

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : 1^{er} concours

Ecole nationale de la magistrature

DATE : 9 juin 2016

MAGISTRATURE

ou d'y mettre un signe quelconque

en régime qui notamment
à révolutionnaires,
et des peines,
é notamment

rien
inait

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

1021

NOTE

16 /20

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

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES :

5

COMPOSITION DE droit pénal et procédure pénale

des preuves en matière pénale.

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)

Il est interdit aux candidats de signer

ces impératifs contradictoires.

Cependant,

nouveaux modes

juge s'en

de preuve

comme

de

La question de la preuve est au cœur de l'actualité jurisprudentielle et législative, tant et si bien, qu'un colloque a récemment été organisé sur le thème de la loyauté de la preuve, faisant intervenir des professionnels de tous corps et de tous domaines. En effet, la problématique de la loyauté de la preuve insque tant le contentieux pénal, que celui civil. Par ailleurs, la procédure

pénale subit de nombreux changements, tant par le fait du législateur — avec les nouvelles lois, du 24 juillet 2015 relative au renseignement, ou du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, ou du 22 mars 2016 et du 3 juin 2016 relatives au terrorisme —, que par le fait du juge, avec notamment un arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 mars 2015.

D'après la définition de Cornu, la preuve est « la démonstration de l'existence d'un fait dans les formes admises par la loi ». Elle permet d'ôter tout doute de l'esprit. Néanmoins, cette formule de Cornu est à relativiser au regard de la consécration du principe de loyauté de la preuve par l'arrêt du 6 mars 2015. En effet, bien que les dispositions du Code de procédure pénale (CPP) aient été respectées en l'espèce, s'agissant de mesures de sonorisation pratiquées dans deux cellules contiguës de garde-à-vue, le procédé a tout de même été jugé déloyal.

La preuve en matière pénale a en effet été l'objet de nombreuses évolutions. Au Moyen-Âge, la preuve était recueillie à l'aide d'un système de torture avec les épreuves d'Ordales soumises au jugement divin. Lors de la Révolution Française, pour lutter contre les déviances arbitraires

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

du monarque absolu et des Parlements de l'Ancien régime qui notamment s'opposaient à l'enregistrement d'ordonnances royales, les révolutionnaires, que ce soit Portalis ou Beccaria. (Du traité des délits et des peines, 1764), ont défendu un principe de légalité criminelle consacré notamment par l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ainsi qu'un principe de preuve légale. La loi déterminait les modes de preuve admissibles, sans pouvoir d'appréciation du juge. En outre, la procédure était inquisitoire, le juge ayant un rôle actif dans la recherche de la preuve. Aujourd'hui, c'est le système de preuve morale, c'est-à-dire de libre recherche de la preuve des faits juridiques qui est en vigueur, accordant davantage de pouvoirs d'appréciation au juge, selon son intime conviction. Par ailleurs, la procédure a perdu de son caractère inquisitoire à tous les stades de la procédure, mais elle est seulement accusatoire au stade du jugement. Ainsi, le rôle du juge est devenu plus passif. Il demeure tout de même une trace de preuve légale avec notamment les procès-verbaux des officiers de police.

Dans la procédure pénale française, le principe primordial étant celui de la présomption d'innocence, garanti notamment par l'article 9 de la Déclaration de 1789, c'est le Ministère Public qui a la charge de la preuve, devant prouver la culpabilité de l'individu et le fait incriminé.

La procédure pénale a pour but de veiller au respect de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle, en contribuant à la manifestation de la vérité et à la recherche des auteurs d'infractions. Toutefois, les droits et libertés individuelles des individus doivent être garantis qu'il s'agisse des droits de la défense ou du droit au respect de la vie privée par exemple. Ainsi, le rôle traditionnel du juge consiste à concilier

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

ces impératifs contradictoires.

Cependant, avec l'essor des nouvelles technologies qui créent de nouveaux modes de preuve plus intrusifs à la vie privée, le rôle du juge s'en trouve bouleversé. En effet, il suffit de légaliser un mode de preuve pour lui ôter tout caractère déloyal, avec certaines garanties comme le contrôle d'un magistrat. Le juge doit ainsi veiller au respect de l'égalité des armes entre les parties, droit inhérent au droit à un procès équitable. Or la Cour européenne des droits de l'homme (Cour E.D.H.) apprécie le respect de ce droit au regard de l'ensemble du procès in globo sans s'arrêter au caractère légal de la preuve.

Par ailleurs, les droits de la défense ne cessant d'augmenter, avec un principe de loyauté de la preuve tout nouvellement consacré, l'efficacité de la procédure risque d'en pâtir, malgré les nouveaux moyens d'enquête. En effet, la preuve en matière pénale connaît un élargissement de son domaine (I). D'autant plus que la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé vise à une plus grande extension des pouvoirs dérogatoires d'enquête. Néanmoins, cet élargissement des modes de preuve est confronté à un régime davantage encadré de la preuve, notamment du fait de la consécration du principe de loyauté de la preuve (II).

Ainsi, le juge doit concilier l'objectif constitutionnel de maintien de l'ordre public avec le respect des droits et libertés individuelles.

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

I - L'élargissement des modes de preuve en matière pénale.

Non seulement les modes de preuve traditionnels connaissent une nouvelle portée (A), mais de nouveaux pouvoirs d'enquête sont aussi créés (B).

A - La nouvelle portée des modes traditionnels de preuve en matière pénale.

Pour s'adapter aux évolutions de la société, les preuves traditionnelles ont vu leur portée gagner en modernité.

D'une part, il existe de nombreux modes de preuve à la disposition du procureur de la République, pour pouvoir établir la culpabilité d'un individu, qui est présumé innocent. Ainsi, il peut recourir à l'aveu qui est la reconnaissance de la culpabilité par un individu, réalisé hors ou pendant la procédure judiciaire. L'aveu sera alors extra-judiciaire ou judiciaire. Il demeure considéré par certains comme la reine des preuves, or il n'est pas infallible. Ceci vaut également pour les nouvelles preuves scientifiques comme le prélèvement d'ADN. Quant à la présomption, elle est le plus souvent légale. Elle permet de tirer la preuve d'un fait inconnu à partir d'un fait connu. Enfin, le témoignage, qui est la déclaration d'un individu attestant de l'existence de faits,

est également faillible.

D'autre part, ces modes traditionnels de preuve ont connu un regain d'intérêt. Ainsi, l'aveu, initialement promu, a dû être encadré sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne. Après la condamnation de la France à l'occasion de violations policières exercées en garde-à-vue, la loi du 14 avril 2011 a encadré le recours à l'aveu avec l'assistance de l'avocat (art. préliminaire CPP in fine). Quant à la loi du 24 mai 2014, elle a modifié le régime de l'audition libre qui peut avoir lieu avec l'assistance d'un avocat. Cette procédure perd alors de son efficacité si les enquêteurs projetaient d'obtenir un aveu. Par ailleurs, l'aveu devient de plus en plus « négocié », avec le système des repentis qui dénoncent un délinquant aux enquêteurs, ou avec les mesures alternatives de composition pénale (art. 41-2 CPP) ou de transaction pénale (art. 41-1-1 CPP), ou avec la comparution de reconnaissance préalable de culpabilité (art. 495-7 CPP). Ainsi, si l'individu reconnaît les faits et sa culpabilité, il bénéficiera d'une sanction plus douce à celle qu'il aurait pu obtenir devant le tribunal. Le procureur est alors dispensé de rechercher la preuve.

Quant au témoignage, la loi du 3 juin 2016 prévoit de renforcer la protection des témoins (s'agissant du domaine d'application de cette loi). Quant aux présomptions, elles peuvent être élargies par le législateur, par exemple s'agissant du délit de non-justification des ressources, ou par le juge, par exemple pour déduire de l'inaction d'un dirigeant d'entreprise, une « imprudence consciente » en matière de droit pénal des affaires.

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 2

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

Ainsi, les modes de preuve traditionnels, ayant pu s'adapter aux évolutions de la société, ont pu conserver leur efficacité, comme par exemple l'aveu qui aura été obtenu en présence de l'avocat, hors de toute pression des enquêteurs. La recherche de la manifestation de la vérité est d'autant plus facilitée, que des nouveaux pouvoirs d'enquête ont été créés.

B- Les preuves issues des pouvoirs contemporains d'enquête, en matière pénale.

Les innovations technologiques évoluant sans cesse, les « nouvelles technologies d'information et de communication » ont contribué à l'émergence de nouveaux pouvoirs d'enquête, aussi intrusifs au respect de la vie privée, que le permettent ces technologies. Ces pouvoirs d'enquête contemporains sont davantage utilisés dans le cadre des procédures d'enquête dérogatoires, dont le domaine ne cesse de s'élargir.

S'agissant des pouvoirs d'enquête davantage ordinaires, les enquêteurs peuvent utiliser les moyens de perquisitions (consistant à pénétrer dans un lieu afin de procéder à des fouilles), de saisies (consistant à placer les objets sous main de justice) et de visites domiciliaires au non (se bornant à des constatations visuelles). Ces mesures sont soumises à davantage de contraintes dans le cadre de l'enquête préliminaire, qui est non coercitive (bien que la tendance soit inverse, se rapprochant

de l'enquête de Flagrance. Par ailleurs, la loi du 28 mars 2014 a consacré la mesure de géolocalisation, contrôlée par le procureur de la République dans le cadre de l'enquête, et par le juge d'instruction, dans le cadre de l'instruction (art 230-32 CPP). Il est aussi possible dans le cadre d'une instruction de procéder à des « écoutes téléphoniques » (art. 100 CPP).

S'agissant ensuite des pouvoirs d'enquête inhérents à la procédure dérogatoire relative à la délinquance et à la criminalité organisées, les enquêteurs ont à leur disposition de pouvoirs d'enquête qui sont intrusifs à la vie privée, et soumis par conséquent à des conditions plus strictes. Ils peuvent notamment procéder à la sonorisation et à la fixation d'images de certains lieux ou véhicules (art. 706-96 CPP), ou à la surveillance qui permet d'étendre la compétence territoriale des enquêteurs (art. 706-80 CPP), ou à la procédure d'infiltration qui permet aux enquêteurs de se faire passer pour des auteurs d'infractions ou des complices (art. 706-81). Les enquêteurs disposent d'autres moyens d'enquête à leur disposition, avec notamment des mesures de garde-à-vue de durée plus longue (l'article 706-88 ne s'applique pas pour le délit d'escroquerie en bande organisée, selon l'article 706-73-1 créé par la loi du 17 août 2015). Tous ces moyens d'enquête contemporains bouleversent le schéma traditionnel des modes de preuve, qui n'étaient pas confrontés à une telle intrusion au respect de la vie privée, due aux innovations technologiques. D'autant plus que la loi du 3 juin 2016 prévoit de nouveaux moyens d'enquête, avec notamment le procédé des « caméras mobiles » prévu par l'article nouveau L241-1 du Code de la Sécurité Intérieure.

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 3

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

Si ces moyens nouveaux d'enquête contribuent à l'efficacité de la procédure pénale, grâce à l'obtention facilitée des preuves, elles atteignent fortement le respect des droits individuels des individus. Aussi pour pallier cet élargissement du domaine de la preuve, son régime a connu un renforcement, avec une administration de la preuve davantage encadrée.

II - Le régime renforcé des preuves en matière pénale.

L'administration de la preuve en matière pénale a davantage été encadrée, notamment avec la consécration du principe de loyauté de la preuve (A), impactant logiquement sur l'appréciation de la preuve par le juge, qui, elle, en ressort élargie (B).

A - Le renforcement de l'encadrement de l'administration de la preuve en matière pénale.

L'administration de la preuve qui avait déjà connu une limitation sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne, a connu un nouvel encadrement sous l'influence du juge national avec la consécration d'un principe de loyauté de la preuve.

Dans un premier temps, bien que l'article 427 du CPP consacre un principe de libre administration de la preuve, sous réserve des applications particulières du principe de l'égalité de la preuve (avec notamment la valeur probante attachée aux procès-verbaux des officiers de police), les limites à ce principe sont de plus en plus fréquentes. Ainsi, une conciliation doit être effectuée avec les droits de la défense, ou le droit au respect de la vie privée, ou le droit au respect de la dignité de la personne humaine. Ainsi, les droits de la défense, protégés notamment par l'article 6 de la Convention européenne, qui connaissent un renforcement constant, notamment avec la loi du 27 mai 2014, doivent être pris en compte. Ainsi, l'individu a le droit d'être assisté par un avocat aux mesures d'interrogatoire et de garde-à-vue. Les perquisitions, très intrusives à la vie privée, doivent s'effectuer en principe entre 6 heures et 21 heures. Pour respecter la dignité humaine (ayant une valeur constitutionnelle depuis la décision de juillet 1994 du Conseil constitutionnel), les violences policières sont interdites lors des interrogatoires. Ainsi, l'efficacité de la procédure est conciliée avec les droits individuels.

Par ailleurs, la Cour européenne dans un arrêt Teixeira de Castro contre Portugal du 9 juin 1998 a consacré une distinction entre l'interdiction de la provocation à l'infraction, et la possibilité de la provocation à la preuve, de la part des enquêteurs. En effet, les parties privées restent libres d'user de stratagèmes pour provoquer à l'infraction (Crim. 15 juin 1993), en recourant par exemple au procédé du hestng (Crim 11 juin 2002) qui a été consacré par le législateur. Ainsi, alors que les enquêteurs ne peuvent user de

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

FEUILLE INTERCALAIRE N° 4

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

stratagèmes consistent en des actes positifs de contournement ou de détournement de la loi (bien que la notion soit difficile à définir), les parties privées sont autorisées, dans le but de respecter une certaine égalité des armes, les parties privées étant plus démunies quant aux moyens probatoires.

Il reste à savoir si cette distinction entre provocation à la preuve et provocation à l'infraction n'a pas perdu son intérêt, face à l'émergence du principe de loyauté de la preuve consacré par l'Assemblée plénière le 6 mars 2015 (après avoir reçu quelques applications notamment avec Crim. 27 février 1996). La question s'était déjà posée suite aux arrêts de la Cour de cassation de 1988 Wilson et de 1992 Imbert. Désormais, aucun doute n'existe. La Jurisprudence a créé un principe de loyauté de la preuve, bien qu'en l'espèce les règles légales aient été respectées. C'est la conjugaison des mesures qui a été perçue comme un stratagème déloyal. Le principe de loyauté devrait a priori seulement s'appliquer à l'égard des enquêteurs, et non des parties privées.

Cette consécration demeure conforme à la jurisprudence de la Cour européenne qui ne s'arrête pas au caractère légal d'une mesure pour juger de son absence de déloyauté. En effet, pour vérifier si le droit à un procès équitable a bien été respecté, elle analyse in concreto et in globo le procès dans son ensemble (CEDH 12 juillet 1988 Schenk contre Suisse). Toutefois, aucune provocation à l'infraction

n'avait été commise en l'espèce, seulement une provocation à la preuve. Ainsi, cette distinction n'aurait plus d'intérêt. Néanmoins, le principe de loyauté n'est pas absolu. Ainsi, la chambre criminelle a jugé le 14 avril 2015 que l'interception de communications émises par un téléphone entré illégalement dans une maison d'arrêt, n'est pas déloyale.

Ainsi, malgré le renforcement de l'encadrement de l'administration de la preuve, il reste la question de son appréciation par le juge qui sera casuistique.

B - L'appréciation élargie de la preuve en matière pénale par le juge.

Si le principe en matière d'appréciation de la preuve demeure celui de l'intime conviction, une certaine moralisation du droit de la preuve émerge.

Selon l'article 427, le juge bénéficie du principe de l'intime conviction. En effet souvent la preuve ne pourra être apportée. Il devra alors juger en son for intérieur, tout en motivant sa décision par respecter le droit à un procès équitable. Cette liberté d'appréciation est permise par le système de preuve morale. Par exemple, en matière contraventionnelle, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation, l'infraction étant constituée par sa seule constatation. Quant aux preuves administrées par les

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 5

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

pinées, malgré leur caractère qui peut paraître déloyal, elles sont validées par la jurisprudence, si elles sont soumise au débat contradictoire, comme l'exige l'article 427 alinéa 2.

Cependant, avec l'émergence du principe de loyauté de la preuve, une moralisation du droit de la preuve est dénoncée. La loyauté étant une valeur morale consiste dans la capacité à tenir ses engagements, à faire preuve de fidélité (en référence aux chevaliers de l'Ancien régime), il n'en demeure pas moins que la notion est subjective, soumise à l'appréciation du juge qui peut paraître arbitraire pour certains. Alors que traditionnellement, le juge se contentait de vérifier la bonne administration de la preuve par rapport aux règles légales, désormais elles ne suffisent plus. Un travail supplémentaire doit être réalisé. Le principe de loyauté aurait-il suppléé les principes de liberté et de légalité. Y aurait-il un déclin de la légalité formelle ? Certains dénoncent aussi un problème de prévisibilité et d'accessibilité de la loi (avec la Jurisprudence au sens de loi matérielle, CEOT 26 avril 1979 Sunday Times contre Royaume-Uni).

D'autres exigent un retour au principe de liberté de la preuve avec un contrôle de proportionnalité pour contrôler l'efficacité de la procédure pénale et les droits de la défense.

La fin ne justifie pas les moyens. Nul ne peut contester la volonté à moraliser le débat contradictoire avec une administration loyale de la preuve. Cependant, plus que de morale, la preuve a besoin de règles légales.