 2011. 219

présumé[1678]. L'absence de coercition dans les mesures proposées dans le cadre d'une mesure de médiation s'explique avant tout par l'action publique non encore déclenchée[1679]. Ainsi, la médiation concerne des situations infractionnelles de faible gravité et permet de guider l'auteur présumé des faits vers le droit chemin, grâce au rappel à la loi, à l'orientation vers une structure sanitaire ou encore par la mise en place d'un stage[1680]. Les poursuites sont toutefois susceptibles d'être engagées s'il advenait que les mesures proposées n'ont pas été respectées[1681].

314. Domaine de la transaction. – La transaction est, quant à elle, un mode alternatif de règlement du contentieux pénal proposé par les administrations fiscales, douanières voire les communes dans le cadre des contraventions de police municipale[1682]. La reconnaissance de culpabilité du mis en cause[1683] est au cœur de la transaction[1684]. Depuis la loi du 15 août 2004[1685], l'Officier de police judiciaire peut lui-même transiger avec les personnes mises en causes dans les infractions légalement listées[1686], sur autorisation du procureur de la République et tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement[1687]. La transaction émane directement de l'Officier de police judiciaire, sous couvert toutefois de l'autorisation du procureur de la République[1688]. Alors que son domaine était originellement limité à un contentieux spécifique, la transaction pénale connaît depuis la loi du 15 août 2004 un champ d'action plus étendu puisqu'elle peut désormais intervenir dans les contraventions de 5e classe et les délits réprimés d'une sanction fixée à une année d'emprisonnement au maximum, mais également dans le domaine du vol simple, de l'usage de stupéfiants ou encore du délit d'occupation d'un hall d'immeuble[1689]. En ce sens, la faible gravité des faits visés justifie la

[1678] V. STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC, Procédure pénale, 24e éd., 2013, Précis *Dalloz*, n° 595
[1679] LEBLOIS-HAPPE, « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994. 525
[1680] MARCUS, « Rapport Bonnemaison - prévenir la prison », *RSC*, 1989.585
[1681] V. DEVRESSE, « Usagers de drogues et nouvelles procédures pénales », *RSC* 2003. 434
[1682] GUYOMAR, « Les conditions de la transaction pénale », *RFDA* 2006. 1261
[1683] PERRIER, « La transaction en matière pénale », thèse doctorat, Aix Marseille, 2012, p. 535
[1684] V. l'incidence du consentement de la personne mise en cause sur la nature de la transaction pénale, Cons. const., 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC, Association France nature environnement, *AJDA* 2014. 1859 ; *D*. 2014. 2503, La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel, Perrier ; ibid. 2423, obs. ROUJOU DE BOUBEE, GARE, GOZZI, MIRABAIL et GINESTET ; *RSC* 2014. 785, obs. ROBERT ; La transaction pénale en matière environnementale : le clair-obscur de la décision du Conseil constitutionnel, HOEPFFNER, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2015, p. 161, ROBERT, *Dr. pénal* 2014. 140 VOLFF, « Un coup pour rien ! », *D*. 1995. 201
[1685] DE LAMY, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D*. 2004. 1910, *op. cit.*
[1686] BERTRAND DE LAMY, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC* 2017. 389
[1687] V. DOBKINE, La transaction en matière pénale, *D*. 1994. 137
[1688] Cons. const. 23 sept. 2016, n° 2016-569 QPC, *AJDA* 2016. 1779 ; *D*. 2016. 2545, note PERRIER ; *AJ pénal* 2017. 198, obs. MEDJKANE ; *Constitutions* 2016. 541, chron. ; ibid. 642, chron. PONSEILLE, consid. 10.
[1689] V. MIANSONI, « La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ », *AJ pénal* 2015. 469 ; JEANNE, « Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire », *RSC* 2016. 1

mise en œuvre d'une procédure laissée à l'Officier de police judiciaire – sur accord du procureur de la République[1690] – afin de solutionner rapidement le trouble à l'ordre public reconnu par la personne mise en cause[1691]. Si le quantum de la peine maximale fixé à cinq années en matière de transaction cantonne la procédure aux faits d'une gravité modérée, il advient au législateur souhaitant étendre le recours à cette procédure en dehors de tout seuil de peine maximum de conserver des exceptions tenant à l'impact social important de l'infraction, ou encore des difficultés probatoires qu'elle ferait naître[1692]. La proposition de sanction revêt une dimension financière lorsqu'elle intervient dans une procédure de transaction puisque seules pourront être prononcées l'amande transactionnelle dont le montant ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue et la réparation du dommage[1693]. La transaction proposée par l'Officier de police judiciaire sur autorisation du procureur de la République tient compte de la gravité de l'infraction présumée,[1694] mais aussi des circonstances de sa commission. Il s'agit alors d'apprécier la gravité de la situation infractionnelle vraisemblable dans son ensemble[1695].

315. Alternatives au déroulement traditionnel du procès. – La plus grande adaptation des procédures pénales diligentées antérieurement au déclenchement des poursuites ne s'accompagnait pas d'une palette de mesures similaires lors de la mise en mouvement de l'action publique[1696]. L'exclusivité du procès pénal ne permettait pas d'intégrer la gravité infractionnelle autrement qu'à travers davantage de solennité[1697]. Pourtant, l'aspect économique revêt une place importante dans l'organisation d'une réponse pénale avec la volonté de résoudre le plus efficacement possible le trouble apparemment porté à l'ordre public[1698]. Afin de ne pas limiter les avantages apportés par la mise en œuvre d'une réponse pénale accélérée, le législateur a par la suite prévu une diversité de voies procédurales postérieures au déclenchement des poursuites[1699], accordant une place centrale au Ministère public[1700]. Selon la consistance des indices et la gravité infractionnelle qu'ils rendent

[1690] GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière », *RSC* 2017. 247
[1691] RASCHEL, « Le consentement à la transaction en matière pénale », *AJ pénal* 2015. 463, *op. cit.*
[1692] CIMAMONTI, « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ pénal* 2015. 460, *op. cit.*
[1693] V. JEAN, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006. 473
[1694] PERRIER, « Nullité d'une transaction pénale en raison de l'inexistence de l'infraction reprochée : rupture et continuité », *D*. 2012. 3016
[1695] PERRIER, « La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux ? », *D*. 2014. 2182
[1696] CROCQ, « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant », *RSC* 2015. 595 ; PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002. 638
[1697] SAAS, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *RSC* 2004. 827
[1698] PRADEL, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *D*. 2017. 1986
[1699] POUGET, « La mise en place de la diversification du traitement des délits à travers la législation », *AJ pénal* 2013. 573
[1700] VERGES, « La procédure pénale hybride », *RSC* 2017. 579

vraisemblable[1701], le Ministère public dispose de plusieurs voies procédurales destinées à la mise en mouvement de l'action publique sans pour autant lui faire perdre la main sur les investigations préalablement menées[1702]. L'exploitation des indices autorise le Ministère public à évincer la saisine d'une juridiction d'une part, en présence d'un accord à la sanction proposée contre la personne poursuivie par le biais d'une Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou d'une ordonnance pénale, tandis qu'elle justifie, d'autre part, la mise en œuvre d'une comparution immédiate limitant le débat sur la preuve[1703]. La multiplication des voies de traitement du contentieux pénal nuit à leur lisibilité[1704]. Elle peut alors limiter le choix des parquetiers habitués à privilégier telle ou telle réponse pénale, plutôt que de prendre en considération la gravité infractionnelle ou l'aspect pédagogique des solutions décidées. La recherche d'une plus grande efficacité procédurale, c'est-à-dire d'un meilleur rapport coût-rapidité de traitement[1705] n'a pas mené le législateur au bout de sa logique en supprimant les procédures devenues redondantes[1706].

316. Mise en œuvre de la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. – La diversification des moyens procéduraux utilisés afin d'apporter une réponse pénale se renforce encore davantage avec l'adoption de la loi du 9 mars 2004 instaurant la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[1707]. Cette fois, l'alternative concerne la saisine des juridictions et non pas la mise en mouvement de l'action publique[1708]. La Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité engendre en effet son déclenchement[1709]. Toujours centrée sur la résolution accélérée d'un contentieux pénal de masse concernant une petite et moyenne délinquance[1710], la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité entend apporter aux faits infractionnels simples une réponse pénale acceptée par la personne suspectée sans encombrer les juridictions[1711] en évinçant par la même occasion tout débat sur

[1701] LORRAIN et INGRAIN, « L'impact du quantum d'une peine d'emprisonnement encourue sur l'applicabilité de certaines règles de procédure pénale », *AJ pénal* 2015. 589
[1702] DANET, BRIZAIS et LORVELLEC, « La célérité de la réponse pénale », *AJ pénal* 2013. 576
[1703] BRIZAIS, « La remise en jeu des places et des identités des magistrats », *AJ pénal* 2013. 587
[1704] MEDJAOUI, « L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique », *RSC* 1996. 823
[1705] HAENEL, « Les infractions sans suite, ou la délinquance mal traitée », Rapport d'information au nom de la Commission des Finances, n° 513, Sénat, juin 1998
[1706] V. LEBLOIS-HAPPE, « CRPC et citation devant un tribunal : pas de concomitance possible », *AJ pénal* 2007. 79 ; ALLIOT-MARIE, « Pour une refondation de la procédure pénale », *AJ pénal* 2010. 158
[1707] CERE et REMILLIEUX, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », *AJ pénal* 2003. 45
[1708] V. DALLEST, « L'ouverture d'une information judiciaire, une nécessité résiduelle », *AJ pénal* 2004. 346
[1709] V. ROUSSEL, « Tableau synthétique du déroulement de la procédure de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *AJ pénal* 2005. 442
[1710] MONDON, « Pour une analyse systémique de la politique pénale ? », *AJ pénal* 2012. 442
[1711] HASTINGS-MARCHADIER et VIGOUR, « Les contraintes budgétaires de la justice pénale », *AJ pénal* 2013. 584

l'établissement des preuves[1712]. Prolongement de la composition pénale à travers les effets attachés au « plaider coupable », la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité repose sur un accord entre le parquet et la personne poursuivie reconnaissant la commission des faits infractionnels lui étant reprochés[1713]. Dans le cadre d'une Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le déclenchement de l'action publique implique un choix du ministère public, soit qu'il propose cette mesure alternative d'une part, soit qu'il accepte la demande réalisée par la personne poursuivie elle-même ou par l'intermédiaire de son avocat[1714]. Il s'agit bien d'attacher un effet procédural immédiat à l'aveu du mis en cause, c'est-à-dire la reconnaissance de sa culpabilité et l'acceptation par lui-même de la commission d'une infraction[1715]. La désignation de la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité par la formulation du « plaider coupable[1716] » pourrait asseoir encore davantage la distinction entre les procédures pénales fondées sur la reconnaissance explicite d'une culpabilité par la personne poursuivie et celles assises sur la seule acceptation des propositions faites par le parquetier[1717]. La peine d'emprisonnement ne peut excéder la moitié de la peine normalement encourue, dans la limite du seuil maximal fixé à un an d'emprisonnement ferme[1718]. Bien qu'elle puisse concerner des délits érigés par le Code pénal au rang d'une certaine gravité compte tenu de la peine d'emprisonnement édictée, la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité limite à une durée maximale d'un an cet emprisonnement encouru et demeure alors intéressante du point de vue de la stratégie adoptée par la personne poursuivie[1719]. Alors que la procédure de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité était limitée, depuis 2004, aux délits réprimés d'une peine d'emprisonnement fixée à cinq années au maximum, la loi du

[1712] DANET, « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ? », *AJ pénal* 2005. 433

[1713] BUSSY, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007. 39

[1714] BOTTON, « Le renforcement du rôle du procureur de la République », *AJ pénal* 2016. 562

[1715] CÉRÉ et REMILLIEUX, De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française, *AJ pénal* 2003. 45. - CHARVET, Réflexions autour du plaider-coupable, *D*. 2004. 2517. - DANET, La CRPC : du modèle législatif aux pratiques… et des pratiques vers quel(s) modèle (s) ? *AJ pénal* 2005. 433. - MOLINS, Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction, *AJ pénal* 2005. 443. - VALOTEAU, Le jugement en reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? *Dr. pénal* 2006. Chron. 8. - DELAGE, De la bonne administration de la procédure de « plaider coupable », *Dr. pénal* 2008. Étude 23 ; Plaider-coupable : la clarification par l'entérinement des pratiques, *D*. 2009. 1650. - DEFFERRAND, La dénaturation du plaider-coupable, *Dr. pénal* 2009. Étude 13. - JOSEPH-RATINEAU, Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : à nos actes manqués, *D*. 2010. 875

[1716] Selon l'expression de l'auteur, JUNG, « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? », *RSC* 1991. 526

[1717] V. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003. 644

[1718] LORRAIN et INGRAIN, « L'impact du quantum d'une peine d'emprisonnement encourue sur l'applicabilité de certaines règles de procédure pénale », *AJ pénal* 2015. 589 ; LORRAIN, « Le plaider-coupable : une révolution textuelle ? », *Dalloz actualité*, 24 avr. 201

[1719] V. SAINT-PIERRE, « Les stratégies de la défense devant le juge d'instruction », *AJ pénal* 2007. 313

13 décembre 2011[1720] a étendu le domaine d'application de cette procédure à tous délits, quelle que soit la peine encourue[1721]. Désormais ouverte sans distinction de peines maximales, la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité demeure exclue pour certaines infractions engendrant une atteinte sociale particulièrement grave. Les crimes ne peuvent faire l'objet d'une telle procédure. S'il est incontestable que l'élargissement du domaine de mise en œuvre de cette mesure participe à l'objectif lui étant fixé d'alléger la charge juridictionnelle, la gravité infractionnelle demeure toutefois un frein à son extension générale, surtout lorsqu'un enjeu probatoire est susceptible d'intervenir, notamment concernant le domaine des agressions sexuelles[1722]. Les indices corroborés par l'aveu des personnes poursuivies quant à la vraisemblance des infractions commises disposeraient sans doute d'une force probante insuffisante pour justifier la réalité d'une atteinte grave à l'ordre public[1723].

317. Mis en œuvre de l'ordonnance pénale. – L'ordonnance pénale figure parmi les voies procédurales ouvertes au ministère public lorsque des faits de faible gravité apparaissent vraisemblablement commis[1724]. La Cour européenne des droits de l'homme considère la procédure de l'ordonnance pénale conforme aux principes de la convention qu'elle applique[1725]. D'après elle, la procédure de l'ordonnance pénale se justifie par le désengorgement permis des juridictions en matière d'infractions légères, notamment en matière de circulation routière, dès lors que la personne poursuivie dispose d'un droit de faire appel[1726]. Ce faisant, la Cour utilise le critère de la gravité d'une situation infractionnelle afin d'autoriser le recours aux procédures alternatives dont la simplification permet une décharge des juridictions dans l'idéal d'un jugement plus rapide[1727]. Toutefois, le terme de « légèreté infractionnelle » choisi évoque tant la faible gravité des faits vraisemblablement commis que la simplicité à les établir. Conformément à l'objectif de célérité qui lui est attribuée, l'ordonnance pénale est mise en œuvre par le Ministère public dans les cas de faible gravité, laissant la voie juridictionnelle aux situations plus préoccupantes quant à l'atteinte sociale engendrée. L'instauration de l'ordonnance pénale résulte d'une volonté de simplifier la résolution d'un contentieux pénal,

[1720] Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles
[1721] POUGET, « La mise en place de la diversification du traitement des délits à travers la législation », *AJ pénal* 2013. 573
[1722] COCHE, « La justice pénale sans audience, une justice en enfer », *D*. 2008. 2180
[1723] V. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », *RSC* 2004. 725
[1724] V. FONTEIX, « Une réforme de la phase de jugement tendant à l'accélération des procédures », *AJ pénal* 2016. 460
[1725] CEDH 21 févr. 1984, cour plénière, série A, n° 73, V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Sirey*, 5e éd., p. 330
[1726] V. VOLFF, « L'ordonnance pénale en matière correctionnelle », *D*. 2003. 2777
[1727] JEAN, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *AJ pénal* 2006. 473

exclusivement contraventionnel initialement, par la mise en œuvre d'un jugement sans comparution des personnes poursuivies ni audience[1728]. L'opposition demeure alors l'unique moyen pour le contrevenant de former un recours contre l'ordonnance l'ayant condamné. Depuis la loi du 9 septembre 2002[1729], la voie de l'ordonnance pénale n'est plus réservée aux seules contraventions et d'autres infractions simples limitativement énumérées, principalement dans le domaine de la sécurité routière[1730]. Bien qu'il s'agisse alors de délits, supposant une atteinte plus grave à l'ordre public comparativement aux contraventions, la procédure d'ordonnance pénale n'a subi aucune modification et le jugement prononcé demeure par défaut. La gravité infractionnelle ne doit pas seulement dépendre de la somme d'amende encourue ou de la peine maximale prévue par les textes, elle nécessite de s'intéresser au trouble à l'ordre public engendré et à la personnalité de l'auteur présumé. Ce faisant, la commission d'un délit peut difficilement être assimilée à un fait de faible gravité, sauf à remettre en cause la distinction pénale tripartite dans son ensemble[1731]. Par la mise en œuvre d'une procédure aussi rapide qu'insipide, le législateur rompt avec la nécessaire solennité d'un jugement correctionnel sous couvert d'une prétendue efficacité procédurale. L'incompréhension susceptible de résulter d'une condamnation correctionnelle dans le cadre de l'ordonnance pénale pourrait toutefois faciliter la récidive, relativisant ainsi cette efficacité supposée, sans doute exclusivement économique[1732]. La limitation des délits susceptibles d'entrer dans le champ de l'ordonnance pénale ne signifie pas pour autant qu'une telle procédure possède un caractère exceptionnel. Initialement applicable aux seuls délits routiers, la procédure de l'ordonnance pénale s'est vue étendre à des infractions très éloignées du domaine des transports, avec une mise en œuvre autorisée concernant les délits d'occupation des halls d'immeubles, l'usage de stupéfiants ou encore la contrefaçon par internet[1733]. Bien qu'elle implique une suppression des débats sur l'établissement d'une preuve, la voie de l'ordonnance pénale a été recommandée par la commission Guinchard en faveur d'une grande majorité des délits prévus par le Code pénal, sans distinction des peines encourues[1734]. Le souci d'efficacité politique et économique se comprend certes, mais comment pourrait-il primer de manière raisonnée sur l'impératif d'une

[1728] V. COCHE, « La justice pénale sans audience, une justice en enfer », *D*. 2008. 2180
[1729] Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice
[1730] PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », *RSC* 2002. 638
[1731] V. POUGET, « La mise en place de la diversification du traitement des délits à travers la législation », *AJ pénal* 2013. 573
[1732] PRADEL, « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *D*. 2017. 1986
[1733] V. l'extension du domaine de l'ordonnance pénale dans le projet de loi de réforme pour la justice, présenté en conseil des ministres le 20 avril 2018, not. PERRIER, « La procédure pénale mise en chantier », *D*. 2018. 1027
[1734] V. GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D*. 2008. 1748

réponse pénale adaptée à la gravité vraisemblable des faits ? La loi du 13 décembre 2011[1735] prend la mesure des difficultés engendrées par l'absence d'audience et exclue du champ de l'ordonnance pénale les délits d'atteinte aux personnes, les délits de menace ainsi que les vols aggravés[1736]. La circulaire d'application[1737] confirme en effet l'inadaptation de la procédure d'ordonnance pénale aux délits pouvant engendrer des débats sur le fond. A dire vrai, l'ensemble des délits sont susceptibles d'entraîner un débat sur le fond compte tenu du trouble à l'ordre social qu'ils impliquent. L'établissement de la vérité ne peut alors se suffire des seuls indices sans l'intervention d'une autorité judiciaire suffisamment indépendante pour les apprécier de manière impartiale. Dans le cadre de l'ordonnance pénale, les faits infractionnels sont suffisamment graves pour déclencher l'action publique. La référence à la simplicité des faits objet de la procédure ne doit alors jamais être assimilée à leur absence de gravité. Le mode de notification de l'ordonnance pénale par Lettre recommandée avec accusé de réception, quand bien même serait-elle correctionnelle, reflète bien le paradoxe d'une sanction pénale produisant des effets graves noyés au sein d'une procédure quasiment indolore, voire imperceptible pour la personne condamnée à payer une amende en échange d'une inscription de son nom dans les fiches du casier judiciaire[1738]. La mise en place par le dispositif légal de l'ordonnance pénale d'une notification par le procureur de la République lui-même ou une personne habilitée relativise le caractère imperceptible d'une sanction reçue par Lettre recommandée avec accusé de réception. Il est fortement probable que cette mobilisation humaine reste théorique dans les parquets connaissant une importante activité, la voie postale risquant alors d'être privilégiée.

318. Limites à l'extension des procédures accélérées. – Le souhait évoqué depuis plusieurs années d'alléger certaines procédures juridictionnelles a inévitablement contribué à étendre le domaine d'application des procédures accélérées[1739]. Tous les délits peuvent ainsi faire l'objet d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, à l'exception toutefois des délits politiques, de presse ou encore l'homicide volontaire[1740]. Les délits de presse, les délits politiques ainsi que la minorité du suspect interdisent la mise en œuvre des procédures de comparution immédiate, de convocation par procès-verbal ou encore de Comparution sur

[1735] Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles
[1736] V. POUGET, « La mise en place de la diversification du traitement des délits à travers la législation », *AJ pénal* 2013. 573
[1737] Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011
[1738] ZOCCHETTO, Rapport d'information n° 17 sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, 12 oct. 2005
[1739] GIUDICELLI, « Repenser le plaider-coupable », *RSC* 2005. 592
[1740] CABON, « La négociation en matière pénale », *RSC* 2015. 987

reconnaissance préalable de culpabilité[1741]. Sont également exclus du champ de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité les délits d'atteintes à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles réprimés d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq années. Outre le défaut de solennité qu'impliquent les procédures accélérées, sans doute difficilement acceptable en présence d'une qualification délictuelle lourdement sanctionnée, le contentieux de masse initialement au cœur de leur domaine d'application semble quelque peu s'éloigner au profit d'une vocation très générale. L'immixtion d'une logique contractuelle au sein des délits sans distinguer selon leur gravité fragilise l'impact moral de la sanction au profit d'un traitement efficace du contentieux pénal, d'un point de vue économique surtout. La prise en compte de la gravité infractionnelle dans le choix du cheminement procédural demeure primordiale afin de ne pas banaliser le comportement antisocial vraisemblablement commis. Il s'agit aussi de s'assurer d'un examen attentif des indices présents au sein de la procédure sans faire jouer au seul aveu un rôle plus important que sa faible fiabilité ne l'autoriserait. L'adaptation de la procédure à la gravité infractionnelle oblige une certaine finesse dans la réponse pénale la mieux appropriée afin de solutionner un trouble à l'ordre public tout en prévenant sa réitération. La gravité d'une situation infractionnelle ne s'apprécie pas uniquement au regard de l'infraction vraisemblablement commise, telle qu'elle est reconnue par la personne poursuivie. La gravité de la situation infractionnelle, au regard de l'infraction commise, mais encore de la personnalité de la personne poursuivie, est toujours appréciée afin de respecter l'individualisation et la proportionnalité des sanctions proposées. Il résulte de l'article 41 du Code de procédure pénale qu'une enquête de personnalité sera effectuée afin de justifier le placement en détention provisoire requis par le procureur de la République, permettant par conséquent au magistrat chargé d'homologuer de se prononcer en connaissance de cause lorsqu'une peine d'emprisonnement ferme est envisagée.

§ 2 – L'organisation d'une réponse pénale selon la simplicité infractionnelle

319. Acceptation contractuelle d'une culpabilité. – Alors que la commission avérée d'une infraction devrait engendrer la mise en mouvement de l'action publique, la seule vraisemblance du fait punissable reconnu par la personne suspectée peut justifier le prononcé d'une sanction à travers le déclenchement de procédures alternatives aux poursuites. La réponse pénale s'organise ainsi en dehors des juridictions et par conséquent, sans la saisine d'un magistrat du

[1741] GIUDICELLI, « Domaine d'application des procédures accélérées de saisine du tribunal correctionnel : l'exclusion des délits politiques », *RSC* 2017. 577

siège. L'opportunité des poursuites est instrumentalisée afin de ne pas laisser les situations infractionnelles de faible gravité sans réponse pénale. La simplicité de l'infraction présumée autorise le Ministère public à passer outre un débat sur la preuve lorsque le suspect reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Le récent projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice s'inscrit dans la droite lignée des réformes destinées à désengorger les tribunaux. Répondant, certes, à l'objectif d'une plus grande célérité dans la justice, elles se justifient, surtout, par une inévitable prise en compte des contraintes budgétaires. L'instauration d'une nouvelle procédure de comparution différée – voie intermédiaire entre la comparution immédiate et l'ouverture d'une information judiciaire – dans les cas où l'affaire n'est pas en l'état d'être jugée représente l'occasion, pour le magistrat du parquet, de saisir le juge des libertés et de la détention afin d'autoriser une mesure de placement sous contrôle judiciaire, une assignation à résidence sous surveillance électronique ou encore une mesure de détention provisoire pour une durée de deux mois. L'espoir d'un gain de temps justifie tout autant l'extension des procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Dans les deux cas, l'immixtion d'une logique contractuelle au sein de la justice pénale engendre un recul dans l'intervention du juge sans, toutefois, garantir l'existence d'un consentement libre et éclairé. La suprématie des indices est actée dans l'établissement d'une vérité judiciaire corroborée par l'aveu. Tributaire de l'apparente simplicité infractionnelle, l'accélération des procédures repose sur une logique de contractualisation des sanctions (A), revalorisant par la même occasion le rôle joué par les indices à travers leur suprématie (B).

A. La contractualisation des sanctions prononcées

320. Objet de l'accord contractuel. – L'idée de contractualisation de la justice pénale émerge[1742] et avec elle, l'idée d'une meilleure résolution du trouble à l'ordre public vraisemblablement commis en accord avec la personne du mis en cause présumé[1743]. Si l'accord de volonté exprimée par la personne poursuivie est au cœur des procédures alternatives, son objet permet de les distinguer. Certaines voies procédurales alternatives exigent une reconnaissance des faits par la personne poursuivie tandis que d'autres sont fondées sur l'acceptation des sanctions proposées par le Ministère public. La logique des procédures alternatives se calque sur celle d'un contrat synallagmatique où la réduction des peines

[1742] ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002. 501
[1743] PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC* 2002. 245

encourues s'échange contre une reconnaissance de culpabilité. Pour autant, si la reconnaissance des faits infractionnels laisse penser à une négociation sur la sanction, conformément au système anglo-saxon du « *plea bargaining* », il n'en est rien en pratique. Une négociation n'est pas autorisée, seuls l'adhésion de l'auteur présumé ou son refus étant attendus par le Ministère public. Les procédures rapides fondées sur une reconnaissance préalable de la culpabilité utilisent l'aveu dans le but de justifier le contrat proposé. Aucun débat n'intervient en effet sur son absence de fiabilité et la vérité s'apprécie dans son acception exclusivement judiciaire. La reconnaissance de culpabilité par la personne suspectée constitue la cause du contrat, au sens civiliste du terme, s'agissant d'une répression acceptée dans le cadre d'une infraction vraisemblablement commise. Dans le cadre d'une procédure inquisitoire où Ministère public et Juge d'instruction sont à la recherche de la vérité, l'aveu ne bénéficiait pas – à juste titre – d'une réputation satisfaisante quant à sa fiabilité, trop humain et trop fragile pour être assimilé à la vérité. L'aveu s'intègre désormais parmi les autres éléments probatoires au rang des indices. La vérité de façade mise en exergue par ces procédures accélérées suffit lorsque l'acceptation lui confère du crédit. L'établissement plausible des faits est érigé en tant que condition d'application de la procédure d'ordonnance correctionnelle. La procédure de l'ordonnance pénale correctionnelle se justifie ainsi par la simplicité des faits délictuels tels qu'ils sont établis. La reconnaissance des faits par la personne poursuivie n'est pas requise. L'acceptation des sanctions proposées par le procureur de la République suffira à confirmer la vérité judiciairement établie sans qu'il soit question de la prouver. Il existe une grande similitude entre la procédure de l'ordonnance pénale et le jugement des contraventions. Cette proximité rend d'autant plus difficile pour la personne poursuivie l'appréciation de la gravité des conséquences pénales susceptibles d'être engendrées par l'acceptation des propositions faites dans le cadre d'une ordonnance correctionnelle. L'inscription au casier judiciaire des sanctions interviendra sans forcément avoir été acceptée en connaissance de cause. L'assimilation entre ordonnance pénale et contravention galvaude l'importance d'un jugement correctionnel, d'autant que l'absence de débats ne permet pas à la personne poursuivie de prendre conscience de la gravité des faits lui étant reprochés lorsqu'ils possèdent la qualification d'un délit. La voie de recours en matière d'ordonnance pénale prend la forme d'une opposition, offrant à l'opposant un débat qu'il n'a pas été en mesure d'avoir lors de la phase initiale, assimilée à un jugement par défaut. La présentation de cette voie de recours mise en balance avec une réduction de paiement de l'amende lorsqu'elle intervient dans le délai de 30 jours exposerait la personne condamnée par la voie de l'ordonnance pénale à un dilemme sans doute attentatoire à l'exercice effectif des voies de recours. A la manière d'une amende forfaitaire, le paiement de la somme prévue à titre

de sanction dans le cadre de l'ordonnance pénale peut engendrer une réduction de 20 % si le paiement intervient dans le mois suivant la notification. Cette réduction appliquée peut motiver le paiement rapide de l'amende tout comme elle peut aussi, de manière plus gênante, expliquer l'absence d'opposition du mis en cause. Dans ce cas, seuls les indices établissent une vérité exclusivement judiciaire. Le délai d'opposition coïncide avec la réduction de paiement réalisé dans le mois qui suit la notification. Le faible taux d'opposition pourrait coïncider avec la pertinence du choix de la procédure d'ordonnance pénale, comme le suggère d'ailleurs le rapport de la commission Guinchard, autant qu'il peut s'expliquer par la pression d'une notification réalisée par Lettre recommandée avec accusé de réception sans effort pédagogique. Un choix raisonné de la personne poursuivie pourrait ainsi contraindre l'acceptation d'une condamnation purement financière à défaut d'un courage suffisant pour affronter le débat contradictoire. Plutôt qu'une statistique soulignant le faible taux d'opposition, il aurait été plus utile de connaître la teneur des jugements prononcés après l'opposition formée, de manière à mieux apprécier l'exploitation des indices par un magistrat indépendant[1744].

321. Acceptation contractuelle de la sanction. – Le seul consentement à la condamnation ne permet en rien de la légitimer d'après GARRAUD. Cette logique n'est pourtant pas celle des procédures pénales alternatives reposant sur un établissement contractuel de la culpabilité avec une reconnaissance plus ou moins explicite par la personne mise en cause de l'infraction lui étant reprochée. Le principal grief vis à vis des procédures accélérées tient à la pression des concessions supposées en faveur de la partie faible au contrat, c'est-à-dire la personne du mis en cause, dont le comportement quoiqu'à la limite de la légalité pourrait être exempté de toute condamnation pénale s'il avait été jugé selon les indices obtenus et non à partir d'un récit retranscrit dans un procès-verbal d'audition. La manière dont est caractérisé l'aveu de la personne mise en cause pose la question du consentement à la condamnation. Sans doute suffirait-il que le suspect contre lequel existent des indices rendant vraisemblable sa participation à la commission de l'infraction ne nie pas l'ensemble des faits reprochés pour qu'une procédure de médiation lui soit proposée. Pour autant, l'explication qu'il donne des faits lui étant reprochés pourrait facilement être perçue comme une reconnaissance de culpabilité alors même qu'il s'agirait d'un nouvel éclairage justifiant des investigations supplémentaires. La crainte d'un déclenchement des poursuites par le ministère public peut ainsi contraindre la

[1744] L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, rapport remis au Garde des Sceaux le 30 juin 2008, *Doc. fr.*, août 2008

personne mise en cause à reconnaître sa culpabilité alors même que des zones d'ombres persistent dans ses déclarations.

322. Liberté du consentement à la sanction. – Bien que les délits entrant dans le champ d'application de la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité aient été largement étendus sans limitation du quantum de la peine, en dehors des cas spécifiques liés à la nature de l'infraction, la peine d'emprisonnement susceptible d'être prononcée ne peut jamais excéder une année. La fragilité de l'aveu et le risque inhérent à sa provocation s'opposeraient à l'assise d'une sanction pénale importante sur la seule reconnaissance de culpabilité des personnes poursuivies. Cette limitation constitue un bénéfice supplémentaire pour la personne poursuivie la forçant sans doute à accepter la proposition faite par le procureur de la République dans le cadre de la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il en résulte une véritable stratégie pour la personne poursuivie à accepter ou non la proposition du Ministère public, notamment lorsque les indices obtenus n'ont révélé qu'une partie du déroulement matériel des faits. Afin de garantir la défense libre des personnes poursuivies, l'échec d'une procédure de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité interdit l'utilisation ultérieure par les juridictions d'instruction ou de jugement des documents faisant apparaître les déclarations réalisées dans ce cadre procédural. La reconnaissance de culpabilité intervenue dans le cadre d'une telle procédure ayant par la suite échoué ne doit ainsi jamais servir à la motivation des juges d'instruction ou de jugement. Selon cette même logique tenant à la préservation des droits de la défense des personnes poursuivies, la composition de la juridiction correctionnelle ne doit pas intégrer un des magistrats ayant statué sur l'ordonnance d'homologation durant la procédure de Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Dès qu'il existe un doute sur la gravité infractionnelle vraisemblablement mise en lumière à travers les indices, qu'il s'agisse de l'infraction en elle-même ou la personnalité du mis en cause, il revient au juge du siège de refuser l'homologation des propositions du procureur de la République telles qu'elles sont acceptées par la personne poursuivie. L'avocat voit sa présence érigée au rang des obligations durant la procédure tandis qu'un délai de réflexion est accordé. L'instauration d'un délai de réflexion établi à dix jours dans le cadre de la composition pénale permet de limiter le risque d'une acceptation hâtive. Encore faut-il néanmoins s'assurer d'une bonne information sur l'existence de ce délai, non obligatoire.

Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice propose d'étendre le champ des procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Justifié par le gain de temps espéré – dans l'optique d'une plus grande

célérité de la justice – cet élargissement se traduit également par une gestion budgétaire mieux optimisée. Dès lors, le « succès » avéré des procédures accélérées – tel qu'il est mis en exergue dans l'étude d'impact – tient sans doute davantage aux contraintes logistiques et temporelles qu'à leurs qualités intrinsèques. Concernant la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité d'abord, le projet de loi prévoit son ouverture à tous les délits – au regard de leur simplicité – avec un durcissement des sanctions susceptibles d'être prononcées. S'agissant de l'ordonnance pénale ensuite, l'extension vise tous les délits relevant de la compétence du juge unique, lesquels connaissent d'ailleurs une importante augmentation sans rapport avec leur simplicité traditionnellement exigée. Il est d'autant plus regrettable de constater qu'une telle extension du champ des procédures accélérées s'effectue au détriment du libre choix des justiciables, préférant accepter la sanction proposée par crainte d'une pire alternative.

B. La suprématie des indices exploités

323. Suppression du débat sur la preuve. – La consistance du faisceau d'indices permet de rendre possible le fait infractionnel recherché. L'identification d'un auteur présumé autorise par la suite le parquetier à apprécier la réponse pénale susceptible d'être apportée. La consistance des indices et l'apparence qu'ils donnent à voir sont exploitées afin de déterminer la voie procédurale adéquate. Les pouvoirs d'orientation du parquet se sont multipliés selon une appréciation plus fine de la gravité des faits. Leur simplicité rendrait d'ailleurs inutile le débat sur la preuve, laissant aux indices préalablement révélés une place centrale dans l'établissement d'une vérité alors exclusivement judiciaire. L'enjeu des modes alternatifs de règlement du contentieux pénal rejoint la montée en puissance du Ministère public. Le procureur de la République est ainsi désormais à même de proposer une sanction, en lieu et place du juge[1745]. La caractérisation rapide de l'infraction résulte de sa simplicité et s'explique par l'amélioration des procédés d'investigation offrant aux enquêteurs une richesse informationnelle plus importante[1746]. La fonction de juger placée entre les mains du procureur de la République durant la mise en œuvre des modes alternatifs de résolution du contentieux pénal réduit la distinction fonctionnelle entre magistrat du parquet et magistrat du siège. Reste la séparation

[1745] V. sur le risque engendré par l'absence de séparation entre les fonctions de poursuites et de jugement : LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003, 644 et s.
[1746] RICCARDI et RICHEFEU, « Les nouvelles utilisations de la génétique dans le cadre de la procédure pénale », *RSC* 2018. 331 ; CINAMONTI, « Le profilage à l'épreuve du procès », *RPDP* 2015. 441 ; GIRAULT, « La tentation du portrait-robot génétique », *AJ pénal* 2014. 487 ; SONTAG KOENIG, « ADN : vrai gêne et faux gênes, bilan et évolution des techniques », *Dr. pénal* 2015. Étude 11 ; VERGES, « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », *RDLF* 2014. chron. 25.

institutionnelle entre un magistrat lié aux investigations policières et un magistrat véritablement indépendant dont l'intervention impose un véritable examen des indices, synonyme d'un allongement des procédures. L'examen des indices par le juge du siège est succinct, leur exploitation consiste à s'assurer de la vraisemblance du fait infractionnel reproché, lequel devient judiciairement établi après que la personne mise en cause l'ait reconnu. Le contrôle du juge se limite, dans le cadre d'une procédure de composition pénale, au seul examen des conditions de forme requises par les textes. La limitation du contrôle exercé par le juge se retrouve également dans la cadre d'une transaction où le Président du Tribunal de grande instance chargé de vérifier les conditions formelles de la procédure peut désigner un autre magistrat. Aucun pouvoir de modification n'existe alors. Le traitement en temps réel du contentieux pénal naît de cette information rapide des magistrats du parquet par les enquêteurs dès qu'il existe un faisceau d'indices rendant vraisemblable la participation de la personne poursuivie à la commission d'une infraction. L'organisation des parquets prend en considération le traitement en temps réel du contentieux pénal avec un magistrat chargé d'assurer la permanence, micro-casque sur les oreilles, en appréciant les indices décrits par l'enquêteur à l'autre bout de la ligne. La possibilité de faire comparaître immédiatement la personne poursuivie devant le tribunal correctionnel coïncide avec l'avènement du traitement téléphonique des procédures entre enquêteurs et magistrats du parquet. Le traitement en temps réel des infractions vraisemblablement commises implique un lien à flux tendu entre magistrats du parquet et enquêteur. Il est possible de se demander si les indices appréciés par les enquêteurs ne conditionnent pas presque exclusivement le choix réalisé par le parquetier quant au cheminement procédural le mieux adapté.

324. Justification de la comparution immédiate. – La comparution immédiate poursuit cette quête de rapidité dans les solutions à apporter au trouble social créé. La procédure n'existait pas en tant que telle au sein du Code d'instruction criminelle. Une loi du 20 mai 1863 avait toutefois autorisé le procureur de la République à placer la personne poursuivie sous mandat de dépôt afin de la présenter par la suite devant le tribunal correctionnel. Cette loi a été reprise dans le Code de procédure pénale. Il s'agissait alors de réserver l'ancêtre de la procédure de comparution immédiate aux seuls délits flagrants punis d'une peine d'emprisonnement. Le caractère exceptionnel d'une telle procédure s'est peu à peu amoindri lorsque tous les délits, et non pas seulement les cas de flagrance, pouvaient faire l'objet d'une comparution immédiate. La rapidité du traitement engendré par la comparution immédiate met également en valeur le travail des enquêteurs. Cette procédure pourrait alors représenter un choix destiné à

récompenser les services d'enquête. L'accélération résulte du raccourcissement des étapes, sans doute peu favorable aux droits de la défense, et plus encore lorsque la personne poursuivie est mineure.

325. Compatibilité avec la minorité délinquante. – Le processus de traitement en temps réel du contentieux pénal touche également le droit pénal des mineurs. Il est possible de douter de la compatibilité entre les procédures accélérées et l'exigence d'une dimension éducative des mesures ordonnées. La convocation par officier de police judiciaire accélère la convocation du mineur devant le juge afin qu'une décision judiciaire intervienne, le délai entre l'infraction commise et la saisine du juge est donc réduit. Cette procédure exige que les faits soient établis c'est-à-dire que le faisceau d'indices demeure suffisamment consistant. Lorsque les indices suffisent à rendre vraisemblable la participation du mineur à des faits dont la gravité se situe dans les limites fixées par le législateur, une convocation directe devant le Tribunal pour enfants est autorisée. La procédure de jugement à délai rapproché, instaurée par la loi du 9 septembre 2002, connaît une certaine ressemblance avec la comparution immédiate des majeurs. Parmi les conditions générales régissant la mise en œuvre de la procédure se trouve l'appréciation portée sur la gravité infractionnelle. Aucun débat sur l'établissement des faits ne doit exister, signe de la suffisante des indices à démontrer leur vraisemblance. L'opportunité de choisir la procédure accélérée du jugement à délai rapproché appartient au procureur appréciant les indices obtenus au cours des investigations. Le tribunal peut toujours lui renvoyer le dossier lorsque les faits considérés plus complexes ou plus graves par le juge des enfants exigent des investigations supplémentaires. Le magistrat du siège n'a pas pour autant la possibilité de contester le choix procédural réalisé par le parquet.

326. Justification de l'ordonnance pénale. – La capacité du faisceau d'indices à établir la vraisemblance d'une participation de l'auteur présumé à la commission de l'infraction poursuivie justifie le choix d'une procédure d'ordonnance pénale. Considérée comme une procédure simplifiée comparativement à la saisine traditionnelle d'une juridiction, l'ordonnance pénale implique naturellement la simplicité des faits infractionnels vraisemblablement commis. Un nouvel élargissement du domaine d'application de l'ordonnance pénale est intervenu avec la loi du 13 décembre 2011, toujours justifié par la simplicité infractionnelle des faits visés. La procédure de l'ordonnance pénale doit être considérée en tant que procédure de jugement par défaut en raison de son déroulement en l'absence des personnes poursuivies. Il s'agit alors d'évincer le débat sur l'établissement d'une preuve et se satisfaire des indices préalablement obtenus, exploités afin de justifier la sanction

proposée par le magistrat du parquet. Pour autant, l'absence de débat et par conséquent l'absence de discussion sur l'établissement de la vérité ne s'oppose pas à d'importantes conséquences telles que l'inscription au casier judiciaire d'infractions ne dépassant pourtant pas le stade de la vraisemblance infractionnelle. L'immixtion de délits certes simples dans le champ de l'ordonnance pénale questionne l'absence de débat. Le Conseil constitutionnel a validé la procédure de l'ordonnance pénale en matière délictuelle, considérant qu'elle apportait à la personne mise en cause les mêmes garanties qu'une procédure traditionnelle. Il omet toutefois de préciser qu'une procédure aussi simplifiée que celle de l'ordonnance pénale laisse seule le justiciable apprécier la valeur des condamnations proposées. La proximité avec une simple contravention fait sans doute oublier la nature délictuelle des faits condamnés et le risque social engendré par leur inscription au casier judiciaire. Certes, la voie de l'opposition est permise, mais l'absence d'audience et de débats enlève la dimension solennelle d'une condamnation prononcée dans le cadre d'une ordonnance pénale, faisant croire à l'importance moindre des condamnations alors qu'elles viendront s'inscrire dans le passé judiciaire de la personne poursuivie. La dimension solennelle du jugement s'en trouve bafouée et le trouble porté à l'ordre public minoré au point d'être réparé d'une manière similaire à l'amende forfaitaire. Aucune dimension éducative ne résulte de cette procédure et la simplification souhaitée par le législateur apparaît comme un moyen accéléré de marquer à leur insu les personnes condamnées par une voie procédurale indolore, presque imperceptible. Sous couvert d'accélérer la résolution d'un contentieux de masse, la Cour européenne des droits de l'homme confirme la comptabilité de l'ordonnance pénale avec les dispositions de l'article 6 de la Convention. L'absence de débat contradictoire sur l'établissement d'une preuve semble alors se justifier par la nécessité de décharger les juridictions. Si l'objectif est louable en matière contraventionnelle, l'ordonnance pénale en matière correctionnelle interroge toutefois quant à sa légitimité. Considérée comme une procédure simplifiée, l'ordonnance pénale doit se limiter aux infractions les moins graves. Le juge du tribunal de police chargé de se prononcer sur l'ordonnance pénale statue au vu des éléments du dossier, s'agissant pour lui d'apprécier les indices préalablement révélés au cours des investigations sans aucun débat préalablement avec la personne poursuivie. C'est au juge du tribunal de police d'estimer si la nécessité d'un débat contradictoire impose de renvoyer la procédure au ministère public aux fins de poursuites en la forme ordinaire.

327. Justification de la CRPC. – La Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité utilise le matériel probatoire obtenu au cours des investigations afin d'asseoir une culpabilité corroborée par l'aveu de la personne poursuivie. Composition pénale et CRPC reposent exclusivement sur l'acceptation d'une culpabilité rendue vraisemblable par l'exploitation des indices préalablement obtenus au cours des investigations. L'élargissement du champ délictuel confère au Ministère public un pouvoir de jugement sans précédent. Le magistrat du siège sera ici exclusivement désigné aux fins d'homologation. Une véritable homologation de la proposition, par le Président du Tribunal de grande instance ou par le juge délégué à cet effet est exigée. Il s'agit pour le magistrat d'opérer un contrôle des indices exploités dans le but d'obtenir l'aveu du suspect, exigeant par la même son audition. La présence de l'avocat est obligatoire, tant au moment de la reconnaissance de culpabilité qu'au cours de l'audience d'homologation. La consultation du dossier de la procédure « sur le champ » par l'avocat est nécessaire afin d'examiner la consistance des indices. Un délai de réflexion est prévu par les dispositions de l'article 495-8 du Code de procédure pénale. Fixé à 10 jours, ce délai peut engendrer la mise en place d'un contrôle judiciaire voire d'une détention provisoire. Bien que le contrôle porté par le juge sur la réalité des faits soit érigé au rang des conditions de l'homologation, on peut légitimement douter de l'utilité qu'il représente lorsque les indices mis en exergue par le Ministère public iront nécessairement dans le sens d'une culpabilité de la personne poursuivie. Le débat sur les indices obtenus durant les investigations est écarté par la culpabilité reconnue du mis en cause, de sorte que la vraisemblance du fait infractionnel persiste, mais devient suffisante à l'établissement d'une vérité judiciaire. L'aveu accompagné des indices préalablement obtenus seront suffisants pour fonder la condamnation. Le progrès réalisé dans l'obtention des indices facilite, il est vrai, l'établissement d'une vérité vraisemblable se suffisant presque à elle-même lorsqu'elle est confirmée par l'aveu du suspect. Cette force probante des indices aurait sans doute permis la mise en œuvre de la Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans des situations infractionnelles graves par la sanction qu'elles font encourir. Toutefois, le doute persistant quant aux faits infractionnels ne dépassant pas le stade de la vraisemblance et l'absence de solennité d'une procédure pénale inspirée d'une technique contractuelle s'opposeraient à l'employer dans les situations infractionnelles graves.

CONCLUSION GENERALE

328. Les indices, socle de la preuve pénale. – Amenée à justifier l'application de la règle de droit[1747], la preuve se distingue en matière pénale par la singularité de son obtention[1748]. Issue d'une intime conviction forgée par le juge[1749], la preuve pénale ne peut se départir de l'œuvre humaine[1750] dans son génie d'une part, et dans sa vulnérabilité d'autre part. Construction de l'homme dans son génie d'abord, dès lors qu'une preuve pénale symbolise la finalité d'un raisonnement méthodique nourri des connaissances acquises au cours des investigations[1751]. L'interprétation ancrée au cœur du processus probatoire[1752] s'avère indispensable à la sélection des seuls éléments capables – par leurs effets – de rendre possible le fait infractionnel. Au-delà d'une parfaite assimilation *des* indices aux moyens utilisés par le juge pour parvenir à la preuve, le mécanisme de l'intime conviction ne peut s'appréhender sans définir ce que recouvre *un* indice. La détermination des caractères propres à l'indice a ainsi été l'occasion de reconnaître deux piliers immuables autorisant l'octroi de cette qualité : le critère matériel et le critère probant. L'aptitude de l'indice à faire présumer l'inconnu suppose en effet son appréhension matérielle, au moyen de procédés d'investigation galvanisés par

[1747] THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé » ; Droits n° 23, 1996, p. 48.
[1748] MERLE et VITU, « Traité de droit criminel », *Cujas*, 1979, p. 151.
[1749] C. pr. pén., art. 353 et 437
[1750] MALAURIE, « Le droit dans la littérature. Une anthropologie », 1997, *Defrénois*, p. 967.
[1751] DONNEDIEU DE VABRES, « Traité de droit criminel et de la législation pénale comparée », *Sirey*, 3ème édition, 1947, p. 731
[1752] GARRAUD, « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », tome 1, *Sirey*, 1907, n° 229 s.

l'informatisation effrénée de nos sociétés modernes. Devenu tangible aux yeux de leurs observateurs – magistrats ou policiers – l'élément considéré ne devient indice qu'à la condition d'atteindre une fiabilité suffisante, dans l'optique de refléter fidèlement les contours d'une réalité plausible. Construction de l'homme dans sa vulnérabilité ensuite, la preuve pénale matérialise « *une certaine sorte de vérité* »[1753], aussi relative qu'elle ne peut évincer entièrement le doute qui la hante[1754]. L'interprétation placée au centre du processus probatoire se fonde sur des éléments seulement capables – à défaut d'intime conviction – de rendre possible le fait infractionnel. L'apparence indiquée par les indices s'échelonne ainsi en paliers de vraisemblance[1755], sans jamais pouvoir prétendre à l'absolu. La procédure pénale se montre d'ailleurs lucide quant à la fragilité d'une vérité judiciaire dont elle se charge d'organiser la recherche[1756]. Les indices seront ainsi exploités afin d'adapter le cheminement procédural selon la prégnance et la gravité de l'apparence infractionnelle qu'ils rendent vraisemblable.

329. Les indices, source de l'équilibre procédural. – Bien qu'elle soit contrainte de prendre ses distances avec une vérité absolue placée hors de portée[1757], la preuve doit néanmoins matérialiser une réalité suffisamment convaincante pour emporter l'adhésion du juge. Il incombe aux autorités publiques d'adopter une démarche active destinée à la mise en valeur d'indices susceptibles de rendre possible cette vraisemblance d'un fait prohibé. Le doute inhérent au déroulement d'un comportement infractionnel – par essence factuel – ne peut engendrer l'immobilisme d'une action investigatrice, tandis que l'effectivité d'une innocence présumée impose un déploiement progressif des moyens coercitifs. Malgré une balance d'intérêts divergents, l'exploitation des indices préserve l'équilibre procédural dans son ensemble. Le cheminement processuel s'adosse sur une combinaison d'indices – selon des formulations très diverses – conformément à la nécessité d'en justifier la progression. Des indices alternativement ou cumulativement qualifiés de « *graves* » et « *concordants* » seront ainsi requis à l'instauration des mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles[1758]. La gravité concordante des indices se révèle indissociable de l'apparence infractionnelle qu'ils permettent de rendre vraisemblable, subséquemment à leur interprétation. L'intérêt d'une telle formulation consiste moins à caractériser les indices préalablement obtenus qu'à garantir le

[1753] THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *op. cit.*, p. 41 et s.
[1754] NAGOUAS-GUERIN, « Le doute en matière pénale », *Dalloz*, collection « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, p. 1.
[1755] GUERY, « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP G* 1998, I, p. 140
[1756] BENILLOUCHE, « Les objectifs du procès pénal », *in* GIUDICELLI-DELAGE (dir.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *Société de législation comparée*, 2006, p. 20
[1757] FABBRI et GUERY, « La vérité dans le procès ou l'air du catalogue », *RSC* 2009, p. 343
[1758] PUIGELIER, « Vrai, véridique et vraisemblable », *in* « La preuve », *Economica*, 2004

contrôle ultérieur d'une apparence objectivement fondée. En ce sens, les modifications rédactionnelles intervenues au sein du Code de procédure pénale, tenant à la substitution de l'expression « *indices faisant présumer* » par celle de « *raisons plausibles* »[1759], représenteraient une régression légale. L'unique référence à l'interprétation subjective d'une apparence infractionnelle plausible tend à faire regretter l'absence, désormais, d'un lien explicite avec les indices qui en sont à la source. Principalement rencontrée durant la phase initiale des enquêtes de police, cette réécriture se comprend néanmoins au regard des impératifs de souplesse qu'impliquent les prémices d'une apparence infractionnelle tout juste vraisemblable. Les indices sont légalement placés à la source de l'équilibre procédural lorsque leur exploitation engendre l'octroi du statut protecteur de suspect[1760] dès les premiers pas de l'enquête. Les soupçons d'implication dans la commission d'une infraction, déduits des indices préalablement obtenus, justifient le placement du suspect en garde à vue autant qu'ils imposent la mise en œuvre corrélative d'un noyau embryonnaire de droits. En l'absence de véritables « parties » à la procédure antérieurement au déclenchement des poursuites pénales[1761], l'exploitation des indices autorise l'organisation d'une protection en faveur des personnes mises en cause, sans pour autant alourdir le cadre légal des enquêtes.

330. Les indices, fondement de la procédure pénale. – Destinée à établir la vérité d'un comportement prohibé, la preuve pénale constitue l'objectif premier des mesures orchestrées par le code de procédure pénale. Nécessairement factuelle, cette vérité s'élabore progressivement au gré d'une apparence infractionnelle rendue vraisemblable par l'interprétation des indices révélés au cours des investigations. L'exploitation des indices justifie le déploiement progressif d'une coercition strictement proportionnée, dans l'idéal d'un équilibre entre l'atteinte vraisemblablement portée aux intérêts de la société d'une part, et la restriction engendrée envers les libertés individuelles d'une personne mise en cause d'autre part. Fondements d'une réalité morcelée que la justice souhaite reconstituer, les indices jalonnent le cheminement procédural jusqu'à l'obtention d'une preuve. Le passage à travers les différentes phases de la procédure pénale se décrit au rythme des indices interprétés, autant qu'ils forgent une conviction sur le déroulement des faits prohibés. Moteurs du mécanisme probatoire grâce auquel la preuve est identifiée, les indices brillent d'utilité par leur aptitude à

[1759] Par exemple, article 61-1 code de procédure pénale ; art. 62 c. proc. pén. ; article 62-2 code de procédure pénale ; art. 78-2, alinéa 1 du c. proc. pén. ; art. 154, alinéa 1 du c. proc. pén.
[1760] DEFFERRARD, « La suspicion légitime », *LGDJ*, 2000, n° 9, p. 7.
[1761] Voir sur ce point particulier, l'avis d'un auteur scrupuleusement attaché à la rigueur du sens accordé aux notions juridiques : 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 ? », *Droit pénal*, avr. 2009, n° 4

rendre possible l'inconnu du comportement criminel naturellement dissimulé. Comprendre les effets inhérents à l'indice revient à mieux appréhender le processus d'élaboration d'une preuve pénale, désormais exclusivement morale. La matérialité de l'indice devient le support d'un raisonnement interprétatif amené à emporter la certitude par la confiance qu'il suscite chez son observateur. Fiabilité et réalité tangible constituent les critères de l'indice. Seuls ces caractères suffisent à élucider la capacité d'un indice à rendre possible le fait infractionnel recherché durant l'entière procédure pénale. Ces seuls caractères seront néanmoins requis afin d'accorder à un quelconque élément la qualité d'indice. L'intime conviction ancre l'interprétation de l'indice au cœur de la preuve et, avec elle, la perfectibilité d'une construction humaine au centre de la procédure pénale. La réécriture des dispositions légales paraît vaine dès lors qu'une juste attention est prêtée aux indices sur lesquels elles se fondent. Cette réhabilitation de l'indice en procédure pénale défend une vision humaniste de l'œuvre de justice. La prudence salvatrice qui en résulte combat l'idée d'une hégémonie scientifique au sein du procès pénal et milite, plus généralement encore, en faveur d'une vision apaisée de la vérité judiciaire, nécessairement relative[1762].

[1762] MOCCIA, « Vérité substantielle et vérité du Procès », traduit de l'italien par MANACORDA et MARQUIS, *Déviance et société*, 2000, vol. 24, n° 1, p. 109 ; voir aussi, LANDOWSKI, « Vérité et véridiction en droit », *Droit et société*, 1988, p. 47.

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux et traités

-A-

ALLARD (A.), Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle, *Gand*, 1868

AMBROISE-CASTEROT (C.), Droit pénal spécial et des affaires*, Lextenso*, éd. Gualino, 6ème éd. 2018.

AMBROISE-CASTEROT (C.) et BONFILS (Ph.), Procédure pénale, *PUF*, coll. « Thémis », 2ème éd., 2018.

AUBERT (J.-L.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 17ème éd. *Sirey*, 2018.

AUBRY (Ch.), RAU (Ch.-F.), Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, 5ème éd, *Marachal et Billard*, t. XII, 1854-1960.

-B-

BADINTER (R.), CANIVET (G.), CARCASSONNE (G.), COMMARET (D.), La procédure pénale en quête de cohérence, Cour de cassation, *Dalloz*, coll. Thèmes et commentaires, 2007

BERNARDINI (R.), Droit pénal général, 3ème éd. *Gualino*, 2017.

BERGEL (J.-L.), Théorie générale du droit, *Dalloz*, 1999.

BONFILS (Ph.) et GALLARDO (E.), Droit pénal des affaires, 2ème éd. *LGDJ*, 2016.

BONNIER (E.), Traité des preuves en droit civil et en droit criminel, 4ème éd. 1873 ;

BOULOC (B.) :

- Droit pénal général, *Dalloz*, coll. « Précis », 25ème éd., 2017.
- Procédure pénale, *Dalloz*, coll. « Précis », 26ème éd., 2017.

BOULOC (B.), MATSOPOULOU (H.), Droit pénal général et procédure pénale, Sirey, coll. « intégral concours », 21ème éd., 2018

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), Traité de droit pénal et de criminologie, *Dalloz*, 1975.

BOYER (L.), Introduction au droit, *Litec*, 2003.

BUISSON (S.), GUINCHARD (S.), Procédure pénale, *Lexis Nexis*, 11ème éd., 2018

-C-

CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI-MEKKI (S.), Théorie générale du procès, 2ème édition, *PUF*, coll. « Thémis », 2013.

CARBONNIER (J.), Droit civil, introduction, 27ème éd, *PUF*, 2002.

CARIO (R.), Introduction aux sciences criminelles. Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel, *l'Harmattan*, 6ème éd., 2008

CONTE (Ph.), Droit pénal spécial, *LexisNexis*, 4ème éd., 2013.

CONTE (P.), LARGUIER (J.), Procédure pénale : La juridiction pénale, le procès pénal, *Dalloz* coll. Mémentos, 22ème éd., 2010

CONTE (Ph.), MAISTRE DU CHAMBON (P.), Droit pénal général, *Armand Colin*, coll. « U », 7ème éd., 2004.

CORNU (G.), Vocabulaire juridique, 12ème éd., *PUF*, coll. « Quadrige », 2018.

-D-

DECIMA (O.), DETRAZ (S.), VERNY (E.), Droit pénal général, 3ème éd. *LGDJ*, coll. cours, 2018.

DECOCQ (A.), Droit pénal général, *Armand Colin*, 1971.

DELMAS-MARTY (M.), GIUDICELLI-DELAGE (G.), Droit pénal des affaires, 4ème éd. *PUF*, 2000.

DESPORTES (F.), LAZERGES-COUSQUER (L.), Traité de procédure pénale, *Economica*, coll. « Corpus Droit privé », 4ème éd., 2015.

DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), Droit pénal général, *Economica*, coll. « Corpus Droit privé », 16ème éd, 2009.

DONNEDIEU DE VABRES (H.), Traité élémentaire de droit criminel et de la législation pénale comparée*, Sirey*, 3ème éd, 1947.

DUBOIS (J.), MITTERRAND (H.), DAUZAT (A.), Dictionnaire étymologique, « Evident », éd. *Larousse*, 2007.

-F-

FAUCONNET (P.), La responsabilité, 2ème éd., *Alcan*, 1928.

FLAUSS (J.-F.) :

- Influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Bruylant*, 2002
- Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Dalloz* coll. Grands Arrêts, 2005

FOURMENT (F.), Procédure pénale, *Larcier* coll. Paradigme, 14ème éd., 2013

-G-

GARRAUD (R.) :

- Instruction criminelle et procédure pénale, *Sirey*, tome I, (1907), tome II, (1909), tome III, (1912), tome IV, (1928), tome V, (1924), tome VI, (1935)
- Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, *Sirey*, tome I, (1913), tome II, (1914), tome III, (1916), tome IV, (1922), tome V, (1924), tome VI, (1935)
- Précis de droit criminel, *Sirey*, 14ème éd., 1926

GASSIN (R.), CIMAMONTI (S.), BONFILS (Ph.), Criminologie, *Dalloz*, coll. « Précis », 7ème éd., 2011.

GENESTEIX (M.), L'expertise criminelle en France, *A. Pédone*, 1900

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), Traité de droit civil, Introduction générale, 4ème éd. *LGDJ*, 1994.

GOYET (F.), Droit pénal spécial, 8ème éd. *Sirey*, 1972.

GUERY (C.), CHAMBON (P.), Droit et pratique de l'instruction préparatoire*,* 10ème éd. *Dalloz*, coll. Dalloz action, 2018/2019.

-J-

JACOB (A.) (sous la dir. de), Les notions philosophiques, volume dirigé par S. Auroux, T. 1, 1990, *PUF*.

JEANDIDIER (W.),

- Droit pénal général, *Montchrestien*, 2ème éd., 1991.
- Droit pénal des affaires, *Dalloz*, coll. « Précis », 6ème éd. 2005.

-L-

LALANDE (A.), Vocabulaire technique et critique de la philosophie, *PUF*, 1926.

LEROY (J.), Procédure pénale, *LGDJ* coll. Manuels, 5ème éd., 2017

LEVASSEUR (G.), Cours de droit pénal spécial, éd. Les cours de droit, 1967-1978.

LOPEZ (G.), TZITZIS (S.), Dictionnaire des sciences criminelles, *Dalloz* coll. Dictionnaires *Dalloz*, 2007

-M-

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), Contrats spéciaux, 10ème éd., *Defrénois*, 2018.

MATSOPOULOU (H.), LEPAGE (A.), Droit pénal spécial, *PUF*, coll. « Thémis », 2015.

MAYAUD (Y.), Droit pénal général, *PUF*., 6ème éd., 2018.

MERLE (R.), VITU (A.), Traité de droit criminel, Tome 2 : Procédure pénale, *Cujas*, 5ème éd., 2001, n° 169.

MITTERMAÏER (C. J. A.), Traité de la preuve en matière criminelle, ou exposition comparée des principes de la preuve en matière criminelle de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre,etc… Traduit par C.-A. Alexandre, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, éd. De Cosse et N. Delamotte, 1948.

-O-

OPPETIT (B.), Philosophie du droit, *Dalloz* coll. Précis, 2017

-P-

PARRA (C.), MONTREUIL (J.), Traité de procédure pénale policière, 1972, éd. *Quillet*, additif 1975.

PIN (X.), Droit pénal général, *Dalloz*, coll. « Cours », 10ème éd., 2018.

PRADEL (J.) :

- Droit pénal comparé, 4ème éd., *Dalloz*, coll. « Précis », 2016
- Droit pénal général, *Cujas*, 21ème éd., 2016.
- Procédure pénale, *Cujas*, 19ème éd., 2017

PRADEL (J.), CORSTENS (G.), Droit pénal européen, *Dalloz* coll. « Précis », 3ème éd., 2009

PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.), Droit pénal spécial, *Cujas*, 7ème éd., 2017.

PRADEL (J.), VARINARD (A.), Les grands arrêts de la procédure pénale, *Dalloz* coll. « Grands arrêts », 9ème éd., 2016

PUECH (M.), Droit pénal général, *Litec*, 1988.

-R-

RENUCCI (J.-F.) :

- Droit européen des droits de l'homme, *LGDJ*, 7ème éd., 2017
- Traité de droit européen des droits de l'homme, *LGDJ*, 2ème éd., 2012

RASSAT (M.-L.),

- Droit pénal général, *Ellipses*, coll. « Cours Magistral », 4ème éd., 2017.
- Droit pénal spécial, *Dalloz*, coll. « Précis », 8ème éd., 2018.
- Procédure pénale, *Ellipses*, 3ème éd., 2017.

ROBERT (J.-H.), Droit pénal général, *PUF*, coll. « Thémis droit », 6ème éd., 2005.

ROUSSELET (M.), PATIN (M.), Précis de Droit pénal spécial, 6ème éd., *Sirey*, 1950.

ROUX (J.-A.), Cours de droit criminel français, I, 2ème éd., *Sirey*, 1927.

ROY (A.), (sous la dir. de), Dictionnaire culturel de la langue française : de Réal à Z, *Le Robert*, Tome IV, 2005.

-S-

SOYER (J.-C.), Droit pénal et procédure pénale, *LGDJ* coll. Manuels, 21ème éd., 2012

SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), GONZALEZ (G.), MARCHANDIER (F.), MILANO (L.), PICHERAL (C.), SURREL (H.), Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF*, 8ème éd. 2017.

-T-

TERRE (F.), Introduction générale au droit, 10ème éd. *Dalloz*, 2015.

TZITZIS (S.), Les grandes questions de la philosophie pénale, *Buenos books international*, 2007

-V-

VERNY (E.), Procédure pénale, 6ème éd. *Dalloz*, 2018.

VERON (M.), Droit pénal spécial, *Sirey*, coll. « LMD », 16ème éd., 2017.

VILLEY (M.), Philosophie du droit, *Dalloz*, 2001

VINEY (G.), Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité : évolution générale, responsabilité civile et responsabilité pénale, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, 2ème éd., *LGDJ*, 1995.

VOUIN (R.), Droit pénal spécial, *Dalloz*, coll. « Précis », 15ème éd., 2015.

-Z-

ZARADER (J.-P.), Le vocabulaire des philosophes classiques et modernes du XVII au XVIIIème siècle, *Ellipses*, ouvrage coordonné, 2002.

II – Ouvrages spéciaux

-A-

ALLAND (D.), RIALS (S.), Dictionnaire de la culture juridique, *PUF*, 5ème éd., coll. « Quadrige », 2015.

ARISTOTE, Poétique, *Classiques de poche*, 1990.

-B-

BADINTER (R.), Projet de nouveau code pénal, Conférence du 19 décembre 1985, Université Paris I, *Dalloz*, 1988, p. 17.

BAUER (A.), SMILLEZ (C.), Les fichiers de police et de gendarmerie, *PUF* coll. Que sais-je ? 2009

BEAUVAIS (P.), PARIZOT (R.), (sous la dir. de) « Les transformations de la preuve pénale », Actes du XXIIIe colloque de l'AFDP organisé par le Centre de droit pénal et de criminologie de l'Université de Paris Nanterre les 9 et 10 novembre 2017 avec le concours de la Cour de cassation, *LGDJ - Lextenso*, 2018

BENTHAM (J.), Traité des preuves judiciaires, 1830

BERGER (V.), Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, 8ème éd. *Sirey*, 2002.

BOILEAU (N.), Article poétique, chant III, *Librairie Hachette et Cie*, p. 28, 1881.

BONNIER (E.) :
- Traité théorique et pratique des preuves, 5e éd., *Larnaude*, 1888
- Traité des preuves en droit civil et en droit criminel, 4ème éd., *Plon*, 1873, n° 1

BOULEZ (J.), Expertises judiciaires, *Encyclopédie Delmas*, 15ème éd., 2009

BOULOC (B.), LOMBARD (P.), Guide pénal des commerçants, artisans et chefs d'entreprise, éd. *Plon*, 2004.

BOURCIER (D.) ET MACKAY (P.) (Sous la dir. de), Lire le droit. Langue, texte, cognition, *LGDJ*, 1992.

BOURSIER (M.-E.), Le principe de loyauté en droit processuel, *Dalloz*, 2003

-C-

CABARILLAC (R.), Libertés et droits fondamentaux, *Dalloz*, 19ème éd., 2013

CASSIA (P.), Contre l'état d'urgence, *Dalloz* 2016.

CARBONNIER (J.) :

- Sociologie juridique, *PUF*, coll. Thémis, 1978.
- Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, *LGDJ*, 2001.

CHAMBON (P.), GUERY (C.), Droit et pratique de l'instruction préparatoire, *Dalloz*, coll. *Dalloz* action, 8ème éd., 2012

CHEVALIER (J.), Histoire de la pensée, d'Aristote à Plotin, éd. Universitaires, t. II, 1991.

CHERUEL (A.), Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France, *Librairie de L. Hachette et Cie*, Paris, 1855

CONTE (Ph.), GIRAUD-VAN GAVER (C.), ROBERT (J.-H.) et SAINT-PAU (J.-C.), Le risque pénal dans l'entreprise, *Litec*, 2003.

CORNU (G.), L'art du droit en quête de sagesse, *PUF*, 1998.

-D-

DANTI-JUAN (M.), L'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. 6, 1987, *Cujas*, p. 189.

DAURY-FAUVEAU (M.), BENILLOUCHE (M.) (Sous la dir. de), Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales, *PUF*, 2009.

DECOCQ (A.), MONTREUIL (J.), BUISSON (J.), Le droit de la police**,** *Litec* 2ème édition, 1998.

DEFFERRARD (F.), Le suspect dans le procès pénal, *LGDJ*, 2005.

DELMAS-MARTY (M.) :

- Le flou du droit, *PUF*, Coll. « Les voies du droit », 1986
- Les grands systèmes de politique criminelle, *PUF*, coll. Thémis, 1992
- Procédures pénales d'Europe, *PUF*, coll. Thémis, 1998

DEMOGUE (R.), Les notions fondamentales en droit privé, éd. *Rousseau*, 1911.

DESCARTES (R.), Discours de la méthode, III (1637), réédition, *Flammarion*, 2000.

DI MARINO (G.), Le statut des écoutes et enregistrements clandestins en procédure pénale, rapport au VIIIe Congrès de l'Association française de droit pénal, Grenoble, nov. 1986, *in* Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication, *Economica*, 1987.35

DIAZ (C.), La police technique et scientifique, *PUF*, coll. Que sais-je ?, 2006

-E-

EGGLESTON (R.), *Evidence, Proof and probability, Weidenfeld and Nicolson*, Londres, 1978.

ELLUL (J.), La Technique ou l'Enjeu du siècle, *A. Collin*, 1954

ESMEIN (A.), Histoire de la Procédure criminelle en France et spécialement de la Procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours, *L. Larose et Forcel*, 1891.

ESSAÏD (M.-J.), La présomption d'innocence, *Laporte*, 1971.

-F-

FOMBONNE (J.), La criminalistique, *PUF*, coll. Que sais-je ?, 1996

FORIERS (P.), La pensée juridique de Paul Foriers, Travaux du centre nationale de recherches de logique, vol. II, Éd. Emile Bruyant, Bruxelles 1982.

FRISON-ROCHE (M.-A.), MAZEAUD (D.), L'expertise, *Dalloz*, coll. Thèmes et Commentaires, 1995

-G-

GADARMER (H.-G.), Vérité et méthode, les grandes lignes d'une herméneutique philosophique, éd. *Seuil*, 1976 et 1996.

GARAPON (A.), PAPADOPOULOS (I.), Juger en Amérique et en France, Odile Jacob, 2003.

GASSIN (R.) (Sous la dir. de), Études de droit pénal douanier, Annales de la faculté de droit de sciences économiques d'Aix-en-Provence, T1, *PUF*, 1968.

GENY (F.), Science et technique en droit privé positif, T. III, *Sirey*, 1914-1924.

GILBERT (G.), *The Law of Evidence*, Dublin, *J. Rice*, 1975.

GIUDICELII-DELAGE (G.), Les transformations de l'administration de la preuve pénale. Perspectives comparées, Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, vol. 12, 2006

GOLTZBERG (S.), Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique, Présomption et argument a fortiori, Bruxelles, éd. *Bruylant*, 2012.

GORPHE (F.), La critique du témoignage, *Dalloz*, 1924

GRAVE (S. A.), *The Scottish Philosophy of Common sense*, *Oxford*, 1960.

-H-

HART (H. L. A.), Le concept de droit, traduit par M. VAN DE KERCHOVE, *Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis*, Bruxelles, 1976.

HEBRAUD (P.), La logique judiciaire, 5ème colloque des I.E.J., 1969, *PUF*, p. 33.

HEGEL (G. W. F.), Leçon sur l'histoire de la philosophie, tome 4, Philosophie Grecque, *Librairie philosophique J. Vrin*, 1975.

HUME (*D.*), L'enquête sur l'entendement humain, (1748), *Flammarion*, 2006.

HUYGHE (F.-B.), ADN et enquêtes criminelles, *PUF*, coll. Que sais-je ?, 2008

-J-

JOSSEAUME (R.), LE DALL (J.-B.), Contentieux de la circulation routière, *Lamy*, coll. Lamy Axe droit, 2014.

-K-

KAPLAN (F.), La vérité - Le dogmatisme et le scepticisme, *Armand Colin*, 1998.

-L-

LAMBERT (L.), Traité théorique et pratique de police judiciaire, 3e éd., *J. Desvigne*, 1951

LECLERE (M.), Manuel de police technique, éd. *Police Revue*, 1974

LENOBLE (J.), Droit et communication : la transformation du droit contemporain, *Cerf*, 1994.

LEVY-BRUHL (H.), La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique, *Librairie Marcel Rivière et Cie*, 1964

-M-

MALABAT (V.), DE LAMY (B.), GIACOPELLI (M.) (sous la dir. de), La réforme du code pénal et du code de procédure pénale, Opinio doctorum, *Dalloz*, 2009.

MALAURIE (Ph.), Le droit dans la littérature. Une anthropologie, *Defrénois*, 1997.

MARTIN (R.), Théorie générale du procès, (Droit processuel), *Éd. juridiques et techniques*, 1984.

MEKKI (M.), CADIET (L.), GRIMALDI (C.) (sous la dir. de), La preuve : regards croisée, *Dalloz*, 2015.

MITTERMAIER (C.-J.-A.), De la preuve en matière criminelle, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, éd. *De Cosse et Delamotte*, Paris, 1848

MOTULSKY (H.), Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), *Dalloz*, 2002.

-P-

PATARIN (J.), Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, *Dalloz*, 1956

PERELMAN (Ch.),

- Justice et raison, *éd. de l'Université libre de Bruxelles*, 2ème éd., 1972.
- Étude de logique juridique, volume VII, Bruxelles, *Bruylant*, 1978.
- Logique juridique, Nouvelle rhétorique, *Dalloz*, 2ème éd., 1999.

PERELMAN (Ch.), FOIRIERS (P.), Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, *Bruylant*, 1974.

PERRIER (J.-B.) (sous la dir. de), L'audition libre : de la pratique à la réforme, 1ère éd., *LGDJ*,2017.

POPPER (K.) :

- Conjectures et réfutations, *Payot* coll. Bibliothèque scientifique, 2006
- Logique de la découverte scientifique, *Payot*, coll. Bibliothèque scientifique, 2007

PUIGELIER (C.) (sous la dir. de), La preuve, éd. *Economica*, 2004.

PUIGELIER (C.), SAINTE-ROSE (J.), Juge et progrès scientifique, *in* Science éthique et droit, *O. Jacob*, 2007

-R-

RASSAT (M.-L.), *Droit pénal* général, 3ème éd. *Ellipses*, coll. « Cours magistral », 2014.

RENARD (B.), Police technique et scientifique. Les exigences d'une preuve fiable, Centre d'étude sur la police (CEP), *Politea*, 2005

RICOEUR (P.), Histoire et vérité, 1955.

ROLLAND (H.), BOYER (L.), Adages du droit français, 4ème éd., *Litec*, 1999.

ROUBIER (P.), Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, *Sirey*, 1951.

ROUSSEL (G.), Suspicion et procédure pénale équitable, *L'Harmattan*, 2010.

-S-

SUDRE (F.), Droit européen et international des droits de l'homme, 7ème éd. *PUF*, 2005.

-T-

TERRE (F.) (sous la dir. de), Le doute et le droit, Actes du colloque, 12 août 1991, organisé par l'Institut de formation continue du Barreau de *Dalloz*, 1994.

THIBIEGE (C.) (sous la dir. de)**,** La force normative, naissance d'un concept, *LGDJ*, 2009.

-V-

VLAMYNCK (H.), Droit de la police, *Vuibert* coll. Dyna' sup, 2011

VERGES (E.), VIAL (G.), LECLERC (O.), Droit de la preuve, *PUF*, 2015.

VILLET (E.), PRADEL (J.), VARINARD (A.), Les grands arrêts du droit pénal général, 9ème éd., *Dalloz*, 2014.

VIRALLY (M.), La pensée juridique, 1960, *Panthéon-Assas*, 2010.

-W-

WITTGENSTEIN (L.), De la certitude, *Gallimard*, 1995.

III – Monographies et thèses

-A-

ALIX (J.), « Terrorisme et droit pénal. Étude critique des incriminations terroristes », *Dalloz*, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2010, vol. 9

AMBROISE-CASTEROT (C.), De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, thèse, Bordeaux, 2000.

ARNOUX (Y.), Le recours à l'expert en matière pénale, *PUAM*, 2004

ARON (G.), Traité général des présomptions légales en droit privé, thèse, Pais, éd. *A. Pédone*, 1895.

ARRIGHI (J. P.), Apparence et réalité en droit privé, contribution à la protection des tiers contre les situations apparentes, Thèse, Nice, 1974.

-B-

BARBERIS (J.), Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique, Aix-Marseille, 2000

BARBIER (P.), L'apparence en droit civil et en droit fiscal, thèse Paris, 1945.

BARRIAL (D.), Le contrôle pénal et la circulation routière, Aix-Marseille, 1992

BATTEUR (A.), Le mandat apparent en droit privé, thèse, Caen, 1989.

BERGEAUD (A.), Le droit à la preuve, Bordeaux IV, 2007

BOSE (V.), GAVALDA (C.), RAMON (P.), THOMAS (D.), VAISSIERE (A.), Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives comparées, Rapport de recherche Université Montpellier I, 2004

BRAY (P.), La fouille corporelle, Dijon, 1930

BUISSON (J.), L'acte de police, thèse, Lyon, 1988.

-C-

CADENE (J.), La preuve en matière pénale : essai d'une théorie générale, Montpellier, 1963

CAIRE (A.-Bl.), Relecture du droit des présomptions à la lumière du Droit européen des droits de l'homme, éd. *A. Pedone*, 2012.

CALAIS-AULOY (J.), Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, thèse Montpellier, 1959.

CALLET (C.), Le sérieux et le manifeste en droit judiciaire privé : contribution à une étude de la certitude en droit, thèse, Aix-Marseille, 2015.

CANSELIER (G.), Les données acquises de la science, Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé, Paris, 2006

CESARO (J.-F.), Le doute en droit privé, éd. Panthéon Assas, 2003.

COLOMBANI (I.), La place du consensualisme en droit pénal français, thèse Aix-Marseille, 1991

CONTE (Ph.), L'apparence en matière pénale, thèse, Grenoble II, 1984.

COTO (G.), L'influence des progrès scientifiques sur le droit de la preuve pénale, Rennes, 2006

-D-

DALBIGNAT-DEHARO (G.), Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé, Paris I, *LGDJ*, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2002

DANIS-FATOME (A.), Apparence et contrat, thèse, *LGDJ*, 2004.

DECOTTIGNIES (R.), Les présomptions en droit privé, Paris, *LGDJ*, 1950.

DE FROUVILLE (O.), La preuve pénale. Internationalisation et nouvelles technologies, *La Documentation française* coll. Perspectives sur la justice, 2007

DEFFERRARD (F.), La suspicion légitime, *LGDJ*, 2000.

DEMARCHI (J.-R.), Les preuves scientifiques et le procès pénal, *LGDJ* coll. Thèses, 2012

DENIZART (J.), La charge de la preuve en matière pénale, thèse Lille, 1956.

DE VALKENEER (Ch.), De l'usage de la tromperie dans l'administration de la preuve pénale, Louvain-la-Neuve, 1999

DE VALICOURT DE SERANVILLERS (H.), La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire, *l'Harmattan*, 2009

DI MARINO (G.), Les nullités de l'instruction préparatoire, thèse Aix-Marseille, 1977.

-F-

FAILLET-SBLANDANO (M.), Le soupçon en droit, thèse Aix-Marseille, 2015.

FRANÇOIS (G.), La réception de la preuve biologique. Etude comparative de droit civil et de droit pénal, Paris I, 2004

-G-

GARNOT (B.), Intime conviction et erreur judiciaire : un magistrat assassin au XVIIème siècle ?, Dijon, *Editions Universitaires de Dijon*, coll. Société, 2004.

GARRAUD (P.), La preuve par indices dans le procès pénal, Lyon, 1913

GEORGIN (J.-C.), Les procédés modernes de preuve, Paris, 1962

GIRARD (F.), Essai sur la preuve dans son environnement culturel, t. I et II, *PUAM*, 2013.

GORPHE (F.) :

- L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique, *Sirey*, 1947
- Les décisions de justice, étude psychologique et judiciaire, *Sirey*, Paris, 1952.

GOUNELLE (P.), De quelques procédés modernes de recherche criminelle, Paris, 1952

GROSSEN (J.-M.), Les présomptions en droit international public, Neuchâtel, imprimerie Delachaux et Niestlé S.A., 1954.

GRUNVALD (S.) et LETURMY (L.), Casier judiciaire et fichier de police, *in* La mémoire et le crime, Travaux de l'Institut de sciences criminelles, 2010

-H-

HAID (F.), Les « notions indéterminées » dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal, Thèse, Aix-en-Provence, 2005.

HECQUET (V.), Les présomptions de responsabilité en droit pénal, thèse, Lille 2, 2006.

HENNION (P.), Preuve pénale et Droits de l'homme, thèse Nice, 1998.

HEUYER (G.), Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité, *R.I.D.P.*, 1972.245-250

-I-

INCHAUSPE (D.), L'innocence judiciaire : dans un procès, on n'est pas innocent, on le devient, *Litec* coll. Juris-Classeur Actualité, 2001

IONESCO, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, thèse Strasbourg, 1927.

-L-

LAGARDE (X.), Réflexion critique sur le droit de la preuve, Paris I, *LGDJ*, 1994

LAGNEAU (C.), De l'expertise à base scientifique comme moyen de preuve en procédure pénale, Paris, *Domat-Montchrestien*, 1934

LAURENT (J.-C.), L'apparence dans le problème des qualifications juridiques, thèse Caen, 1931.

LAURENT (N.), La notion de suspect en matière pénale, thèse Lyon, 2001.

LE DREVO (D.), La vraisemblance en matière pénale, thèse Aix-en-Provence 2017

LEGEAIS (R.), Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations, *LGDJ*, 1955.

LESPARRE (J.), Le consentement du délinquant, thèse Bordeaux, 1994

LETURMY (L.), La recherche de la vérité et le droit pénal, Poitiers, 1995

-M-

MANOUTCHEBER (S.), L'aveu obtenu par les moyens scientifiques, Paris 1, 1972

MATSOPOULOU (H.), Les enquêtes de police, *LGDJ*, 1996.

MAYAUD (Y.), Le mensonge en droit pénal, Lyon, éd. *L'Hermès*, 1979.

MERLE (Ph.), Les présomptions légales en droit pénal, *LGDJ*, 1970.

MICHAUD (J.), Les empreintes génétiques : entre science, éthique et droit, *La documentation française*, 2001

MILL (J.-S.), Systèmes de logique déductive et inductive, éd. *Mardaga*, coll. « Philosophie et langage », 1988.

-N-

NAGOUAS-GUERIN (M.-C.), Le doute en matière pénale, *Dalloz*, 2002.

NIYUNGEKO (G.), La preuve devant les juridictions internationales, Université de Bruxelles, 1998.

-O-

OCQUETEAU (F.), PEREZ-DIAZ (C.), L'évolution des attitudes des français sur la justice pénale, Rapport intérimaire, Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions pénales, 1988

-P-

PASCHOUD (A.), L'expertise psychiatrique au pénal : à propos de la compréhension subjective de l'expertise par rapport à la notion d'imputabilité, Tours, 1990

PELLET (A.), DE FROUVILLE (O.), Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives, rapport final, Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN), 2005

PIN (X.), Le consentement en matière pénale, *LGDJ*, 2002.

PRADEL (J.) :

- Les rôles respectifs du juge et des techniciens dans l'administration de la preuve en matière pénale, Publications de la Faculté de droit de Poitiers, tome VI, 1976.67
- L'instruction préparatoire, *Cujas*, 1990.

-Q-

QUETAND-FINET (C.), Les présomptions en droit privé, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, *IRJS*, 2013.

-R-

RACHED (A.), De l'intime conviction du juge, Paris, 1942

ROUSSEL (G.), Mise en œuvre de la suspicion et procès pénal équitable, Thèse Nantes, 2007.

-T-

TONGLET (A.), La présomption d'innocence et les présomptions en droit pénal, thèse Paris XIII, 1999.

TOURNIER (C.), L'intime conviction du juge, *PUAM*, 2003.

-V-

VAISSIERE (A.), L'expertise judiciaire en matière pénale : problématiques et prospectives, Montpellier, 2005

VALETTE (V.), La personne mise en cause en matière pénale, *Presses universitaires de Clermont-Ferrand*, 2002

IV – Chroniques et articles de doctrine

-A-

ABOUCAYA (E.), « De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives », *AJ pénal* 2006, p. 70

ACCOMANDO (G.), GUERY (Ch.), « La sonorisation : un mode légal de preuve ? », *D*. 2002, p. 2001

ADER (B.), « Le secret de l'instruction et la presse : où en est-on ? », *Légipresse* juill.-Août 2001, II, 87 p. 90

ADER (H.), « Avant-propos », *in* Le doute et le droit, Actes du colloque, 12 août 1991, organisé par l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, Paris, 1994, *Dalloz*, p. 3.

AKORRI (S.), DAOUD (E.), « Fichiers d'antécédents judiciaires et atteinte à la vie privée : de l'inconstitutionnalité des fichiers STIC et JUDEX ? », *AJ pénal* 2014, p. 174

AIDER (K.), « Les tours et détours du détecteur de mensonges », *La Recherche*, sept. 2002, p. 62

ALIX (J.) :

- « Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue : état des lieux et perspectives », *D*. 2011, p. 1699
- « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014. 849
- « Politique criminelle : les ultimes leçons d'un Conseil constitutionnel », *RSC* 2016. 163
- « La qualification terroriste après l'arrêt du 10 janvier 2017 », *AJ pénal* 2017. 79
- « La prévention pénale du terrorisme devant le Conseil constitutionnel », déc. Cons const. 10 fév. 2017, *AJ pénal* 2017. 237

ALIX (J.), CAHN (O), « Mutations de l'antiterrorisme et émergence d'un droit répressif de la sécurité nationale », *RSC* 2017. 845

ALLAIN (E.),

- « Fichiers d'antécédents : un rapport préoccupant », *AJ Pénal* 2007, p. 370

- « Le rapport de la mission de Beaume sur l'enquête pénale », *AJ pénal*, 2014, p. 332.
- « Rapport Beaume : l'enquête du 21ème siècle ? », *D.* Actu., 11 juill. 2014.
- « Le traitement en temps réel et les bureaux d'enquête : un rapport sans concession », *AJ pénal* 2014. 444
- « L'humain derrière le juridique », *AJ Pénal* 2014, p. 97

ALLINE (J.-P.), « Les propositions du comité Léger au prisme de l'histoire : inquisitoire et accusatoire dans la tradition française », *Champ pénal* 2010, vol. 7

ALT-MAES (F.), « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *RSC* 2002. 501

AMBROISE-CASTEROT (C.) :

- « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », *in* Mélanges Pierre Julien, La justice civile au vingt et unième siècle, *Edilaix* 2003, p. 9.
- « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal* 2005, 261
- « Le consentement en procédure pénale », *in* Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'abus du troisième millénaire, éd. *Cujas* 2006, p. 30.
- « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », *in* Mélanges J.-F. Burgelin, « Principes de justice », *Dalloz* 2008 p. 19
- « Les empreintes génétiques en procédure pénale », *in* Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le Droit, *Dalloz* 2007, p. 19.

AMMAR (D.), « Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD Civ*. 1993, p. 501.

ANCEL (M.), « Réflexion sur le rôle de l'expertise dans l'évolution de la procédure pénale moderne », *Revue pénal suisse* 1981, p. 133

ANDREI (J.), « Sans armes, citoyens ! », *AJ pénal* 2016. 417

ANZANI (M.), « Les rapports entre le juge d'instruction et la presse » *in* « Justice pénale, police et presse », travaux de l'Institut de sciences criminelles de Potiers, 1988-7, *Cujas*, p. 51

ARMAND-PREVOST (M.), CASTON (A.), DANA (A.), DUPREY (D.), FLAUGNATTI (R.), RAMBAUD (J.- F.), RAUSCH (F.), « Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale », Etude n° 5, *Gaz. Pal*. 2004, n° 226, p. 27

ARRIGHI (C.), « L'extension des pouvoirs propres du président de la chambre d'accusation par la loi du 4 janv. 1993 et celle du 24 août 1993 », *RSC* 1995, p. 271.

ASCENSI (L.) :

- « Sanction de l'absence d'enregistrement audio-visuel de l'interrogatoire de première comparution », *AJ Pénal* 2010, p. 294
- « Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l'assistance d'un avocat », *AJ Pénal* 2011, p. 371

ATIAS (Ch.), « De plein droit », *D.* 2013, p. 2183.

AUBERT (L.), **MARY (P.)**, « La fabrique de la récidive », *RSC* 2014. 435

-B-

BACHELET (O.), « Garde à vue : la persistance de l'aveu », *Gaz. Pal.* 2012, n° 24, p. 7

BADINTER (R.) :

- « La présomption d'innocence, histoire et modernité » *in* Etudes offertes à P. CATALA, « Le Droit privé français à la fin du XXème siècle », *Litec* 2001, p. 133
- « La protection de la vie privée contre l'écoute électronique clandestine », *JCP*, 1971.1.2435

BAILLY (E.), **DAOUD (E.)**, « Cybercriminalité et réseaux sociaux : la réponse pénale », *AJ pénal* 2012. 252

BARBIER (H.), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD Civ*. 2016, p. 247.

BARLOGIS (C.), « Le procureur et le difficile choix des formations d'enquête », *AJ pénal* 2016. 570

BATHO (D.), BENISTI (J.- A.), « Rapport d'information sur les fichiers de police », enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 Mars 2009, n° 1548

BAUER (A.), « Fichiers de police et de gendarmerie utilisés à des fins administratives : un meilleur contrôle pour une plus grande efficacité », *AJ pénal* 2007, p. 70

BAUER (A.), SMILLEZ (C.), VENTRE (A.- M.), « Mieux contrôler les fichiers de police pour protéger les libertés », Rapport au ministre de l'intérieur, *La documentation française*, 2009

BAUER (A.), SOULLEZ (C.), « Fichiers de police et de gendarmerie, comment améliorer leur contrôle et leur gestion ? », rapp. au min. Intérieur : Doc. fr., 2007, p. 27

BEAUVAIS (P.) :

- « Chronique de droit pénal de l'Union européenne- Nouvelle harmonisation des droits de l'accusé dans la procédure pénale », *RTDE*, 2012, p. 881.
- « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75

BEAUSSONIE (G.), « Le droit pénal écarté de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017. 777

BEERNAERT (M.-A.), « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 69, p. 81

BEGRANGER (G.), « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ pénal* 2014, p. 176

BELLON (L.), GUERY (C.), « Juges et psy : la confusion des langues », *RSC* 1999, p. 783

BENABENT (A.), « Observations finales », *in* La preuve : regards croisés, sous la dir. de M. Mekki, L. Cadiet, C. Grimaldi, 2015, *Dalloz*, p. 280.

BERNAND (Y.), « Quelle approche par le juge des enfants du phénomène de "radicalisation" ? », *Gaz. Pal.*, 26 juillet2016, n° 28.

BERTHELET (P.), « Aperçus de la lutte contre la cybercriminalité dans l'Union européenne », *RSC* 2018. 59

BESSON (A.), « Des règles de l'expertise élaborées par le Code de procédure pénale », *D*., 1960, chron. 52

BIANCHI (V.), « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ Pénal* 2007 p. 420

BILLAUD (A.) :

- « Le rapport d'expertise pénale doit devenir contradictoire », *Gaz. Pal.* 1998, n° 296, p. 64
- « Quel contrôle du JLD sur les enquêtes ? », *AJ Pénal* 2004 p. 233

BLANC (A.), La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction, *AJ pénal* 2005, p. 271

BLOCH (E.), « Le refus de se soumettre au prélèvement sanguin », *JCP*, 1961, I, p. 1622 bis.

BLONDET (M.) :

- « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP* 1958, I, 1419
- « La légalité de l'enquête officieuse », *JCP* 1959, I, 1513

BOLLE (P.-H.), « Origine et destin d'une institution menacée, la présomption d'innocence » *in* Mélanges offerts à J. Pradel, « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », éditions *Cujas* 2006 p. 43

BONFILS (P.) :

- « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D*. 2005, p. 122.
- « L'autonomie du juge pénal » *in* Mélanges offerts à B. Bouloc, *Dalloz.* 2006, p. 47

- « Faut-il changer notre procédure pénale ? », *D*. 2010, p. 158

BONNIEU (M.), « Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire », *RPDP*. 2000, n° 2, p. 202

BOTTINI (F.), « À quand une question prioritaire de constitutionnalité sur le cadre législatif des fichiers de police ? », *JCP A* n° 18, 2 Mai 2011, p. 2176

BOTTON (A.), « Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté », *D*. 2014, p. 431

BOULAN (F.) :

- « Secret de l'enquête et de l'instruction » *in* Mélanges P. Kayser, *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 1979, tome I, p. 127
- « La réforme de l'instruction, Droit pénal contemporain » *in* Mélanges en l'honneur d'André Vitu, 1987, *Cujas*, p. 52

BOULOC (B.) :

- « Les délais de la garde à vue et de ma détention provisoire en France au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RSC*, 1989, p. 69.
- « Les abus en matière de procédure pénale », *RSC*, 1991, p. 211.
- « Réforme de la réforme de la procédure pénale (loi du 24 août 1993, JO 25 août 1993, p. 11991) relative aux enquêtes judiciaires, à la mise en examen, à la détention provisoire et au régime des nullités de l'information », *RSC*. 1995, p. 611.
- « Le droit au silence » *in* « le droit au silence et la détermination provisoire », actes de la journée d'étude du 19 septembre 1996, *Nemesis, Bruyant*, 1997, p. 38
- « Procédure pénale : la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection D de la présomption d'innocence et les droits des victimes », *RSC*, 2001, p. 193.

BOURE (Ph.), « Internet et la lutte contre la cybercriminalité », *Gaz. Pal*., 23 janv. 2003, p. 62

BOURRIER (C.), ROQUES (A.), « L'influence de l'expert psychiatre sur l'intime conviction du juge : une atteinte aux règles du procès équitable ? », *Gaz. Pal.* 2003, p. 2796

BOUTONNET (M.), **NEYRET (L.)**, « La consécration du concept d'obligation environnementale », *D*. 2014. 1335

BOUZAT (P.) :

- « Les procédés modernes d'investigation et les droits de la défense », *RSC* 1958, n° 2, p. 3
- « La loyauté dans la recherche des preuves » *in* Mélanges L. Hugueney, *Sirey*, 1964, p. 155

BOYER (J.) :

- « Interconnexion et fichiers policiers. Deux débats de notre temps », *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 34,1998, p. 135
- « Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles : quel ordre juridictionnel ? », *LPA,* 22 mai 2003, p. 4

BRIGANT (J.-M.), « Quand le droit pénal ajourne la nuit », *RSC*, 2005, p. 819.

BRUGGEMAN (M.) :

- « Fichier Edvige : vers un apaisement de la polémique ? », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2008, alerte 83
- « Appréciation critique du fichier STIC », *Dr. fam*. n° 2, fév. 2009, alerte 17
- « Fichiers de police : le retour d'Edvige ? », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2009, alerte 77
- « Fichiers de police : nouvelle réforme en perspective... », *Dr. fam.* n° 10, oct. 2010, alerte 66

BUISSON (J.) :

- « La preuve pénale est libre », *Procédures* 1999, n° 11, p. 14
- « Pouvoir implicitement accordé par le législateur : la vérification de l'état alcoolique comporte pouvoir de rétention », *RSC*, 2007, p. 587.
- « Une perquisition implique la recherche d'indices dans un lieu clos », *Procédures* 2008, n° 7, p. 25
- « Fichiers d'analyse sérielle », *Procédures*, n° 7, 2012, comm. 234.
- « Traitement d'antécédents judiciaires », *Procédures*, n° 3, 2014, comm. 91.

BRARD (J.), « Quel crédit accorder aux détecteurs de mensonges ? », *La Recherche,* n° 403, p. 79

BYK (C.) :

- « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social », *RDSS* 2012, p. 800
- « Neurosciences et administration de la preuve pénale devant les juridictions des États-Unis », *Médecine et droit*, 2010.10.004

-C-

CAHN (O), « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ pénal* 2016. 408

CAHN (O.), LEBLOIS-HAPPE (J.), « Loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme : *perseverare diabolicum* », *AJ pénal* 2017

CAIRE (A.-Bl.), « Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil », *RTD Civ*. 2015, p. 311.

CAMOUS (E.), COTELLE (G.), « La mise en état patrimoniale des affaires pénales », *Dr. pénal* n° 6, juin 2013, étude 12

CANIVET (G.) :

- « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste » *in* « De l'injuste au juste », *Dalloz*. 1997, p. 101
- « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD Civ*. 2005, p. 33

CAPPELLO (A.), « L'impact de la QPC sur le droit pénal substantiel », *AJ pénal* 2018. 388

CAREL, « Les modes de preuve au XX^{e} siècle », *Gaz. Pal*, 6 mars 1957, p. 32

CARLOTTI (M.-P.), NOGUER (M.), « Les modalités de traitement de l'empreinte génétique par la Gendarmerie Nationale, in Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *La Documentation française*, 1998, p. 93 s.

CASANOVA (J.-C.), « la séparation du procureur et du juge », *Le monde* 27 avr. 2006

CASILE-HUGUES (G.), « Expertise et instruction. Nouvelles orientations après la loi du 5 Mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *RPDP* 2007, n° 4, p. 803

CASSUTO (T.), « Dernières directives relatives aux droits procéduraux », *AJ pénal*, 2016, p. 314.

CATALA (P.), « Le juge et l'ordinateur » *in* Mélanges R. Perrot, « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? », *Dalloz*, 1996, p. 19

CATELAN (N.), **PERRIER (J.-B.)**, « L'entreprise individuelle terroriste et les axiomes du Conseil constitutionnel », *D*. 2017. 1180

CAZENEUVE (J.), « La cybercriminalité : l'émergence d'un nouveau risque », *AJ pénal* 2012. 268

CECCALDI (S.), « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », *RSC*, 2010, p. 587.

CÉRÉ (J.-P.), « Excès de vitesse : force probante des indications fournies par le compteur d'un véhicule de gendarmerie », *D*. 2000, chron. 374

CHAMBEL (B.), FILIBERTI (E.), CLERC (M.), « Nous volons que le principe du contradictoire soit respecté dès l'enquête préliminaire », *LPA* 2003, n° 59

CHAPLEAU (B.), « L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014 », *D.* 2014, p. 1506.

CHARBONNEAU (C.) ET PANSIER (F.-J.), « Présentation de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : de la LSQ à la LSI », *Gaz. Pal.* 27 mars 2003, n° 86, p. 2.

CHARIOT (P.), « L'intervention du médecin en garde à vue », *AJ pénal* 2004, p. 279

CHAVENT-LECLERE (A-S.) :

- « L'évolution du cadre de l'enquête », *Procédures* 2011, n° 12, p. 23

- « L'évolution des statuts en cours d'instruction », *Procédures* 2011, n° 12, p. 24
- « La France condamnée pour violation de la vie privée du fait de la conservation des empreintes digitales d'un mis en cause », *Procédures* 2013, n° 6, comm. 197
- « Des évolutions en cours à la révolution attendue en procédure pénale ? », *Procédures*, janv. 2015, dossier 6.

CHARABIDZE (D.), BOUREL (B.), « Entomologie médico-légale : les insectes au service de la justice », *Insectes*, 2007, n°147 p. 29

CHARLENT (F.), « Conditions de détention : un nouvel assouplissement ? », Cour européenne des droits de l'homme 3 mai 2018, *AJ pénal* 2018. 379

CHEVALLIER (J.-Y.), « Rapport de synthèse pour les pays d'Europe continentale », *in* « La preuve en procédure pénale comparée », Revue internationale de droit pénal, 1992-1, p. 43.

CHARIOT (P.), « Age osseux : données médicales récentes, réponses à finalité juridique », *AJ Pénal* 2008 p. 128

CHARPENEL (Y.), « Prospective et police judiciaire : l'exemple de la preuve pénale », *Rev. gend. nat*., n° 4, 2003, p. 96

CHAUVAUD (F.), « Le sacre de la preuve indiciale. De la preuve orale à la preuve scientifique » *in* « La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours », B. Lesmesle (sous la dir. de), *Presses Universitaires de Rennes* coll. Histoire, 2003, p. 221

CHAVANNE (A.), « Les résultats de l'audio surveillance comme preuve pénale », *RIDC* n°38 II, avr.-juin 1986

CHEVALLIER (J.), « Contractualisation(s) et action publique », *RFDA* 2018. 209

CHOPIN (F.), « Les politiques publiques de lutte contre la cybercriminalité », *AJ pénal* 2009. 101

CIMAMONTI (S.) :

- « La justice pénale à l'épreuve de la transparence », *in D.* CUSTOS (dir.), La transparence, un principe de gouvernance, *Bruylant*, 2014, pp. 187-201.
- « Le profilage à l'épreuve du procès », *RPDP* 2015, p. 446, n° 7.

CLAUDE (O.), « Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public », *AJ pénal* 2018. 30

CLEMENT (G.), « Le secret de la preuve pénale » *in* Mélanges B. Bouloc, *Dalloz*, 2006, p. 183

CLEMENT (S.) :

- « Terra incongnita : la pratique des auditions et interrogatoires », *Rev. gend. nat*., n° 4, 2003, p. 90
- « Songe d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », *RICPTS* 2004, p. 55

COCHE (A.) :

- « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011
- « Rendre effective la présomption d'innocence : l'obsession de l'avocat, le devoir du juge », *AJ pénal* 2016. 122
- « La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, Etude de droit français, *RSC* 2006. 216

COIFFAIT (P.-E.), « Vérité scientifique et justice pénale, Science et devenir de l'homme », *Les cahiers du M.U.R.S*, 2006, p. 65

COIGNAC (A.), « Contrôle d'identité : la réforme nécessaire », *D.* actu., 10 avr. 2015.

COLLET-ASKRI (L.), « La chambre criminelle de la Cour de Cassation valide le testing comme mode de preuve, serait-il déloyal », *D*. 2003, p. 1309

COLSON (R.), FIELD (S.), « La fabrique des procédures pénales », *RSC* 2010. 365

COMMARET (D.), « Les métamorphoses de la preuve », *RPDP* 2003, n° 4, p. 735

CONTE (Ph.) :

- « Un aspect de l'apparence vraisemblance au stade policier de la procédure pénale », *RSC*, 1985.
- « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *in* Mélanges Chavanne, 1990, *Litec*, p. 49.

- « Pour en finir avec une présentation caricaturale de la présomption d'innocence », *Gaz. Pal.*, 1995, p. 22.
- « 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 ? », *Dr. pén*. 2009, étude 8
- « Les propositions du pré-rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Dr. pén.* 2009, n° 6, étude 11
- « L'action pénale » en lévitation (aperçu de l'avant-projet de Code de procédure pénale), *D*. 2010, p. 774

CONTE (Ph.), LENNON (J-L.), « L'arrestation du délinquant sur le fondement de l'article 73 du code de procédure pénale », *D.* 2005, p. 2920.

CORNU (G.), « Rapport de synthèse », *in* La vérité et le droit, Actes de conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, Paris, 1989, éd. Association Henri Capitant, *Economica*, pp. 6 et 7.

COSTA (J.-L.), « Les problèmes de droit pénal soulevés par les progrès scientifiques et techniques », *RSC* 1972, p. 553

CROCQ (J.-C.), « Le pouvoir de transaction et de sanction du procureur de la République : le chaînon manquant » *RSC* 2015. 595

-D-

DALLEST (J.), « Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité », *AJ pénal* 2018. 298

DANJAUME (G.), « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D*. 1996, chron. p. 155

DANET (J.) :

- Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité, *Arch. Po. Crim* 2003, vol. 25, p. 37
- « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ pénal* 2005, p. 133.
- « La CRPC : du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s)

modèle(s) ? », *AJ pénal* 2005. 433

- « Le fou et sa dangerosité, un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, p. 779.
- « Le nouvel article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires ? », *AJ pénal* 2011. 331
- « Principe de loyauté des preuves et sonorisation des cellules de garde à vue », *RSC* 2014, p. 130

DANET (J.), BRIZAIS (R.), LORVELLEC (S.), « La célérité de la réponse pénale », *AJ pénal* 2013. 576

DAOUD (E.), GHRENASSIA (C.), « L'expertise à l'épreuve de la contradiction : *errare expertum est »*, *AJ Pénal* 2011, p. 560

DARMON (P.), « Le criminel né existe-t-il ? », *L'histoire*, n° 168, juill.- août 1993, p. 92

DARSONVILLE (A.), « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ pénal* 2017. 532

DECHEPY-TELLIER (J.), « La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ? », *RSC* 2017. 677

DECIMA (O.) :

- « Légitime réforme ? », *D.* 2016, p. 2527.
- « C'est grave ? », *D*. 2016. 2442
- « Terreur et métamorphose. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016, p. 1826.
- « Du piratage informatique aux perquisitions et saisies numériques ? », *AJ pénal* 2017. 315
- « De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes », *D*. 2018. 103

DEFFERRARD (F.) :

- « Le crime et le soupçon, réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale », *D.* 2001, p. 2692.

- « La suspicion légitime contre les violences au sein des couples. Ou le nouveau référé protection », *Droit pénal*, n° 11, nov. 2010, étude 27.

DELAGE (P.-J.), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007. 797

DE LAMY (B.) :

- « De la loyauté en procédure pénale » *in* Mélanges J. Pradel, « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », éditions *Cujas* 2006 p. 97
- « La procédure pénale : exception, modulation, et variations constitutionnelles », *RSC* 2013. 441
- « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *RSC* 2016. 399

DELFORGE (B.), « Preuve électronique et sécurité des échanges dans les systèmes informatiques » *in* « Le droit des preuves au défi de la modernité », *La documentation française*, 2000

DELMAS MARTY (M.) :

- « La preuve pénale », Droits, *Revue française de la théorie juridique*, 1966, n° 23, pp. 53-65.
- « Le droit au silence en procédure pénale » *in* Mélanges J. Teneur, Université de droit et de la santé de Lille, 1977, p. 273
- « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007. 461

DELMAS-MARTY (M.), COSTE (J.F.), « L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », *in* Lire le droit. Langue, texte, cognition, sous la dir. de D. Bourcier, P. Mackay, *LGDJ*, Paris, 1992, p. 117.

DEMARCHI (J.-R.), « La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable », *D*. 2007, p. 2012

DENIER (J.-L.), « Biométrie : quand la technologie doit apprendre à reconnaître l'empreinte du Droit », *Semaine sociale Lamy*, 17 mai 2004, n° 169, p. 7

DE MONTECLER (M.-C.), « Les assignations à résidence conforme à la Constitution », *D.* actu. 24 décembre 2015.

DEPAULE (L.), « Examens et expertise en matière d'identité judiciaire », *JCP* 1959, I, 1508

DEPREZ (F.) :

- « De la garde à vue du mineur de seize ans dans le cadre de l'enquête pour criminalité organisée », *D*. 2007. 2679
- « L'identité dans l'espace public : du contrôle à l'identification », *APC* 2010, p. 45.
- « L'illustration d'une insuffisance législative à propos des alternatives aux poursuites », *D*. 2011. 2379

DESFORGES (Y.), « L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défit scientifiques », *AJ pénal* 2014, p. 56.

DESGENS-PASANAU (G.), « À propos de la proposition de loi visant à mieux garantir le droit à la vie privée à l'heure du numérique », *C.C.E.* n° 7, juill. 2010, alerte 71

DETRAZ (S.) :

- « La prétendue présomption d'innocence », *Dr. pén*. 2004, chron. n° 3
- « Renforcement de l'efficacité des saisies et confiscations », *JCP* 2010, p. 815
- « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *D.* 2014, p. 264
- « Les nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l'intimité sexuelle : faire compliqué quand on peut faire simple », *RSC* 2016. 741

DINTILHAC (J.-P.), « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », rapport annuel de la Cour de Cassation 2003, 2e partie

DOLL (P.-J.) :

- « L'audition de la partie civile, de l'inculpé et des « sachants » par les experts », *D*., 1963, chron. 233
- « De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une

information judiciaire », *D.*, 1965, chron. 125

- « De la responsabilité des experts judiciaires », *D.*, 1966, chron. 47
- « L'interrogatoire de l'inculpé par les experts », *Gaz. Pal.*, 1972.2, doct. p. 439
- « La communication par le magistrat instructeur du rapport d'expertise aux parties », *Gaz. Pal*. 1973, 2, doctr. p. 578

DOLT (J.-Ph.), « L'appréciation des preuves par les jurés pour la formation de leur conviction intime : mythe ou réalité », *RDPC* 1995, p. 203

DONNEDIEU DE VABRES (H.), « La justice pénale et l'emploi du penthotal », *R.I.D.P*, 1949.2

DREYER (E.), « Pourquoi motiver les peines ? », *D*. 2018. 576

DUBOIS (J.-P.), « Contre le fichier Edvirsp et le règne du soupçon ?, Regards sur l'actualité », mars 2009, n° 349, *La documentation Française*

DUBOIS (C.), BOUCHET (M.), « Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond », *D*. 2018. 1268

DULONG (R.), « La rationalité spécifique de la police technique », *RI crim. et pol. techn*., Vol. 57, n° 3, p. 259

DUPIC (E.), « La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, Perben III de la procédure pénale française ? », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, n° 22.

-E-

EDELMAN (B.), « Le droit, les « vraies » sciences et les « fausses » sciences, in Archives de philosophie du droit », Tome 36, Droit et science, *Sirey* 1991, p. 55

ESCHYLLE (J.-F.), « L'interprète en matière pénale », *RSC* 1992, 259

-F-

FABBRI (A.), GUERY (C.), « La vérité dans le procès ou l'air du catalogue », *RSC* 2009, p. 343

FAGGION (L.) :

- « La preuve testimoniale à l'époque moderne » *in* « Quête de soi, quête de vérité », *Publication Universitaire de Provence*, 2007, p. 17
- « L'aveu en justice à l'époque moderne » *in* « Quête de soi, quête de vérité », *Publication Universitaire de Provence*, 2007, p. 83

FARTHOUAT (R.), « La présomption d'innocence », *Justice*, n° 10, p. 54.

FIECHTER-BOULVARD (F.), « La dangerosité : encore et toujours... », *AJ pénal* 2012. 67

FERAL-SCHUHL (C.), « La collecte de la preuve numérique en matière pénale », *AJ Pénal* 2009, p. 115

FINKELSTEIN (M. O.) et FAIRLEY (W. B.), « *A Baysesian approach to identification evidence* », Harvard Law Review, vol. 83, 1970, p. 489.

FLAESCH (C.), « Le doute du policier », *in* Le doute et le droit, Actes du colloque, 12 août 1991, organisé par l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Dalloz*, 1994.

FLAUSS (J.-F.), « Ecoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg », *RFDA* 1991, p. 89

FOMBONNE (J.), « Les difficultés juridiques dans la définition de l'expertise pénale », *Gaz. Pal.* 1995, doctr., p. 196

FORTIER (V.), « La fonction normative des notions floues », *RRJ* 1991, p. 756.

FORTIS (E.), « La définition des incriminations », *RSC* 2012, p. 131.

FOSSAERT-SABATIER (A.), « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue », *Droit pénal*, n° 4, avr. 1997, p. 4.

FOSSARD (S.), « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC*, 1998, p. 703.

FOURMENT (F.) :

- « Audition libre du contrevenant ou garde à l'ouïe ? », *Gaz. Pal*. 23 juill. 2013, n° 204,

p. 40

- « Notification incomplète des droits à un gardé à vue », *Gaz. Pal.* 2015, n° 233, p. 33.
- « Palpation de sécurité : la sacoche, ce n'est pas toujours dans la poche », *Gaz. Pal.*, 19 juill. 2016, n° 27.

FRANCILLION (J.) :

- « Médias et droit pénal. Bilan et perspectives », *RSC* 2000, p. 59
- « Téléchargement illégal. Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, censurant partiellement la loi du 12 juin 2009, JO n°135 du 13 juin 2009 », *RSC* 2009, p. 609.

FRANCOIS (G.), « L'expertise biomédicale en droit pénal de la santé », *RDSS* Hors-Série 2008, p. 66

FUCINI (S.),

- « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », *D.* actu., 14 juin 2016.
- « Nullités : grief présumé ou grief à prouver », *D.* actu 7 décembre 2016.
- « Ce que prévoit la loi "Sécurité publique" adopté par le Sénat », *D.* actu. 31 janv. 2017.

-G-

GALLARDO (E.) :

- « La qualification pénale des faits », *RSC* 2013. 986
- « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC* 2017. 713

GALLI (M.), « Une justice pénale propre aux personnes morales », *RSC* 2018. 359

GALLOIS (A.), « Quelle place pour le principe de précaution dans le droit de la responsabilité pénale ? », *RDSS* 2013, p. 801.

GALLOUX (J.-C.), « L'empreinte génétique et la preuve parfaite », *JCP*, 1991.1.3497

GAMBIER (T.), « La défense des droits de la personne dans la recherche des preuves en procédure pénale française », *Dr. pén*. 1992, chron. 66, n° 13

GAS (T.), « Le statut du Parquet en République fédérale d'Allemagne », *Archives de politique criminelle*, 2004/1 n° 26, p. 189

GAUDEMET (Y.) :

- Le rapport sur la réforme de la procédure pénale, *Gaz. Pal*., 14-18 mai 2010, p. 6
- Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, *JCP* 2010, I, 553

GAUTRON (V.) :

- « La fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *AJ pénal* 2007. 205
- « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ pénal* 2007, p. 57
- « Fichiers de police : concilier sécurité et liberté », *AJ pénal*, 2007 p. 57
- « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté », *AJ pénal* 2010, p. 266

GELY-NERGEOT (M.-C.), « La preuve en psychologie ou lorsque le subjectif devient objectivité In Le droit des preuves au défi de la modernité », *La documentation française*, 2000

GENIAUT (B.), « La force normative des standards juridiques. Éléments pour une approche pragmatique. », *in* La force normative, naissance d'un concept, sous la direction de C. THIBIEGE et ALII, Paris, 2009, *LGDJ*, p. 183.

GIL (F.), « Du droit à la théodicée : Leibniz et la charge de la preuve dans les controverses », *in* Philosophie et épistémologie juridiques, Revue de synthèse, 118-119, Paris, 1985, *Albain Michel*, p. 162.

GIRAULT (C.) :

- « Le droit pénal à l'épreuve de l'organisation criminelle », *RSC* 1998. 715
- « Une nouvelle présomption de grief en matière de garde à vue », *AJ pénal* 2010,

p. 37.

- « Identification et identité génétiques », *AJ Pénal* 2010, p. 224
- « Quand la loyauté dicte sa loi ! », *AJ pénal* 2015. 362

GIUDICELLI (A.) :

- « Le Conseil constitutionnel et la garde à vue : « puisque ces mystères nous dépassent, feignons d'en être l'organisateur », *RSC* 2011. 139
- « Domaine d'application des procédures accélérées de saisine du tribunal correctionnel : l'exclusion des délits politiques », *RSC* 2017. 577

GIUDICELLI (C.), « Le juge d'instruction évoluera ou disparaîtra », *AJ Pénal* 2009 p. 68

GIUDICELLI-DELAGE (G.) :

- « La juste distance... Réflexions autour de mauvaises questions. A propos de la réforme de l'instruction et de la procédure pénale française » *in* Mélanges B. Bouloc, *Dalloz*, 2006, p. 389
- « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010. 69

GIUDICELLI-DELAGE (G.), MATSOPOULOU (H.), « Les transformations de l'administration de la preuve pénale – Perspectives Comparées », *Arch. pol. crim*. 2004, n° 26, p. 139

GIQUEL (F.), « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? », *AJ Pénal* 2007 p. 69

GODE (O.), « Le mensonge dans le procès civil », *in* Mélanges offerts à A. Weill, *Dalloz-Litec*, 1983, p. 259.

GOETZ (D.) :

- « Principales mesures de la loi "Sécurité publique" », *D.* actu. 7 mars 2017.
- « Garde à vue : contrôle des exigences de l'article 62-2 du code de procédure pénale », *Dalloz actualité,* 30 juin 2017

GOGORZA (A.) :

- « L'interrogatoire au stade policier. À propos d'un concept oublié », *Dr. pénal* 2015. Étude 16
- « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière », *RSC* 2017. 247

GORPHE (F.) :

- « La valeur probante des indices », *RSC* 1937, p. 418
- « Variétés et difficultés dans l'appréciation des indices », *RSC* 1938, p. 215

GOUYETTE (J.), « L'instruction préparatoire entre présomptions et charges », *Gaz. Pal.* 2010, n° 320, p. 18

GOZZI (M.-H.), « L'état d'urgence, une nouvelle norme ? », *D.* 2016, p. 2112.

GRAVEN (J.), « Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal », *RSC* 1950, p. 313

GRECOURT (G.), « Contrôles d'identités : les changements issus du nouvel art 78-2-2 du Code de procédure pénale », *Gaz. Pal.*, 26 juill. 2016, n° 28.

GROS (F.), « Lire, voir, entendre - De l'aveu au risque : itinéraire de la justice pénale », *Les cahiers de la justice* 2013. 183

GRUNVALD (S.), « Casier judiciaire et effacement des sanctions : quelle mémoire pour la justice pénale ? », *AJP* 2007, p. 416

GUAY (J.-P.), CUSSON (M.), « Comment estimer le risque qu'un délinquant commette de nouveaux délits ? », *in* Traité intérieure, sous la dir. de. M. Cusson, B. Dupont et F. Lemieux, Cahiers du Québec, 2007, p. 178.

GUERRIN (M.), « Les changements opérés par la loi relative à la présomption d'innocence sur les nullités de procédure dans la phase préalable au jugement pénale », *RSC*, 2000, p. 753.

GUERY (Ch.) :

- « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire », *JCP* G 1998, I,

p. 140.

- « La mise en examen par le juge d'instruction après l'entrée en vigueur de loi du 15 juin 2000 », *JCP*, 2001, I, p. 359.
- « Le juge d'instruction et le voleur de pommes. Pour une réforme de la constitution de partie civile », *D*. 2003. Chron. 1575
- « L'avenir du suspect », *AJ pénal*, 2005, p. 232.
- « Détention provisoire et culpabilité », *D.* 2006, p. 1556.
- « J'instruisais, tu instruisais... Nous instruisons », *AJ pénal*, 2006, p. 340
- « De l'art de naviguer à vue : la saisine du juge d'instruction et le trafic de stupéfiants », *Dr. Pénal* 2008, étude 6
- « Du cap à la péninsule, Les pouvoirs de requalification du juge pénal », *Dr. pénal* 2012. Étude 7-8
- « L'avenir du suspect » (suite), *AJ pénal*, 2013, p. 459.

GUINCHARD (S.) :

- « Les procès hors les murs » *in* Mélanges Cornu, *PUF*, 1994, p. 201
- « La justice, bien de consommation courante » *in* Mélanges J. Calais-Auloy, *Litec*, 2003, p. 461

GUIOMARD (P.), « Les nouveautés de la réforme du droit des obligations », *D.* actu., 15 février 2016

-H-

HABOUZIT (F.), « L'usage de la notion de radicalisation dans le champ pénitentiaire », *RSC* 2017. 587

HEBRARD (J.) :

- L'apport de la science dans la preuve pénale, Bulletin de l'Académie Lorraine des Sciences 2005, 44, *impression Vagner graphic*
- Réforme de la garde à vue : qu'attendre réellement de la police technique et scientifique ?, *Gaz. Pal.* 2012, n° 80, p. 19

HEBRAUD (P.), « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 381

HEILMANN (E.), « Le désordre assisté par ordinateur, l'informatisation des fichiers de police en France », *Les cahiers de la sécurité*, n°56, p. 145

HENNEQUIN (S.), « Quid de la captation des données informatiques ? », *D*. 2011, p. 1358

HENNION-JACQUET (P.) :

- L'encadrement relatif de la liberté de la preuve par la Convention européenne des droits de l'homme, *D*. 2005, p. 2575
- L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français, *D*. 2010, p. 1390

HERRAN (T.), « Le contrôle des perquisitions administratives à l'occasion des procédures judiciaires incidentes à l'état d'urgence », *Gaz. Pal.* 2016, n° 27, p. 75.

HERVE (N.), « La magistrature face au management judiciaire », *RSC* 2015. 49

HERZOG-EVANS, (M.) :

- « Fouilles corporelles et dignité de l'homme », *RSC*., l998, 735
- « Garde à vue : de l'interprétation souveraine des juges du fond à l'interprétation exclusive des officiers de police judiciaire », *AJ pénal* 2005. 409
- « Effacement des condamnations : peut-on encore parler de droit à l'oubli ? », *Dalloz Actualité*, 8 nov. 2007
- « Le sens de l'effacement de la peine », *AJ pénal 2007*, p. 412
- « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des principes cardinaux de notre droit », *AJ pénal* 2008, p. 161.
- « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglément idéologique », *AJ pénal* 2012. 75
- « Lois du 3 juin et du 21 juill. 2016 et exécution des peines : communication, (*im*)précisions, et répression », *AJ pénal* 2016, p. 470.
- « L'évaluation des extrémistes violents », *AJ pénal* 2018. 126

HOUIN (R.), « Le progrès de la science et le droit de la preuve », *RIDC*. 1953, vol. 5, n° 1, p. 69

-I-

IMBERT-QUARETTA (M.), « Un regard sur le chantier de la Justice : Sens et efficacité des peines », *AJ pénal* 2018. 79

INCHAUSPE (D.), « La présomption d'innocence, une idée fausse ? », *Gaz. Pal*. 22-24 juill. 2012, p. 9

-J-

JACOPIN (S), « La réception par les lois pénales françaises contemporaines de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. pénal*, 2006, p. 6

JACQMIN (C.), « Les mineurs pris dans la folie du fichage » *in* A. Bauer, C. Soullez, A.- M. Ventre, « Mieux contrôler les fichiers de police pour protéger les libertés, Rapport au Ministre de l'intérieur », *La documentation française*, 2009, p. 225

JAEGER (H.), « La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement », *in* La logique du droit, Archives de philosophie du droit, t. XI, Paris 1966, *Sirey*, p. 83.

JEANDIDIER (W.), « La présomption d'innocence ou le poids des mors », *RSC*, 1991, p. 49.

JOSSEAUME (R.),

- « Alcool au volant, quand la procédure boit l'eau », *Gaz. Pal.*, 30 mai 2013, p. 7-11.
- « Le délit de conduite sous l'empire d'un état d'ivresse manifeste est inconstitutionnel ! », *Gaz.Pal*., 12 juin 2014, n° 163, p. 5.

JUNG (H.), « Vers un nouveau modèle du procès pénal ? » Réflexions sur les rapports « La mise en état des affaires pénales » *RSC* 1991, p. 526

-K-

KARSENTY (D.), « Réflexion sur la mise en œuvre des pôles de l'instruction au regard des droits fondamentaux », *JCP G*, 27 févr. 2008

KAYE (*D.*), « The laws of probability and the law of the land », University of Chicago Law Review, vol. 47, 1979, p. 42.

KINSCH (P.), « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », *in* Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, *Dalloz*, 2009.

KOERING-JOULIN (R.), :

- « Durée raisonnable d'une détention provisoire », *RSC* 1996. 467
- « La présomption d'innocence, un droit fondamental ? » *in* « La présomption d'innocence en Europe, *Archives de politique criminelle*, 2004/1, n° 26, p. 19 et s

KOUBI (G.), « Les données à caractère personnel, outil des services de renseignement », *JCP A*., n° 46, 9 nov. 2009, p. 2264

-L-

LAGARDE (X.) :

- « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, n° 23, 1996, p. 32.
- « D'une vérité à l'autre. Brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal*., 21-22 juill. 2010

LAMBERT (O.), « L'audition hors garde à vue des mineurs mis en cause », *JCP*, n° 28, 8 juill. 2013, p. 821

LOMBOIS (C.), « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, 1990, n° 55, p. 81 et s.

LAMEYRE (X), « L'extension du fichier national automatisé des empreintes génétiques » *Forensic*, n° 14,2 1003, p. 13

LAMY (D.), « Vérité, connaissance et normes techniques, Actes du XVI[e] congrès national des experts judiciaires, Expert du juge, expert de partie. Vérité scientifique et vérité judiciaire », oct. 2004, éd. *Fédération nationale des compagnies d'experts judiciaires* (FNCEJ), p. 33

LANDOWSKI (E.), « Vérité et véridiction en droit », *Droit et société*, 1988, p. 47

LARDEUX (G.), « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du code civil intitulé "De la preuve des obligations " ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, p. 850.

LARGUIER (J.) :

- « La publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales pendant l'enquête et l'instruction », *RIDP* 1961, p. 293
- « L'alcool, la police, et le sang », *D*. 1962, p. 9

LARRIEU (P.), « La réception des neurosciences par le droit », *AJ Pénal* 2011, p. 231

LASBATS (M.), « Intérêt des méthodes projectives en matière d'expertise pénale », *AJ Pénal 2006* p. 77

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.),

- « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal* 2010, p. 280
- « Les développements récents du droit sanctionnant le vol », *AJ pénal* 2017. 208

LAURENT (S.), « Les fichiers légaux et illégaux, outils de surveillance dans les Républiques », Regards sur l'actualité, mars 2009, n° 349, *La documentation Française*

LAURENT-BONNE (N.), « La lutte contre le système prostitutionnel », *D*. 2016. 1713

LAVRIC (S.) :

- « Contrôles d'identité : comment lutter contre les contrôles « au faciès » », *D.* actu., 5 nov. 2009.
- « Fichiers de police : publication d'un rapport parlementaire », *D*. 2009, p. 938

LAZERGES (C.) :

- « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003, p. 644
- « Le rôle du conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », Cah. Cons. const., 2009, n° 26
- « La présomption d'innocence en Europe », *Archives de politique criminelle*, 2004/1, n° 26, p. 125
- « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *RSC* 2009, p. 689

- « Le rapport Léger : analyse des propositions », *AJ pénal* 2009, p. 385

LAZERGES (C.), **HENRION-STOFFEL (H.)**, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016. 649

LE COZ (N.), « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014 », *AJ pénal* 2014. 320

LEAUTE (J.), « Les procédés nouveaux d'investigation et la protection des droits de la défense », *RSC* 1958, suppl. n°2, p. 17

LEBLOIS-HAPPE (J.) :

- « La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives », *RSC* 1994. 525
- « De la transaction pénale à la composition pénale », *JCP* 2000. I. 198
- « Quelles réponses à la petite délinquance ? » Etude du droit répressif français sous l'éclairage comparé du droit répressif allemand, 2002, Aix, *Presses de l'Université de Aix-Marseille*
- « CRPC et citation devant un tribunal : pas de concomitance possible », *AJ pénal* 2007
- « Les yeux et les oreilles de la justice pénale », *in* Mélanges G. Wiederkehr, *Dalloz*, 2009, p. 499
- « La loi de modernisation de la justice du XXI^{e} siècle et la mise en état des affaires pénales - *quo vadis* ? », *D*. 2017. 873

LE BORGNE (J.-Y.), « Le rapport Léger, le poids de l'habitude et la peur de la nouveauté », *AJ Pénal* 2009, p. 400

LEBORGNE (A.), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ* 1996, p. 535

LE BOT (O.), « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *RFDA* 2016, p. 436.

LE CALVEZ (J.), « Les dangers du « X » en procédure pénale : opinion contre le témoin anonyme », *D*. 2002, chron. p. 3024

LECLERC (H.) :

- « Les limites de la liberté de la preuve : aspects actuels en France », *RSC*., 1992.15
- « Le doute, devoir du juge, in Le doute et le droit », *Dalloz*, coll. Philosophie et théorie du droit, 1992, p. 49

LE COZ (N.), « L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales », *AJ pénal*, 2014. 320.

LEDIEU (M.-A.), « CNIL - Amélioration du casier judiciaire : la CNIL souhaite limiter le recours aux fichiers de police judiciaire », *C.C.E.* n° 3, mars 2007, alerte 53

LE DREVO (D.), « Contrôles d'identité, plan Vigipirate et état d'urgence », *AJ pénal* 2017

LEGRAND (D.), « Regard critique sur les propositions de réforme de l'instruction », *AJ Pénal* 2006, p. 333

LEMAIRE (Ph.), « La nécessaire refondation de la procédure pénale : l'enquête et l'instruction », Colloque Droit et Démocratie, *PA*, 25 oct. 2000, n° 213, p. 17

LEMESLE (L.), » Pratique judiciaire en matière pénale et preuve technique ou scientifique In Le droit des preuves au défi de la modernité », *La documentation française*, 2000

LEMOINE (P.), « La loyauté de la preuve à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle », rapport annuel de la Cour de Cassation, 2004, 2e partie

LE MONNIER DE GOUVILLE (P.), « De la répression à la prévention. Réflexion sur la politique criminelle antiterroriste », *Les cahiers de la justice,* 2017. 209

LENA (M.), « Le projet de loi "sécurité publique" adopté par l'Assemblée nationale », *AJ pénal* 2017, p. 56.

LENNON (J.-L.) :

- « Les aspects coercitifs et intrusifs de l'enquête préliminaire ou l'effritement de la distinction entre enquête de flagrance et enquête préliminaire », *Dr. pén.* 2007, p. 21

- « De la géolocalisation », *D*. 2017. 279

LE QUINQUIS (A.), « L'informatique au service du casier judiciaire national », *AJ pénal* 2014, p. 169

LEROY (J.), « Garde à vue : le droit à l'avocat », *Gaz. Pal.*, 30 juill. 2013 n° 211, p. 19.

LESCLOUS (V.) :

- « Empreintes génétiques et procédures pénales, in Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *La Documentation française*, 1998, p. 111 s.
- « Un an de droit de la garde à vue », *Dr. pénal*, 2014, chron. 8.

LESCLOUS (V.), MARSAT (C.), « Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques », *Dr. pén*. n° 6, juin 1998, comm. 17, p. 5

LETOUZEY (E.), « La répétition d'infractions », *RSC* 2014. 876

LEVASSEUR (A.), ET FONTENOT (H. W.), « Le droit de la preuve au Etats-Unis », *in* La preuve : regards croisés, sous la direction de M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi, *Dalloz*, 2015.

LETURMY (L.), « De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale », *AJ pénal* 2006, p. 58

LEVASSEUR (G.), « Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité », *RIDP*, 1972.321

LEZEAU (T.), « Prélèvements sur scène de crime » *in* « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *La Documentation française*, 1998, p. 35 s.

LORRAIN (R.), **INGRAIN (C.)**, « L'impact du quantum d'une peine d'emprisonnement encourue sur l'applicabilité de certaines règles de procédure pénale », *AJ pénal* 2015. 589

LOUIS-LUCAS (P.), « Vérité matérielle et vérité juridique », *in* Mélanges offerts à René Savatier, Paris, 1965, *Dalloz*.

-M-

MAISTRE DU CHAMBON (P.) :

- « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », *JCP* 1989, I, 3422
- « Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale » *in* Mélanges J. Larguier, *PUG* (Presses universitaires de Grenoble), 1993, p. 191
- « Observations hétérodoxes sur quelques évolutions de la procédure pénale » *in* Mélanges J. Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, éditions *Cujas*, 2006, p. 395
- « Faut-il supprimer le juge d'instruction ? » *in* Mélanges P. Simler, *Dalloz*, 2006
- « Les auxiliaires obligés », *RPDP* 2006, n° 1, p. 5

MALABAT (V.), « L'avant-projet du futur Code de procédure pénale : refonte, simplification ou confusion des phases de la procédure pénale ? », *AJ Pénal* 2010, p. 162

MALLET-BRICOUT (B.), « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD Civ.* 2016, p. 463.

MANGIN (P.), TARONI (F.), « L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et les probabilités », *Médecine et Droit* 1998, n° 30, p. 6

MARINO (L.), « Ces objets connectés qui nous espionnent », *D.* 2014, p. 29

MARGUENAUD (J.-P.) :

- « Le droit à l'expertise équitable », *D*. 2000, chron., p. 11
- « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », D. 2000, chron. p. 249

MARIE (C.), « La montée en puissance de l'enquête », *AJ Pénal* 2004, p. 221

MARINOT (L.), « Surveillance du net : un *Patriot Act* à la française ? », *D.* 2014 p. 360

MAROT (P.-Y.), « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *AJ pénal* 2007, p. 61

MARX (Y.), « Observations sur le problème de l'expertise pénale », *in* Mélanges L. Hugueney, Institut de criminologie de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, *Sirey*, 1964

MASCALA (C.), « La fonction de l'apparence vraisemblable dans l'enquête pénale », *in* Juge et apparence(s), Actes du colloque des 4 et 5 mai 2009, Université Toulouse 1, Capitole, *LGDJ*, 2010, p. 249.

MASCH (G.), « Le droit de la preuve en Allemagne », *in* La preuve : regards croisés, sous la dir. de Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi, Paris, 2015, *Dalloz*, p. 249.

MATHIAS (E.), « La marginalisation du juge d'instruction : vers un renouveau du modèle inquisitoire ? », *LPA*, 18 août 2005, n° 164

MATSOPOULOU (H.) :

- « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », *in* Mélanges J. Pradel, « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire », éditions *Cujas*, 2006, p. 411
- « L'oubli en droit pénal » *in* Mélanges B. Bouloc, *Dalloz*, 2006, p. 772
- « Les innovations dans la conduite de l'information judiciaire : une urgence pour 2010, commentaire de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Dr, Pénal* 2007, étude 5
- « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la dangerosité, commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 », *Dr. pénal* 2008, étude 5
- « La condamnation de hauts fonctionnaires dans l'affaire des « écoutes de l'Elysée », *D.* 2008, p. 2975.
- « La preuve de l'intérêt personnel en cas de cessions occultes constitutives d'abus de biens sociaux », *Rev. Sociétés*, 2009, p. 174.
- « Le non renvoi de la QPC tendant à constater l'imprécision de l'article 121-2 du code pénal au Conseil constitutionnel », *JCP* 2010, II, p. 1031.
- « Les indices apparents d'une infraction flagrante : le juge pénal supplée à la carence de la police », *JCP G* 2011, n° 46, p. 2236
- « Une réforme inachevée (à propos de la loi du 14 avr. 2011) », *JCP* 2011, p. 907
- « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2011, p. 724

- « Délit d'initié : la présumée « mauvaise foi » d'un investisseur », *Rev. Sociétés*, 2012, p. 180.
- « L'illégalité des surveillances par géolocalisation autorisées par le Ministère public », *D.* 2014 p. 115
- « Vol d'informations », *RSC* 2017. 752

MAYAUD (Y.) :

- « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, chron. p. 40.
- « Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel », *D.* 1999, p. 589.
- « Atteinte à la vie privée par fixation de l'image des occupants d'une voiture, ou de la fin tragique d'une traque photographique » ; *RSC* 2005, p. 845.
- « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », *AJ pénal*, 2008, p. 111.
- Garde à vue et procès équitable, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, p. 242
- « Lutte contre le terrorisme- L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? Ou l'état d'urgence à l'état de confusion », *JCP* G 2016, n° 12, doctr. p. 344.
- « Le crime terroriste de participation à une association de malfaiteurs : une aggravation révélée dans sa juste portée », *AJ pénal* 2016. 526
- « Qu'est-ce qu'une circonstance aggravante ? À propos de la requalification de violences avec arme en violences mortelles... », *RSC* 2018. 424
- « L'apologie du terrorisme, un « acte de terrorisme » qui n'en est pas un... », *D*. 2018. 1233

MAYER (D.)

- « Plaidoyer pour une redéfinition du flagrant délit », *D.* 1980, chron. p. 99.
- « L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction », *D*. 1995, chron. 80

MAYER (D.), CHASSAING (J.-F.), « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », *D*. 2001, p. 1340

MCBRIDE (E.), « Is the Civil " Higher Stanrad of Proof " a Coherent Concept ? », Law, Probabilitiy & Risk 2009, n° 8, pp. 323-351.

MEKKI (M.) :

- « Regard substantiel sur le " risque de la preuve ". Essai sur la notion de charge probatoire », *in* La preuve : regards croisés, sous la direction de M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi, Paris, 2015, *Dalloz*, p. 15.
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494.
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 608.

MELLOR (A.), « Vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel », *RSC* 1958, p. 371

MERLE (R.), « Le corps humain, la justice pénale et les experts », *JCP*, 1955.I.1219

MESA (R.) :

- « Les apports de la loi du 10 mars 2010 en matière de lutte contre la récidive », *Gaz. Pal.* 2010, n° 103, p. 11.
- « La conformité à la Constitution du régime des perquisitions dans l'enquête de flagrance », *Gaz. Pal.*, 28 juin 2016, n° 24.

MIANSONI (C.) :

- « L'expertise pénale en enquête préliminaire et de flagrance. Le procureur de la République prescripteur d'expertise », *AJ Pénal* 2011 p. 564
- « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) », *AJ pénal* 2012. 152

MICHAUD (J.) :

- « Le juge d'instruction et l'avocat », *RSC*. 1966.1043 ;
- « Le juge d'instruction et la victime de l'infraction », *RSC* 1976.805
- « Le juge d'instruction et l'expert », *RSC*, 1975.791

- « Le traducteur et l'expert », *RSC* 1985, 266

MIEN (D.), BARRE (J.-F.), « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ pénal* 2004, p. 235

MILLAND (J.-P.), « Les laboratoires de police scientifique, in Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », *La Documentation française*, 1998, p. 89 s.

MIMIN (P.) :

- « Les présomptions quasi légales », *JCP* G 1946, I, p. 578.
- « La preuve par magnétophone », *JCP*., 1957.I.1370

MINIATO (L.), « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D*. 2007, p. 1035

MIRANDA (D.), « Détention provisoire et surpopulation carcérale », *AJ pénal* 2018. 341

MISTRETTA (P.), « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017. 273

MOLFESSIS (N.), « Droit des contrats : Que vive la réforme », *JCP* G n° 7, 15 février 2016, p. 180.

MOLINA (E.) :

- « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 263
- « États d'âme d'un avocat à propos des JIRS », *AJ pénal* 2010. 119

MOLINS (F.) :

- « Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction », *AJ pénal* 2005.
- « La coopération judiciaire en matière de terrorisme », *AJ pénal* 2017. 108

MONNET (Y.), « Vie privée », *Gaz. Pal.* 29 oct. 2005, n° 302, p. 11.

MOUSSA (T.), « A propos des nouvelles règles de l'expertise en matière pénale », *D*. 1986, p. 69

MOURY (J.) :

- « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) » *in* Mélanges R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, *Dalloz*, 1996, p. 299
- « Les limites de la quête en matière de preuve : expertises et *jurisdictio »*, *RTD civ*. 2009, p. 665

MURBACH (M.), « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *AJ pénal* 2011. 506

-N-

NAGOUAS-GUERIN (M.-C.), « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale », *RSC* 2002, p. 283.

NAGY (L.), « Quelques problèmes relatifs à l'expertise psychologique du témoin dans le procès pénal », *RSC*., 1970.355

-O-

OLLARD (R.), « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? À propos de la loi du 27 mai 2014 », *JCP* G, 2014, doctr. 912

OULLIER (O.), « La France face aux dérives des neurosciences », *Sciences Actualité*, 2008

OTTENHOF (R.), « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Arch. Pol. Crim.* 2000, p. 74.

-P-

PADOVA (Y), « A la recherche de la preuve absolue, Archives de politique criminelle », 2004/1, n° 26, p. 71

PADOVA (Y.), MOREL (C.), « Droit des fichiers, droit des personnes », *Gaz. Pal*. 10 janv. 2004, n° 10, p. 2 (1re partie) et 13 janv. 2004, p. 2 (2e partie)

PALMATIER (J.- J.), « Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonges ? Un point de vue des Etats-Unis », *AJ pénal* 2008, p. 124

PARIZOT (R.) :

- « Contre l'indignité nationale », *D*. 2015. 876
- « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, *D*. 2015. 2541
- « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC* 2016, p. 376.

PARMENTIER (M.), « Preuve et probabilité chez Leibnitz », *in* Les procédures de preuve sous le regard de l'historien des sciences et des techniques, Actes du colloque (Lille 1991), Cahier d'histoire de la philosophie des sciences, Paris, 1992, Belin.

PASCAL (O.), SCHLENK (A), « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ pénal*, 2004

PASTOR (J.-M.) :

- « Un rapport estime que la création des fichiers de police doit être confiée à la loi », *AJDA* 2009, p. 624
- « Une loi pour renforcer la sécurité des forces de l'ordre », *D.* actu. 23 décembre 2016.

PATARIN (J.), « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », *in* G. STEFANI, Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, (Études de droit criminel, sous la dir. et avec une préface de) *RIDC* 1956, p. 10 et s.

PELLE (S.) :

- « La réforme de la garde à vue : problèmes de droit transitoire », *AJ pénal* 2011. 235
- « Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I) », *D.* 2014. p. 1508.
- « La nécessité de la garde à vue : quel contrôle juridictionnel après la réforme ? », *D*. 2017. 1339

PERDRIAU (A.), « Les incertitudes du juge », *Gaz. Pal*. 1995, doctr., p. 200

PEREZ-LOPEZ (X.), « La géolocalisation et la preuve pénale », *AJ pénal* 2014, p. 67

PERRIER (J.-B.) :

- « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA* 2011, p. 711.
- « La transposition tardive de la notification du droit du suspect l'assistance d'un avocat ; à propos de l'entrée en vigueur différer de l'art. 61-1, 5°, C. proc. pén. », *D.* 2014, p. 1160.
- « Le retour de l'inceste dans le code pénal », *RSC* 2016. 381
- « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s), *D.* 2016, p. 2134.
- « L'adaptation des incriminations », *RSC* 2017. 373
- « Les délais au cours de l'instruction », *AJ pénal* 2017. 158
- « Le juge pénal et le contrôle des perquisitions administratives », *JCP* 2017. 473
- « Le juge judiciaire et l'état d'urgence », *RFDA* 2017. 949
- « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ pénal* 2017. 436
- « La QPC et la garantie des droits et libertés en procédure pénale », *AJ pénal* 2018. 391
- « La procédure pénale mise en chantier », *D*. 2018. 1027

PETIT (B.), « L'évidence », *RTD Civ*., n°3, juill.-sept. 1986.

PICARD (E.), « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français », *RSC* 1993, p. 275

PIRE (E.), « Conduite automobile et usage de stupéfiants : à trop vouloir en faire... », *D*. 2003, p. 771

POMPE (W.P.J), « La preuve en procédure pénale », *RSC* 1961, p. 269

PORTMANN (A.) :

- « Contrôle au faciès : l'État condamné dan cinq dossiers », *D.* actu., 25 juin 2015.
- « Respect de la présomption d'innocence : les députés européens adoptent une

résolution législative », *D.* actu. 15 janv. 2016.

- « Adoption définitive de la directive européenne sur la présomption d'innocence », *D.* actu. 15 mars 2016.

POUMAREDE (M.), « La notion de droit apparent », *in* Juge et apparence(s), Actes du colloque des 4 et 5 mai 2009 de l'Université de Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, *LGDJ*, 2010, n° 5, p. 188.

PRADEL (J.) :

- « Les écoutes téléphoniques un régime sous surveillance », *RFDA*., 1991.83
- « Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi », *D*. 1992, chron. p. 229
- « Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013 du 24 août modifiant celle du 4 janv. précédent », *D.* 1993, p. 299.
- « De l'enquête pénale proactive : suggestion pour un statut légal », *D*. 1998, chron. p. 57
- « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, p. 1.
- « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p. 1039.
- « La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 : un placebo pour guérir certains maux de la réforme du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence », 2002, p. 1693.
- « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. À propos de la loi n° 2007.291 du 5 mars 2007 », *JCP*. 2007.I.138, n° 23 et 24
- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.
- « Vers une métamorphose de la garde à vue », *D*. 2010, chron. p. 2783
- « L'enquête aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014, p. 1647.
- « Le prix à payer pour une procédure pénale efficace », *D*. 2017. 1986

PRADEL (J.) CASORLA (F.), CHEVALLIER (J.-Y.) (sous la dir. de), La preuve en procédure pénale comparée, Actes du séminaire tenu à Syracuse en janv. 1992, *RIDP* 1992, p. 43 s.

PRADEL (X), « Le casier judiciaire européen », *Droit pén.* 2006, n° 9, étude 16

PUIGELIER (C.) :

- « Vrai, véridique et vraisemblable », *in* La preuve, sous la dir. de C. Puigelier, Paris, *Economica*, 2004.
- « Science et droit : réflexions sur un malentendu », *JCP N* 2004, p. 1386
- « Un juge sans préjugé » *in* Mélanges J.-F. Burgelin, « Principes de justice », *Dalloz* 2008 p. 317

-Q-

QUEMERER (M.) :

- « Le terrorisme face au cyberespace : de l'anticipation des risques à la répression », *AJ Pénal* 2012, p. 446
- « Circulaire sur la géolocalisation : quels enjeux ? » *D*. 2014, p. 1088

-R-

RAMUS (F.), « Quel pouvoir prédictif de la génétique et des neurosciences, et quels problèmes ? », *Médecine et droit*, 2010.10.010

RAOULT (S.), AZOULAY (M), « Progressivité de la réponse pénale - Perspectives critiques », *AJ pénal* 2017. 337

RASSAT (M.-L.) :

- Proposition de réforme du Code de procédure pénale, rapport remis au Gardes des sceaux, janv. 1997, p. 67
- Le projet de réforme de la procédure pénale, *JCP G* 2010, n° 14, p. 690

RAVANAS (J.), « Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation défectueuse de travail », *D*. 2003, chron. p. 1305

RENUCCI (J.-F.) :

- « Compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme des présomptions de culpabilité instituées par le code des douanes et manquement au procès équitable à défaut de commission d'office d'un avocat devant la Cour de

cassation », *D.* 1993, p. 386.

- « L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2000, I, 227
- « Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable », *D*. 2009, p. 1059
- « L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les 'dits' et les 'non-dits' d'un arrêt important », *D*. 2010, p. 1386

RIALS (S.), « Les standards, notion critique du droit », *in* Les notions à contenu variable en droit, sous la dir. de Ch. Perelman et de R. Vander Elst, Paris, 1984, éd. *Bruylant*, p. 29.

RIBEYRE (C.), » LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », *Droit pén*. 2011, n° 7, étude 10

ROBERT (J.-H.), « Une nouvelle étape normative dans le renforcement des moyens de lutte contre la criminalité d'agent- À propos de la loi du 6 décembre 2013 », *JCP* 2014, p. 182.

ROBERT (M.) :

- Empreintes génétiques et bases de données, in Les empreintes génétiques en pratique judiciaire, *La Documentation française*, 1998, p. 127 s.
- Les propositions du rapport Léger : point de vue d'un parquetier, AJ pénal 2009, p. 393

ROBLOT-TROIZIER (A.), « Assignations à résidence en état d'urgence », *RFDA* 2016, p. 123.

ROETS (D.) :

- « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal* 2008, p. 119
- « De l'importance pour les conseillers de la chambre de l'instruction statuant sur la détention provisoire d'une personne mise en examen de ne pas se prononcer sur sa culpabilité », *RSC* 2010, p. 690.

RORET (N.), « Etat d'urgence : quel rôle pour le juge pénal ? », Gaz. pal. 2016, n° 12, p. 13.

ROUJOU DE BOUBEE (V.-G.), « Réformer ? Oui - bouleverser ? Non », Point de vue, *D*. 2006, p. 740

ROUSSEAU (F.), « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015. 257

ROUSSELET (M.), « Les ruses et artifices dans l'instruction criminelle », *RSC*., 1946.50

RUBI-CAVAGNA (E.) :

- « L'extension des procédures dérogatoires », *RSC* 2008, p. 23
- « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009. 501

-S-

SAENKO (L.), « Le témoin ou l'histoire d'un voyage entre deux vérités », *AJ pénal* 2018. 172

SAENKO (L.), DETRAZ (S.), « La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D*. 2018. 2031

SAINT-BONNET (F.), « Le terroriste djihadiste et les catégories juridiques modernes », *JCP* 2015, n° 50, p. 2266

SAINT-PAU (J.-C.), « Les investigations numériques et le droit au respect de la vie privée », *AJ pénal* 2017. 321

SAINTE-ROSE (J.), « Le juge face à la science » *in* Mélanges J.-F. Burgelin, « Principes de justice », *Dalloz* 2008 p. 345

SANCHEZ (M.), « Flagrance, apparence et provocation ou la souplesse des règles de preuve », *D.* 2004. 1845.

SAULEAU (C.), « Améliorer la communication entre experts et magistrats », *AJ Pénal 2011* p. 568

SAVART (M.), « L'expertise scientifique en matière pénale », *AJ pénal* 2006, p. 72

SCHIR (F.), « La flagrance », Problèmes actuels de sciences criminelles, *PUAM*, 1993, p. 89.

SCHOETTI (J.E.), « Constitutionnalité des dispositions du code de la route instituant une présomption de responsabilité des propriétaires de véhicules en matière contraventionnelle et un délit de grand excès de vitesse », *AJDA*, 1999, p. 694.

SCHULIAR (Y.), « La coordination scientifique des investigations criminelles. Une aide pour les magistrats », *AJ Pénal* 2011 p. 555

SCHWENDENER (M.) :

- « Les principaux fichiers de police », *AJ pénal* 2003, p. 21
- - « Une police aux pouvoirs d'enquête renforcés », *AJ Pénal* 2004, p. 228
- « L'action de la police judiciaire confrontée à l'exigence de loyauté », *AJ pénal* 2005, p. 267

SENON (J.-L.), « L'expertise psychiatrique pénale : les données d'un débat », *AJ Pénal* 2006 p. 66

SIMART (O.), « La lecture et l'exploitation du rapport d'expertise criminalistique par le juge d'instruction », *AJ Pénal* 2011 p. 552

SIRINELLI (P.), « De l'application d'une présomption dégagée de toute vraisemblance », *D.* 2001, p. 2636.

SALVAGE (P.), « Le consentement en droit pénal », *RSC*, 1991.700

SOULARD (T.), « Réflexion sur la notion d'intime conviction genèse et portée de l'article 353 du code de procédure pénale », *RPDP* 2004, p. 555

SOULEZ-LARIVIERE (D.) :

- « Le doute de l'avocat », *in* Le doute et le droit, Actes du colloque, 12 août 1991, organisé par l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Dalloz*, 1994, p. 48.
- « Pour une expertise contradictoire et équitable », *AJ pénal* 2006 p. 75

SPENCER (J.), « La preuve, une question inclassable », *Arch. de polit. crim*., 1993, p. 37 et s.

SUDRE (F.), « Apparence et Cour européenne des droits de l'Homme », *in* Juge et apparence(s), Actes du colloque des 4 et 5 mai 2009 de l'Université de Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, *LGDJ*, 2010.

STEFANI (G.) (sous la dir. et la préface de), Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, *RIDC* 1956, p. 22.

STRICKLER (Y.), « La loyauté processuelle » *in* Mélanges J.-F. Burgelin, *Dalloz*, 2008, p. 355

SUSINI (J.) :

- « Le témoin, le témoignage et la police », *RSC*, 1980.499
- « Aspects cliniques et techniques du mensonge et de l'aveu », *RSC* 1981.909
- « La polygraphie du mensonge en 1983 », *RSC*1983.521

SZEKELY (J.), « Le rôle de l'expert dans la procédure pénale », *RSC* 1958, p. 43

-T-

TAUPIAC-NOUVEL (G.), BOTTON (A.), « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP* G, 2014, doctr. 802.

TELL (O.), « Les directives relatives à la procédure pénales : quelle protection du droit des personnes ? », *Rev. UE*, 2014, p. 364.

TELLIER-CAYROL (V.), « Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *AJ pénal* 2018. 400

THELLIER DE PONCHEVILLE (B.), « La preuve illicite au regard de la Conv. EDH, analyse de la recevabilité de la preuve illicite produite par un particulier au procès pénal », *RPDP* 2010, n°3, p. 537

TERRE (F.), « Droit, éthique et neurosciences », *Médecine et droit* 2010, 10.017

THERY (P.), « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », Droits, n° 23, 1996, p. 41 et s.

THIERRY (J.-B.), « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », *AJ pénal* 2017. 76

THOMAS (D.) :

- « Les transformations de l'administration de la preuve pénale », *Archives de politique criminelle*, 2004/1 n° 26, p. 113
- « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire » *in* Mélanges R. Ottenhof, *Dalloz*, 2006, p. 53

TOURET-DE COUCY (F.), « Justice pénale des mineurs : une théorie éprouvée par la pratique », *AJ pénal* 2005. 56

TOUILLIER (M.) :

- « Le statut du suspect à l'ère de l'européanisation de la procédure pénale : entre « petite » et « grande » révolutions », *RSC*, 2015, p.127.
- « Les droits de la défense dans les procédures d'exception : une évolution « vent dessus, vent dedans », *AJ pénal* 2016.
- « Lumière sur un arsenal de lutte contre une délinquance tapie dans l'ombre », *AJ pénal* 2017. 312

TRUCHE (P.), « Le doute sur le fait ou le problème de la preuve » *in* « Le doute et le droit », *Dalloz*, coll. Philosophie et théorie du droit, 1992, p. 49

TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC* 2006. 3

-V-

VEDEL (R.), « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJ pénal* 2007, p. 64

VERDON (L.) :

- « Témoins et témoignages à travers les sources inquisitoires *in* Quête de soi, quête de vérité », *Publication Universitaire de Provence*, 2007, p. 9
- « L'aveu à travers les études médiévales » *in* Quête de soi, quête de vérité, *Publication Universitaire de Provence*, 2007, p. 77

VERGES (E.) :

- « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004. 181
- « Emergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique », *RSC* 2012, p. 635.
- **«** Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale. À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de 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 **»,** Dr. pénal, 2014, étude n° 15, p. 1508.
- « Loyauté et licéité, deux apports majeurs de la théorie de la preuve pénale », *D*. 2014, p. 407
- « La réforme du droit de la presse civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer », *D*. 2014 p. 617
- « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », *RDLF* 2014. chron. 25.
- « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP* G n° 17, 27 avr. 2016, p. 486.
- « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC* 2016. 551
- « La procédure pénale hybride », *RSC* 2017. 579

- « La procédure pénale au temps des confluences », *RSC* 2018. 153

VERNY (E.), « Des sonorisations et des fixations d'images décidées par le juge d'instruction », *Rev. pénit*., n° 4, déc. 2004, p. 777.

VERON (M.), « Optimiser la réponse pénale », *Dr. pénal* n° 5, mai 2011, repère 5

VIAL (J.-P.), « Loi Fauchon : il faut remettre l'ouvrage sur le métier ! », *AJ pénal* 2012. 84

VIOLEAU (O.), « Les techniques d'investigations numériques : entre insécurité juridique et limites pratiques », *AJ pénal* 2017. 324

VITU (A.), « Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile », *in* Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin, *LGDJ*, 1966.

VLAMYNCK (H.) :

- « Théorie de l'apparence : enquête préliminaire, de flagrance et enquêtes spécifiques de mort suspecte et de disparition inquiétante », *AJ pénal*, 2005, p. 322.
- « Le policier et la garde à vue », *AJ pénal*, 2005, p. 322.

VOUIN (R.) :

- « La preuve obtenue par des moyens illégaux », *Rev. dr. pénal*, 1955, p. 338
- « Le secret professionnel du policier », *Libre justice* 1967, p. 40
- « L'emploi de la narco-analyse en médecine légale », *D*., 1949, chron. 101
- « Le juge et son expert », *D*. 1955, chron. 25, p. 131
- « De la contradiction dans l'expertise », *Rev. sc. crim.* 1956, p. 243

VOULAND (Ph.) :

- « L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve », *AJ pénal* 2005, p. 275
- « Le renforcement de l'équilibre de la procédure pénale : en faveur des droits de la défense ? », *AJ pénal* 2007, p. 117.

VUILLE (J.), « Dans le doute, abstiens-toi ? », *RSC* 2013, p. 777

-W-

WACHSMANN (P.), « L'état d'exception dans le droit commun ? », *D*. 2017. 1905

WEHBI (D.), « La captation, la conservation, la transmission de la voix et de l'image » *in* « Le droit des preuves au défi de la modernité », *La documentation française*, 2000

V – Chroniques, notes et observations de jurisprudence

-A-

AMBROISE-CASTEROT (C.) :

- note sous Cass. crim. 1er oct. 2003, n° 03-82909, Bull. crim. n° 177, *RSC*, 2004, p. 99.
- note sous Cass. crim., 11 juill. 2007, n° 07-83.427, Bull. crim. n° 183, *Rev. pénit.* 2008, p.108.

-B-

BUISSON (J.) :

- note sous Cass. crim. 4 nov. 1999, n° 99-85397, Bull. crim. n° 247, *Procédures*, 2000, comm. p.76.
- note sous Cass. crim., 11 juill. 2007, n° 07-83.427, Bull. crim. n° 183, *JCP* G 2007, II, p.10168.
- note sous Cass. crim. 3 mars 2009, n° 08-84521, Bull. crim. n°49, *Procédures* 2009, comm. 285, obs.

-D-

DETRAZ (S.) :

- note sous Cass. crim. 13 juin 2012, n° 12-90027, *Gaz. Pal.* 27 oct. 2012, n° 301, p. 28.
- note sous Cass. crim. 8 juill. 2015, n° 15-81986, *Gaz. Pal.* 3 nov. 2015, n° 307, p. 28.

-F-

FORTIS (E.), note sous Cass. crim. 13 oct. 2004, n° 00-86726, 00-86727, 01-83943, 01-83944, 01-83945, 03-81763, Bull. crim. n° 243, *RSC* 2005, p. 66.

-J-

JEANDIDIER (W.), note sous Cass. crim. 30 mai 1980, Bull. crim. n° 165, *D.* 1981, pp. 535 et 536.

JOURDAIN (P.), note sous Cass. civ. 1ère, 25 juin 2009, n° 08-12781, Bull. civ. n° 141, 1 *RTD Civ*. 2004, p. 101.

-L-

LARGUIER (J.), obs. sous Cass. crim. 21 nov. 1974, *RSC*, 1976, p. 89.

-M-

MARON (A.), note sous Cass. crim. 23 mars 1992, *Dr. pén.* 1992, n°215.

MATSOPOULOU (H.) :

- note sous Cass. crim., 22 avr. 1992, n° 90-85125, Bull. Crim. n° 169, *D.* 1995, jur. p. 59.
- note sous Cass. crim. 30 septembre 2008, n°07-82249, Bull. crim. n° 197, *D.* 2008., p. 2975.

MAYAUD (Y.), note sous Cass. crim. 26 mars 1997, n° 95-81439, Bull. crim. n° 123 et CA Limoges, 7 mai 1997, n° 222, *RSC* 1997, p. 838.

MAYER (D.), note sous Cass. crim. 2 oct. 1980, *D.* 1981, p. 104.

-O-

OLLARD (R.), comm. sous Cass. crim. 12 avr. 2016, n° 15-86169, Bull. Crim. n° 129, *Lexbase*, n° 659 du 16 juin 2016.

-P-

PRADEL (J.), note sous Cass. crim. 1er oct. 2003, n° 03-82909, Bull. crim. n° 177, *D.* 2004, p. 671

-R-

RENUCCI (J.-F.), note sous Cass. crim. 28 nov. 1994, *D.* 1995, p. 506.

ROUSSEAU (H.), note sous TGI Nice, 18 nov. 1937, S. 1939, p. 16.

ROUJOU DE BOUBEE (G.), note sous Cass. Crim., 5 janv. 1973, *D.* 1973, Jur. p. 541.

-S-

SAENKO (L.), note sous Cass. crim. 12 avr. 2016, n° 15-86169, RTD com. 2016, p. 63.

SEGONDS (M.), note sous Cass. crim. 13 oct. 2004, n° 00-86726, 00-86727, 01-83943, 01-83944, 01-83945, 03-81763, Bull. crim. n° 243, *D.* 2005. pan. 1526.

SYR (J.-H.), note sous Cass. crim. 8 nov. 1989, n° 89-80728, Bull. crim. n° 406, *JCP* G 1990, II, p. 21580.

-V-

VERON (M.), note sous Cass. crim. 13 oct. 2004, n° 00-86726, 00-86727, 01-83943, 01-83944, 01-83945, 03-81763, Bull. crim. n° 243, Dr. pénal n° 1, 2005, comm. 2.

INDEX ALPHABETIQUE

– Les occurrences correspondent aux numéros des paragraphes –

-A-

Accusé :

- sens européen du terme : 185 s.
- socle embryonnaire de protection : 129 s., 197 s.
- suspicion infractionnelle fondée sur les indices : 125 s.

Action publique :

- ministère public : 196 s., 303 s.
- détermination de la qualité de partie à la procédure : 124 s.

ADN : 8, 96, 248

- élaboration d'une empreinte génétique : 98 s.
- prélèvement du matériel biologique : 20 s.

Algorithmes :

- informatisation du processus probatoire : 66 s.
- pouvoir d'appréciation de l'homme : 159
- progrès technique : 23 s.

Apparence :

- commission d'une infraction : 2, 10, 173 s.
- déduite de l'interprétation des indices : 6, 171 s.
- notion (d') : 9

Association de malfaiteurs

- notion : 269 s.

Aveu

- indice prenant la forme d'une parole : 41 s.
- *probatio probatissima :* 4 s.
- révélation au moyen de l'interrogatoire : 45 s.

-B-

Biométrie :

- indice d'identification : 20 s., 61 s.
- marqueur de présence humaine : 236 s.

-C-

Certitude :

- déduite de l'interprétation des indices : 1 s.
- intime conviction : 5 s.
- sur la réalité du fait infractionnel : 2 s.

Charge : 6 s., 171 s., 322 s.

Classification des modes de preuve :

- caractère obsolète : 5, 138
- distinction avec les moyens de preuve : 10 s.
- œuvre d'origine doctrinale : 5 s.
- prédominance de l'indice : 6
- procès-verbal : 32 s.

CNIL : 95 s.

- consultation des fichiers de données : 98 s.
- procédure d'effacement des données : 103 s.

Collecte du matériel biologique

- élaboration d'une empreinte génétique : 71 s.
- fiabilité des traces biologiques : 161 s.

Conduite sous l'influence d'alcool

- éthylomètre : 23 s., 168
- procédé de mesure : 66 s.
- prise de sang : 168

Conseil constitutionnel : 196 s., 202 s., 227 s., 252 s., 283 s.

Consentement :

- déclin (du) : 10 s., 53 s., 303 s.
- enquête préliminaire : 55

Contrôle d'identité : 9 s., 176 s.

- raisons plausibles de soupçonner : 10 s.

Convention européenne des droits de l'homme : 10, 27 s., 285 s.

Corps humain :

- inviolabilité (du) : 236 s.,
- intégrité (du) : 248 s.

-D-

Décès suspect : 222 s.

- détermination du trouble social éventuel : 217 s.

Dépistage :

- alcool : 66 s.

Détecteur de mensonge : 123 s.

- élaboration d'un indice : 71 s.

Détournement de finalité des fichiers :

- limitation de la consultation : 102 s.

Disparition suspecte : 215 s

- détermination du trouble social éventuel : 217 s.

Doute :

- inhérent à la construction judiciaire d'une vérité : 4 s.
- inhérent à l'élaboration d'une preuve en *common law* : 7
- nature factuelle de la preuve pénale : 2
- remis en cause par l'interprétation des indices : 10 s.

Droit à l'oubli :

- effacement des données mémorisées : 102 s., 245 s.

Droit au respect de sa vie privée : 39 s., 52 s.

- fichiers de données : 89 s.
- procédés d'investigation : 10 s.

Droit au silence

- fiabilité des paroles révélées : 46 s.
- rôle de l'avocat : 129 s.

Droit civil :

- enjeux du procès civil : 1 s., 319 s.

Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : 125 s.

-E-

Empreintes digitales :

- fichier (des) : 95 s., 247 s.
- indice de présence : 183 s.
- révélation (des) : 22 s.

Empreintes génétiques :

- fiabilité (des) : 163 s.
- fichier (des) : 95 s., 247 s.
- indice de présence : 183 s..
- révélation (des) : 22 s.

Enquêtes :

- flagrance (de) : 228 s.
- préliminaire : 226 s.
- recherche des causes de disparition suspecte : 215 s.
- recherche des causes de mort suspecte : 222 s.

Equilibre procédural :

- caractérisation d'une apparence infractionnelle : 173 s.
- coercition proportionnée : 185 s.
- effectivité de l'innocence présumée : 192 s.

Etat d'urgence : 268 s.

Ethylomètre : 168 s.

- fiabilité des indices révélés : 159 s., 167 s.
- indice prenant la forme d'une mesure : 66 s.

Erreur judiciaire :

- construction d'une vérité judiciaire : 10
- interprétation des indices : 7 s.

Examens techniques et scientifiques :

- distinction avec les mesures d'expertise : 20 s., 61 s.
- élaboration d'un indice par le sachant : 71 s.

Excès de vitesse :

- algorithme d'interprétation : 23, 160
- cinémomètre : 67 s.
- procédé de mesure : 23 s., 66 s.

Expertise :

- délimitation de la mission : 11, 22 s.
- élaboration d'un indice : 5, 71 s.
- fiabilité de l'analyse : 161 s.
- interprétation de l'analyse : 71 s.
- immixtion du contradictoire : 73 s., 94 s.

Experts :

- agrément : 163 s.
- compétence : 162 s.
- désignation : 164 s.
- élaboration d'un indice : 11 s., 22 s., 71 s.
- liste : 163 s.
- rôle : 22 s., 71 s.

-F-

FAED *(fichier automatisé des empreintes digitales)* :

- alimentation (du) : 97 s.
- conservation des données : 102 s.
- consultations abusives :106 s.
- opposition à l'inscription des données : 101
- personnes concernées : 100 s.
- procédure d'effacement : 105
- sécurisation (du) : 107 s.

FNAEG *(fichier national automatisé des empreintes génétiques) :*

- ADN non codant : 99 s.
- alimentation (du) : 97 s.
- conservation des données : 102 s.
- consultations abusives : 106 s.
- personnes concernées : 100 s.
- procédure d'effacement : 105
- sécurisation (du) : 107 s.

Fichage des individus :

- inscription des données : 95 s., 236 s.
- obtention des données : 97 s.
- opposition (au) : 101 s.
- personnes soupçonnées : 100 s., 237 s.
- procédure d'effacement : 105, 243 s.
- risque d'atteinte aux libertés individuelles : 96 s.

Force probante :

- définition : 10, 110
- distinction avec la valeur probante : 150
- relativité de l'appréciation : 10 s.

-G-

Garde à vue :

- exploitation des indices : 294 s.
- statut du suspect : 124 s.

Gestion de la scène de crime :

- conservation des indices : 86 s.
- protection des indices : 146 s.

-H-

Histoire de la procédure pénale : 3 s.

Hypnose : 122 s.

-I-

Indice :

- identification : 11 s.
- caractère probant : 108 s.
- caractère tangible : 14 s.
- contenant matériel : 41 s.
- contenu informationnel : 109, 148 s.
- définition : 6 s.
- origine historique : 5 s.
- qualité d'indice : 13 s.
- revalorisation de la notion : 6 s., 13

Indices :

- apparents : 176 s.
- classification (des) : 5 s.
- graves et concordants : 178 s.
- graves ou concordants : 183 s., 190 s.
- omniprésence (des) : 174 s., 322 s.
- origine scientifique (d') : 6, 22 s., 71 s.
- pluralité formelle : 41 s.
- qualification (des) : 13 s.
- socle de l'intime conviction : 4 s., 322 s.
- socle des procédures accélérées : 305 s.
- source de l'apparence infractionnelle : 174 s.

Interceptions : 27 s.

- correspondances : 58 s.
- informatiques : 60 s.
- obtention clandestine d'indices : 26 s., 59 s.
- télécommunications (de) : 57 s.

Intime conviction :

- certitude sur la réalité : 1, 173 s.
- détermination intellectuelle de la preuve : 4 s.
- influence de la science : 6 s.
- interprétation des indices : 10 s.
- méthode : 174 s.
- raisonnement interprétatif de l'homme : 5
- syllogisme dialectique : 9 s.

Investigations :

- autorités investigatrices : 7 s.
- moyens de parvenir à la preuve : 12 s.
- procédés d'investigation : 11
- recherche d'une vérité à partir des indices : 171 s.

-J-

Juge des libertés et de la détention :

- limitations tenant au statut : 194 s.
- statut légal : 24 s.

Juge pénal :

- détermination intellectuelle de la preuve : 5 s., 108 s., 171 s.
- influence de l'expert : 22 s., 73 s.
- interprétation des indices : 20 s., 252 s.
- obtention d'une intime conviction : 10 s.

Instruction :

- autorité investigatrice : 9 s.
- cheminement procédural déduit des indices : 197 s.
- moyens d'investigation : 283 s.

-L-

Laboratoires :

- agrément : 163 s.
- élaboration des indices : 20 s., 70 s.

Libertés individuelles :

- équilibre procédural : 36 s., 192 s.
- protection (des) : 38 s., 124 s., 201 s.

Légalité de la preuve :

- principe (de) : 36 s., 39 s.
- difficultés pratiques : 8 s.

Loyauté de la preuve :

- principe (de) : 26 s., 39 s.
- provocation à la preuve : 44 s.
- provocation à l'infraction : 36 s.

-M-

Matériel biologique :

- collecte (du) : 20 s., 98 s.
- conservation (du) : 100 s., 248 s.
- interprétation (du) : 6, 22 s., 71 s.
- élaboration d'un indice : 71 s.

Mineurs

- détention provisoire : 412 s.
- équilibre procédural : 299 s.
- garde à vue : 295 s.
- primauté éducative : 302 s.

Ministère public :

- contractualisation des réponses pénales : 319 s.
- déclenchement des poursuites : 307 s.
- gradation des poursuites : 309 s.

Modes de preuve :

- approche historique : 3 s.
- classification doctrinale : 5
- distinction avec les moyens de preuve : 6 s.
- distinction obsolète : 41 s.
- preuve librement déterminée par le juge :10 s.

Moyens de preuve :

- assimilation aux indices : 6 s.
- détermination morale de la preuve : 5 s.

- distinction avec les modes de preuve : 3 s.
- distinction avec les procédés d'investigation : 11 s.
- socle de l'intime conviction : 174 s.

-N-

Narcose : 122

Nullités : 129 s., 154 s., 202 s.

-O-

Officier de police judiciaire :

- interprétation des indices : 179 s.
- pouvoirs d'investigation : 195 s., 217 s., 285 s.

Ordalies :

- approche historique : 3
- prémices des indices : 4

-P-

Perquisitions et saisies :

- distinction des procédés d'investigation : 54 s.
- moyens de révéler un indice : 22 s., 53 s.
- moyens de recueillir un indice : 87 s.

Police technique et scientifique

- élaboration des indices : 61 s.
- interprétation des indices : 20 s.
- recueil des indices : 86 s.

Prélèvements biologiques :

- consentement de l'individu : 99 s., 250
- élaboration d'une empreinte génétique : 22 s., 71 s.

Prélèvements sanguins :

- détermination de l'alcoolémie : 68

Présomption :

- définition : 4 s.
- du fait de l'homme : 10
- interprétation des indices : 131, 232
- mécanisme intellectuel : 6
- processus d'interprétation : 9

Présomption d'innocence

- équilibre procédural : 36 s., 124 s.
- postulat : 3 s.
- protection (de la) : 201 s.

Preuve :

- absence de preuve directe : 6
- approche historique : 2 s.
- définitions 1 s.
- détermination par le juge : 5 s.
- légalité dans l'obtention (de la) : 8, 38 s.
- loyauté dans la recherche (de la) : 39 s.
- origine légale (de la) : 4
- origine morale (de la) : 5 s.
- produit de l'intime conviction du juge : 7

- produit de l'exploitation des indices : 6
- spécificités en matière pénale : 3

Principe de légalité de la preuve : 8, 38.

Principe de liberté de la preuve : 5, 8

Principe de loyauté de la preuve : 39

Principe de proportionnalité : 36 s., 52 s., 129 s.

Principe d'intime conviction : 5, 11

Procédés d'investigation :

- audition : 47 s.
- distinction avec les moyens de preuve : 5 s.
- écoutes téléphoniques : 57 s.
- IMSI Catcher : 56 s., 74 s., 258
- interrogatoire : 48 s., 114 s.

Procédure de recherche des causes de la mort suspecte : 222 s.

Procédure de recherche des causes de la disparition suspecte : 215 s.

Procédure pénale :

- recherche d'un équilibre procédural : 10 s.
- recherche d'une vérité sur la commission d'un fait prohibé : 7 s.
- détermination d'une preuve sur la réalité comportements prohibés : 3 s.
- prééminence des indices en procédure pénale : 6 s.

Procédures alternatives aux poursuites :

- contractualisation de la justice : 319 s.
- rôle central des indices : 322 s.

-R-

Raisons plausibles :

- de soupçonner : 179 s.
- produit de l'interprétation des indices : 186 s.

Recherche de la vérité :

- caractère judiciaire de la vérité : 3 s.
- caractère relatif de la vérité :7 s.
- par l'interprétation des indices : 6 s.

Réquisition à personne qualifié :

- distinction avec les mesures d'expertise : 71 s.
- élaboration d'indices : 70 s.

Réponse pénale :

- adaptation (de la) : 251 s.
- mise en œuvre (de la) : 171 s.

-S-

Science :

- appréhension de la science par l'homme de droit : 22 s., 73 s.
- erreur scientifique : 157 s.
- interprétation de l'homme de science : 71 s
- progrès scientifique : 20 s.

Système probatoire :

- système accusatoire : 3, 207, 232
- système inquisitoire : 3, 32, 130
- système de la preuve légale : 3, 46, 114
- système de la preuve morale : 5, 46, 114

-T-

Technique :

- défaillance technique : 140, 168 s.
- origine technique des indices : 20 s., 61 s.
- progrès technique : 20 s.

Témoignage :

- anonyme : 121
- indice obtenu au moyen d'une audition : 46 s.
- indice prenant la forme d'une parole : 45

Terrorisme :

- action infractionnelle dissimulée : 24 s., 52 s., 285 s.
- équilibre procédural : 27 s., 124 s.
- procédés d'investigation intrusifs : 251 s., 268 s., 283 s.
- régime dérogatoire : 283 s.

Torture :

- durant l'obtention d'un aveu : 4
- intégrité du corps humain : 49 s., 117, 122 s.

Trafic de stupéfiants :

- notion (de) : 117 s., 297 s.

-V-

Vérité :

- caractère relatif : 7 s.
- construction judiciaire : 10 s.

Vraisemblance infractionnelle :

- appréciation subjective : 179 s.
- fondement objectif : 175 s.
- interprétation des indices : 174 s.
- déclencheur procédural : 9 s., 173 s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION ____ *1*

PARTIE I – LA RECHERCHE DE L'INDICE ____ *31*

TITRE 1 – L'OBTENTION D'UN ELEMENT MATERIEL ____ **32**

CHAPITRE 1 - L'OBTENTION A L'AIDE DE MOYENS D'INVESTIGATION IMPOSES ____ 34

Section 1 – Les moyens imposés par l'efficacité des investigations. ____ 34

§ 1 – L'obtention d'indices issus du progrès technique ____ 35

A. Les procédés destinés à décrypter des données scientifiques ____ 36

B. Les procédés destinés à révéler des mesures précises ____ 37

§ 2 – L'obtention d'indices issus d'une criminalité clandestine ____ 38

A. La mise en œuvre de procédés d'investigation intrusifs ____ 39

B. La réglementation renouvelée des procédés d'investigation ____ 41

Section 2 – Les moyens imposés par l'innocence présumée ____ 44

§ 1 – L'obtention écrite des indices ____ 45

A. La justification écrite du moyen d'obtention ____ 45

B. La retranscription écrite de l'indice obtenu ____ 46

§ 2 – L'obtention raisonnée des indices ____ 46

A. La justification légale du moyen d'investigation ____ 47

B. La mise en œuvre loyale du moyen d'investigation ____ 48

CHAPITRE 2 - L'OBTENTION A L'AIDE DE MOYENS D'INVESTIGATION ADAPTES 51
Section 1 – Les moyens destinés à révéler un indice 53
§ 1 – La révélation de l'élément matériel par sa provocation 53
A. L'élément matériel provoqué par interaction 53
1. L'interaction entre l'enquêteur et la personne mise en cause 54
2. L'interaction entre l'enquêteur et l'indicateur 57
B. L'élément matériel provoqué par interception 58
1. L'interception de l'élément dissimulé au sein d'un lieu clos 60
2. L'interception de l'élément dissimulé au sein d'une activité occulte 65
§ 2 – La révélation de l'élément matériel par son élaboration 72
A. L'élément matériel élaboré par extraction des données 73
1. L'extraction de données opérée par le gestionnaire du service 73
2. L'extraction de données opérée par le traitement électronique 75
B. L'élément matériel élaboré par déchiffrement des données 79
1. Le déchiffrement des données opéré par interprétation 79
2. Le déchiffrement des données opéré par décryptage 81
Section 2 – Les moyens destinés à recueillir un indice 83
§ 1 – L'appréhension physique de l'élément matériel 83
A. L'octroi d'un support à l'élément matériel 84
1. La suprématie d'une retranscription par écrit 84
2. L'incursion d'une retranscription par numérisation 86
B. L'extraction du corps de l'élément matériel 88
1. La protection du corps de l'élément matériel 88
2. La saisie du corps de l'élément matériel 89
§ 2 – L'archivage conservatoire de l'élément matériel 90
A. La préservation de l'élément matériel 90
1. Le placement de l'élément matériel sous scellés 91
2. La récupération de l'élément matériel placé sous scellés 92
B. La mémorisation de l'élément matériel 93
1. L'inclusion de l'élément matériel au sein d'un fichier de données 95
a - La détermination de l'opération d'inclusion de l'empreinte au sein du fichier 96
b - La justification de l'opération d'inclusion de l'empreinte au sein du fichier 98
2. La consultation de l'élément matériel à partir d'un fichier de données 100
a - La justification de la durée de consultation des empreintes mémorisées 100
b - La détermination du domaine de la consultation des empreintes mémorisées 103

TITRE 2 – L'OBTENTION D'UN ELEMENT PROBANT 105

CHAPITRE 1 - LA FIABILITE DU CONTENANT MATERIEL DE L'INDICE 106
Section 1 – L'attribution de qualités probantes extrinsèques 106
§ 1 – La subjectivité attachée à l'obtention de l'indice 107
A. La versatilité de l'indice révélé par l'enquêteur 107
1. La révélation soumise à l'action coercitive de l'enquêteur 107
2. La fiabilité menacée par l'action coercitive de l'enquêteur 109
B. La versatilité de l'indice révélé par le déclarant 110
1. La fragilité d'une parole physiologiquement altérée 110
2. La fragilité d'une parole scientifiquement altérée 113
§ 2 – La neutralité aménagée dans l'obtention de l'indice 115
A. L'attribution de droits justifiés par l'innocence présumée 115
B. L'effectivité des droits destinés à fiabiliser l'indice 117
Section 2 – La préservation des qualités probantes intrinsèques 128
§ 1 – L'objectivité structurelle de l'indice 128
A. La détermination des qualités intrinsèques du support enregistrable 129
B. La détermination des qualités intrinsèques du procès-verbal 131
§ 2 – La protection structurelle de l'indice 132
A. La préservation des qualités intrinsèques de l'indice 132
B. La conservation des qualités intrinsèques de l'indice 132
CHAPITRE 2 - LA FIABILITE DU CONTENU INFORMATIONNEL DE L'INDICE 133
Section 1 – La détermination théorique du caractère probant 133
§ 1 – L'attribution légale d'une valeur probante 134
A. Le contenu du procès-verbal fiabilisé par la compétence du rédacteur 134
B. Le contenu du procès-verbal fiabilisé par les qualités intrinsèques de l'écrit 136
§ 2 – L'attribution scientifique d'une valeur probante 137
A. L'évaluation d'une marge d'erreur en faveur du contenu informationnel 138
B. La légalisation d'un seuil de tolérance en faveur du contenu informationnel 138
Section 2 – La vérification pratique du caractère probant 140
§ 1 – La compétence contrôlée de l'auteur du contenu 141
A. La qualification du sachant déduite de sa probité 141
B. La qualification de l'enquêteur déduite de ses attributions 143
§ 2 – La précision contrôlée de l'origine du contenu 145
A. L'homologation inhérente à l'appareil de mesure 145
B. La vérification périodique de l'appareil de mesure 146

PARTIE II – L'EXPLOITATION DES INDICES ____ *149*

TITRE 1 – LE DECLENCHEMENT DES REPONSES PENALES ____ **152**

CHAPITRE 1 - LE DECLENCHEMENT DEDUIT D'UNE VRAISEMBLANCE INFRACTIONNELLE 153

Section 1 – La caractérisation d'une vraisemblance infractionnelle ____ 153

§ 1 – La caractérisation par référence explicite aux indices ____ 154

A. La vraisemblance infractionnelle déduite des indices apparents ____ 154

B. La vraisemblance infractionnelle déduite des indices graves et concordants ____ 156

§ 2 – La caractérisation par référence implicite aux indices ____ 157

A. La vraisemblance infractionnelle déduite de raisons plausibles ____ 158

B. La vraisemblance infractionnelle déduite d'un socle factuel ____ 160

Section 2 – Le contrôle d'une vraisemblance infractionnelle ____ 162

§ 1 – La vraisemblance infractionnelle contrôlée dans son obtention ____ 163

A. Le contrôle porté sur la visibilité des indices ____ 163

B. Le contrôle porté sur la gravité concordante des indices ____ 165

§ 2 – La vraisemblance infractionnelle contrôlée dans ses effets ____ 167

A. Le contrôle porté sur la coercition déployée ____ 168

1. La nécessité coercitive appréciée durant l'enquête ____ 168

2. La nécessité coercitive appréciée durant l'instruction ____ 170

B. Le contrôle porté sur les droits octroyés ____ 177

1. L'équilibre procédural maintenu durant l'enquête ____ 177

2. L'équilibre procédural maintenu durant l'instruction ____ 183

CHAPITRE 2 - LE DECLENCHEMENT DESTINE A DELIMITER UN TROUBLE SOCIAL ____ 185

Section 1 – La vérification rétrospective de l'effectivité du trouble présumé ____ 186

§ 1 – L'existence vérifiée du trouble social éventuel ____ 187

A. L'origine infractionnelle vérifiée d'une disparition suspecte ____ 187

B. L'origine infractionnelle vérifiée d'une atteinte corporelle suspecte ____ 189

1. La détermination du caractère infractionnel des blessures suspectes ____ 190

2. La détermination du caractère infractionnel d'une mort suspecte ____ 193

§ 2 – L'étendue vérifiée du trouble social apparent ____ 195

A. L'imputation infractionnelle vérifiée par l'enquête de police ____ 195

1. La vérification préliminaire du fait infractionnel apparent ____ 196

2. La vérification urgente du fait infractionnel flagrant ____ 200

B. L'imputation infractionnelle vérifiée par l'information judiciaire ____ 203

1. La vérification confrontée aux aspirations de neutralité ____ 203

2. La vérification subordonnée aux faits exclusivement visés ____ 206

Section 2 – La mémorisation préventive des participants présumés au trouble 208
§ 1 – L'imputation du trouble déduite des données factuelles mémorisées 212
A. Les fichiers d'antécédents judiciaires 213
B. Les fichiers d'analyse sérielle 216
§ 2 – L'imputation du trouble déduite des données biométriques mémorisées 217
A. Le fichier automatisé des empreintes digitales 218
B. Le fichier national automatisé des empreintes génétiques 218

TITRE 2 – L'ADAPTATION DES REPONSES PENALES 221

CHAPITRE 1 - L'ADAPTATION DEDUITE D'UNE GRAVITE INFRACTIONNELLE 223
Section 1 – La caractérisation de la gravité infractionnelle 226
§ 1 – La caractérisation par référence aux circonstances matérielles 228
A. La gravité déduite d'une qualification infractionnelle vraisemblable 230
B. La gravité déduite de conséquences infractionnelles immédiates 235
§ 2 – La caractérisation par référence aux circonstances personnelles 238
A. La gravité appréciée d'après la minorité du suspect 239
B. La gravité appréciée d'après la récidive du suspect 242
Section 2 – Le contrôle de la gravité infractionnelle 246
§ 1 – Le contrôle d'une qualification pénale vraisemblable 247
A. Le contrôle porté sur l'association vraisemblable de malfaiteurs 247
B. Le contrôle porté sur l'acte de terrorisme vraisemblable 251
C. Le contrôle porté sur la criminalité vraisemblablement organisée 253
D. Le contrôle porté sur les faits de proxénétisme 254
§ 2 – Le contrôle des conséquences infractionnelles vraisemblables 256
A. Le risque d'une atteinte vraisemblable à l'ordre public 257
B. Le risque d'une atteinte vraisemblable aux investigations 259
CHAPITRE 2 - L'ADAPTATION DESTINEE A RESORBER LE TROUBLE SOCIAL 260
Section 1 – La suspension procéduralement organisée du trouble 261
§ 1 – L'adaptation des moyens d'investigation 261
A. L'ingérence adaptée des moyens humains d'investigation 262
B. L'ingérence adaptée des moyens techniques d'investigation 266
§ 2 – L'adaptation des mesures de contrainte 276
A. L'adaptation du régime applicable à la garde à vue 276
1. L'adaptation calquée sur la sanction infractionnelle vraisemblable 277
2. L'adaptation calquée sur le domaine infractionnel vraisemblable 279
B. L'adaptation du régime applicable à la détention provisoire 281

Section 2 – La résolution procéduralement organisée du trouble 286
§ 1 – L'organisation d'une réponse pénale selon la gravité infractionnelle 287
A. L'opportunité du déclenchement des poursuites 289
B. La gradation du cheminement procédural 292
§ 2 – L'organisation d'une réponse pénale selon la simplicité infractionnelle 303
A. La contractualisation des sanctions prononcées 304
B. La suprématie des indices exploités 308

CONCLUSION GENERALE ***313***

BIBLIOGRAPHIE ***317***

I – Ouvrages généraux et traités 317
II – Ouvrages spéciaux 323
III – Monographies et thèses 330
IV – Chroniques et articles de doctrine 336
V – Chroniques, notes et observations de jurisprudence 382

INDEX ALPHABETIQUE ***385***

université PARIS-SACLAY | ÉCOLE DOCTORALE Sciences de l'homme et de la société (SHS)

Titre : Les indices en procédure pénale

Mots clés : Procédés d'investigation, Libertés individuelles, Intime conviction, Vérité judiciaire

Résumé : Prenant jadis la forme d'un « *signe de divinité* » sous le règne des ordalies, l'indice désignerait dorénavant tout « *événement, objets* ou *traces* » amené à forger la conviction du juge. Les traits de l'indice se reconnaissent ainsi à la capacité qu'il possède de rendre possible le fait recherché. En ce sens, l'indice ne peut – *aujourd'hui comme hier* – indiquer directement la culpabilité, bien qu'il demeure – *depuis toujours* – en capacité de faire présumer l'imputabilité du fait prohibé à l'encontre des personnes suspectées. Les effets attachés à l'indice sont convoités de tout temps, sans pourtant que quiconque ne parvienne à les expliquer. L'indice rend possible, dispose d'un pouvoir spécifique et s'intègre parfaitement au sein du raisonnement dialectique intrinsèque à la matière juridique. Les juristes usent des présomptions fondées sur l'indice aux fins de compenser les lacunes inhérentes à la preuve en matière pénale. Indéniablement, l'indice occupe une place centrale dans le processus probatoire. Néanmoins, un constat de carence s'impose : les raisons pour lesquelles l'indice produit cet effet à la fois si caractéristique et par là même si commun, ne sont jamais explicitées. Sans doute trop prosaïque, l'indice s'est éclipsé à l'arrière-plan d'une preuve pénale devenue prépondérante par la gravité des conséquences juridiques qu'elle justifie. Un regard cette fois plus aiguisé aurait néanmoins pressenti l'enjeu universel d'une telle notion : depuis toujours, l'indice constitue le socle de la preuve. Fondements d'une réalité morcelée que la justice souhaite reconstituer, les indices jalonnent le cheminement procédural jusqu'à l'obtention d'une preuve. Les différentes phases de la procédure pénale s'organisent au rythme des indices interprétés, autant qu'ils forgent une conviction sur le déroulement des faits prohibés. L'intime conviction ancre de fait l'interprétation de l'indice au cœur de la preuve pénale et, avec elle, la perfectibilité d'une construction humaine au centre de la procédure pénale.

Title : Clues in criminal proceedings

Keywords : Criminal proceedings, Intimate conviction, Criminal evidence

Abstract : Once taking the form of a "sign of divinity" in the trial by ordeal, the clue would henceforth designate any "event, object or trace" that might forge the judge's conviction. The characteristics of the clue can thus be recognized by its ability to make the desired result possible. In this sense, the clue cannot – today as in the past – directly indicate guilt, although it has always been able to allow for the presumption that the prohibited fact is imputable to suspects. The effects of the clue have always been sought after, without anyone ever being able to explain them. The clue makes possible, has specific power and fits perfectly into the dialectical reasoning inherent in the legal field. Lawyers use clue-based presumptions to compensate for the deficiencies inherent in criminal evidence. Undeniably, the clue occupies a central place in the probationary process. Nevertheless, a finding of deficiency is inevitable: the reasons why the clue produces this effect, which is so characteristic and therefore so common, are never explained.Undoubtedly too prosaic, the clue has vanished into the background of criminal evidence that has become preponderant because of the seriousness of the legal consequences it justifies. A sharper look this time would nevertheless have foreshadowed the universal importance of such a notion: since time immemorial, the clue has been the foundation of proof. As the foundations of a fragmented reality that the justice system wishes to reconstruct, the clues mark out the procedural path until evidence is obtained. The various phases of criminal proceedings are organised according to the rhythm of the interpreted clues, as much as they forge a conviction about the conduct of the prohibited acts. The intimate conviction in fact anchors the interpretation of the clue at the heart of the criminal evidence and, with it, the perfectibility of a human construction at the centre of criminal procedure.

Université Paris-Saclay
Espace Technologique / Immeuble Discovery
Route de l'Orme aux Merisiers RD 128 / 91190 Saint-Aubin, France