

UNIVERSITÉ D'ABOMEY-CALAVI

\*\*\*\*\*

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES  
(FADESP)

\*\*\*\*\*

ÉCOLE DOCTORALE

\*\*\*\*\*

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ÉTUDES EN DROIT ET INSTITUTIONS  
JUDICIAIRES EN AFRIQUE (CREDIJ)

\*\*\*\*\*

## MASTER RECHERCHE : DROIT ET INSTITUTIONS JUDICIAIRES

### THEME

**LA METAMORPHOSE DE LA PREUVE  
PENALE**

Réalisé par :

**Elonm Mario METONOU**

Sous la direction de :

**Professeur Akuété Pedro SANTOS**

Agrégé des Facultés de Droit

Université de Lomé

Promotion: 2012-2013



# IDENTIFICATION DU JURY

**PRESIDENT : Professeur Pedro Santos AKUETE**

**VICE-PRESIDENT : Martial Tiburce ZANNOU**

**MEMBRE : Igor GUEDEGBE**

LA FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES N'ENTEND  
DONNER AUCUNE APPROBATION NI IMPROBATION AUX OPINIONS  
EMISES DANS CE MEMOIRE. CES OPINIONS DOIVENT ETRE  
CONSIDEREES COMME PROPRES A LEUR AUTEUR.

## REMERCIEMENTS

J'exprime ma sincère gratitude :

- à mon directeur de mémoire, le professeur **Akuété Pedro SANTOS** pour son enthousiasme et sa grande disponibilité dans l'encadrement de cette étude ;
- au professeur **Noël GBAGUIDI**, pour ses conseils et orientations ;
- à **Osée GNIMAGNON** pour son précieux soutien.

## **LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS**

APJ	:	Agents de Police Judiciaire
Art	:	Article
ASPJ	:	Agent supérieur de Police Judiciaire
Bull crim	:	Bulletin criminel de la Cour de Cassation
C/	:	Contre
CEDH	:	Cour Européenne des Droits de L'homme
CESDH	:	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
COPJ	:	Convocation par Officier de Police Judiciaire
CP	:	Code Pénal
CPP	:	Code de procédure Pénale
CREDIJ	:	Centre de Recherches et d'Etudes en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique
Crim	:	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation
DGSN	:	Direction Générale de la Sûreté Nationale
FNAEG	:	Fichier National des Empreintes Génétiques
Jug	:	Jugement
J.O	:	Journal Officiel
MJLDH	:	Ministère de la Justice de la Législation et des Droits De l'Homme
MP	:	Ministère Public
NCPP	:	Nouveau Code de Procédure Pénale

ONU : Organisation des Nations Unies

OPJ : Officier de Police Judiciaire

TPI : Tribunal de Première Instance

# **SOMMAIRE**

## **INTRODUCTION**

### **PREMIERE PARTIE : UN DECLIN RELATIF DE LA PREUVE MORALE**

#### **Chapitre 1<sup>er</sup> : La fragilisation de la légalité dans la collecte et l'administration de la preuve**

Section 1 : Le recul du principe de dignité

Section 2 : L'érosion du principe de loyauté.

#### **Chapitre 2 : L'affaiblissement de la liberté d'appréciation des preuves par le juge**

**Section 1 : Le facteur de l'affaiblissement : La preuve scientifique.**

Section 2 : Les conséquences de l'affaiblissement : un retour au système des preuves légales ?

### **DEUXIEME PARTIE : UN RENOUVEAU CORRELATIF DE LA PREUVE MORALE**

#### **Chapitre 1 : La proportionnalité : un complément à la dignité de la preuve pénale**

Section 1 : La gravité et la complexité de l'infraction comme instruments de mesure de la proportionnalité.

Section 2 : La judiciarisation des modes de preuve comme instrument de contrôle de la proportionnalité

#### **Chapitre 2 : Le contradictoire : un complément à la loyauté de la preuve**

Section 1 : Le contradictoire : un complément relatif à la loyauté dans la collecte de la preuve.

Section 2 : Le contradictoire : un complément absolu à la loyauté dans l'administration et l'appréciation de la preuve.

## **CONCLUSION**

« Le crime est normal, parce qu'une société  
qui en serait exempte est tout à fait impossible. »

Emile Durkheim

## INTRODUCTION

L'histoire de la preuve suit celle de la criminalité. Les modes de preuve varient non seulement en fonction de la nature du crime mais aussi en fonction de l'époque, des croyances, des valeurs, du type de société et des moyens techniques disponibles. Le développement de la société et les mutations du crime, provoquent *une métamorphose de la preuve pénale*.

Du latin *probare*, la preuve est selon le dictionnaire juridique,<sup>1</sup> la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation. Cette démonstration doit se faire selon les formes admises par la loi.<sup>2</sup> Selon DOMAT, la preuve est « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »<sup>3</sup>. En droit pénal, la preuve consiste à démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne ainsi que l'intention que celle-ci avait de commettre un tel fait. La preuve porte sur tous les éléments dont dépend l'issue du procès pénal ou en d'autres termes sur tous les faits et actes juridiques servant l'accusation ou la défense.<sup>4</sup> Le régime juridique de la preuve doit tenir compte des impératifs de la répression mais aussi de sauvegarde des intérêts de la personne mise en cause.<sup>5</sup> Les principes qui régissent la preuve pénale doivent garantir à la fois l'efficacité de la répression et la préservation de la liberté individuelle.<sup>6</sup> Du grec *metamorphôsis*, la métamorphose est le changement d'un être en un autre, la transformation totale d'un être au point qu'il n'est plus reconnaissable. C'est la modification du caractère, de l'état de quelqu'un, de l'aspect ou de la forme de quelque chose<sup>7</sup>.

La métamorphose de la preuve pénale peut ainsi s'entendre de la transformation des principes régissant la démonstration de la réalité d'un fait, l'imputation de ce fait à une personne et l'intention que celle-ci avait de commettre ce fait. De façon plus spécifique, la métamorphose de

---

<sup>1</sup> Serge Braudo, Dictionnaire du droit privé français [www.dictionnaire-juridique.com/serges-braudo.ph](http://www.dictionnaire-juridique.com/serges-braudo.ph) consulté le 15 juillet 2014

<sup>2</sup> G. CORNU, vocabulaire juridique, PUF 7<sup>e</sup> édition, 2005

<sup>3</sup> Jean. Domat, les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris ed ; Cavelier, t.1, 1771 ; p204

<sup>4</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, éd ECONOMICA, 2012 P 408

<sup>5</sup> Gérard LOPEZ et Stamatios Tzitzis (Dir), Michaël BENILLOUCHE, Preuve pénale, in Dictionnaire des sciences criminelles, Dalloz 2004 p736

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> <http://www.larousse.fr/dictionnaires/français> consulté le 15 juillet 2014

la preuve pénale est la transformation, l'évolution des principes régissant la recherche, l'administration et l'appréciation de la preuve pénale.

Etudier la métamorphose de la preuve pénale c'est en principe proposer une analyse critique de l'évolution de tous les principes directeurs relatifs à la preuve pénale. Mais la présente étude n'a pas pour ambition de réaliser une analyse complète de tous les points de métamorphose. Son format ne s'y prête d'ailleurs pas. Ainsi, en dépit de ce qu'elle est devenue aujourd'hui un principe fondamental régissant le droit de la preuve, la présomption d'innocence ne sera pas retenue dans le cadre de cette étude. L'analyse de la métamorphose de ce principe mérite en effet la rédaction d'un mémoire complet. De même, il ne sera pas question d'envisager ici toutes les transformations ayant affecté le principe de la légalité des moyens probatoires. Par contre, la recherche se propose de partir des transformations de trois principes directeurs de la preuve pénale que sont les principes de dignité, de loyauté et de l'intime conviction du juge, pour évaluer l'impact de la métamorphose sur tout le système.

Une telle étude offre l'occasion d'évaluer l'ampleur des mutations en cours dans le droit de la preuve en mettant en perspective leur efficacité et leur légitimité.

Cet exercice s'impose aujourd'hui face à l'ampleur des réformes législatives en cours au Bénin depuis quelques années. Bien évidemment, s'agissant de la preuve pénale, l'on pensera prioritairement à la récente réforme du code de procédure pénale dont l'adoption le 17 décembre 2012, s'est caractérisée par un renforcement de « *la filiation traditionnelle avec le droit français* »<sup>8</sup> et donc par une transposition en droit béninois d'une partie des problèmes engendrés par l'évolution du droit français de la preuve. Mais, la métamorphose de la preuve pénale n'a pas débuté avec la réforme du code de procédure pénale. Elle s'enracine également dans une série de lois adoptées à partir de 2006 pour réprimer certaines infractions considérées par le législateur comme particulièrement graves et qui contiennent des dispositions exceptionnelles de procédure pénale.<sup>9</sup> L'analyse combinée du contenu de ces différentes lois et du code de procédure pénale laisse apparaître une évolution sensible du droit de la preuve. Il est important de l'évaluer non seulement pour souligner les avancées mais aussi pour indiquer les reculs et identifier des pistes de réformes.

---

<sup>8</sup> Joseph DJOGBENOU, Code de procédure pénale commenté et annoté, Les éditions du CREDIJ, 2013, P7.

<sup>9</sup> Nous pouvons citer entre autre la loi n°2006-14 du 31 octobre 2006 portant lutte contre le blanchiment des capitaux en république du Bénin ; la loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en Républiques du Bénin et la loi n°2012-21 du 27 août 2012 portant lutte contre le financement du terrorisme en République du Bénin.

Dans une perspective historique, l'on peut considérer que les ordalies constituent les premiers modes de preuves. Les ordalies sont des épreuves judiciaires dont l'issue, attribuée à une intervention divine, établissait l'innocence ou la culpabilité d'un accusé<sup>10</sup>. Au moyen âge, l'ordalie consistait à faire passer à l'accusé des épreuves physiques diverses dans le but de démontrer la justesse de sa cause et ceci sous le regard de la divinité tutélaire de la justice qui par définition ne peut pas laisser périr l'innocent et triompher le mal<sup>11</sup>.

Avec la redécouverte des compilations de Justinien en Occident à la fin du XI<sup>e</sup> siècle et la renaissance de l'étude du droit romain qui part de Bologne, les juristes élaborent une théorie des « preuves légales ».

Les preuves légales sont un ensemble de règles censées lier le juge pour l'amener d'une manière aussi objective que possible à la *probatio plenissima*, la preuve complète, réputée plus claire que le jour<sup>12</sup>. En présence d'une preuve complète<sup>13</sup> le juge était tenu d'entrer en condamnation même s'il est convaincu de l'innocence. A contrario, le juge devait prononcer l'acquittement en l'absence de preuves pleines. Il s'agit d'un système très hiérarchisé des preuves au sommet duquel se trouvait l'aveu qui peut être obtenu au besoin par la torture. Dans ce système assez figé, tout est organisé par la loi. La certitude est avant tout juridique.

Ce système de preuves légales conduisit à des jugements absurdes et suscita au fil des ans de plus en plus de critiques violentes. Dans le Traité des délits et des peines, Cesaria Beccaria, oppose à ce système de preuves légales celui des preuves morales que l'on appellera l'intime conviction. Le XVIII<sup>e</sup> siècle verra l'effondrement du système de la preuve légale et le triomphe de la preuve morale qui préserve les droits humains et laisse au juge la liberté de décider d'après son intime conviction.

C'est ce système de la preuve morale qui sera consacré par l'article 447 du code de procédure pénale qui dispose : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». Cet article pose le principe de la liberté de la preuve dans ses trois aspects que sont la liberté de constitution, la liberté de production et enfin la liberté d'appréciation des preuves par le juge. La liberté de la preuve pénale n'est cependant pas absolue. Elle doit se concilier avec l'ensemble des droits

---

<sup>10</sup> Emile LITTRE, wiktionnaire et dictionnaire critique de la langue française [www.littre.org](http://www.littre.org)

<sup>11</sup> On peut citer à titre illustratif, l'épreuve du fer rouge qui consistait à forcer l'accusé à tenir un fer rouge dans sa main, ensuite on bandait la plaie qu'on regardait quelques jours plus tard. Une plaie bien cicatrisée prouvait l'innocence de l'accusé. Par contre, une vilaine plaie établissait sa culpabilité

<sup>12</sup> Jean-Philippe Lévy, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge », in La preuve, Recueil de la Société Jean-Bodin, XVII, 1965, p. 137

<sup>13</sup> La preuve complète peut résulter de la sommation de deux demi preuves

fondamentaux dont l'objet est de protéger l'individu contre les intrusions et abus des agents de l'autorité.<sup>14</sup> C'est pourquoi, la liberté de la preuve est encadrée par certains principes. Si le juge est libre d'apprécier les preuves qui lui sont soumises selon son intime conviction, la liberté dans la collecte et l'administration de la preuve pénale a pour limite le respect des principes de dignité et de loyauté<sup>15</sup>.

Au regard des innovations du code de procédure pénale et de certaines lois qui l'ont précédé, l'évolution de ces différents principes suscite bien de questions. Quelle est la valeur actuelle du principe de dignité face à l'émergence de procédés probatoires légaux favorisant des intrusions massives dans l'intimité de la vie privée<sup>16</sup> et des atteintes plus ou moins graves à l'intégrité physique des suspects ? Que reste-t-il du principe de loyauté face à l'effet combiné de l'accroissement du rôle des parties privées dans la collecte de la preuve et la consécration jurisprudentielle du principe de l'admission des preuves déloyales produites par ces particuliers ? Que reste-t-il de la liberté d'appréciation du juge, de son intime conviction, face à l'émergence des preuves scientifiques, considérées par certains comme étant « *des preuves parfaites* » ?

A l'analyse, ces différentes questions laissent apparaître un certain déclin de ces trois principes. Sans doute conscient, de cet état des lieux, le législateur a introduit une innovation majeure dans le nouveau code de procédure pénale. Il a édicté des principes directeurs<sup>17</sup> de la procédure pénale qui apparaissent comme « *un ensemble de règles qui vont encadrer le procès pénal et les atteintes aux libertés fondamentales* »<sup>18</sup>. Au nombre de ceux-ci figurent les principes de proportionnalité et du contradictoire qui s'appliquent avec plus ou moins d'intensité à la recherche, l'administration et à l'appréciation de la preuve pénale. Ainsi, dans la recherche et la production de la preuve, les atteintes à la dignité ne sont admises que si elles sont utiles et nécessaires, c'est-à-dire *proportionnées* aux buts visés. De même, les preuves déloyales ne peuvent fonder la décision du juge que si elles sont soumises à la discussion contradictoire des parties. Le code de procédure pénale semble faire de la proportionnalité et du contradictoire, des compléments aux principes de dignité et de loyauté. Le principe de proportionnalité vient au

---

<sup>14</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, éd ECONOMICA, 2013 ; P408.

<sup>15</sup> Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 13<sup>e</sup> édition, ed CUJAS

<sup>16</sup> Interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication, Articles 108 et suivant du Code de procédure pénale ; Prélèvements obligatoires effectués sur les personnes soupçonnées d'avoir commis certaines infractions graves articles 558 et suivant code de procédure pénale.

<sup>17</sup> Ces principes directeurs qui constituent une innovation du nouveau code de procédure pénale figurent dans son article préliminaire et exposent toute la philosophie qui gouverne la procédure pénale.

<sup>18</sup> Joseph DJOGBENOU, *op cit* P 19.

soutien du principe de dignité en déclin alors que le contradictoire agit comme un complément à un principe de loyauté fréquemment écarté.<sup>19</sup>

Le système de la preuve morale a semble-t-il entamé une lente mais profonde transformation. L'on peut s'interroger sur le point de savoir quels sont les effets de cette métamorphose ?

La métamorphose de la preuve pénale se traduit par un double mouvement. Le premier entraîne un déclin relatif de la preuve morale (Première partie) par l'affaiblissement de ses fondements classiques. Le second provoque un renouveau corrélatif de la preuve morale (Deuxième partie) par l'affirmation de nouveaux principes.

---

<sup>19</sup> Phillipe BONFILS, Jérôme Lasserre CAPDEVILLE, Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale, in La réforme du Code de procédure pénale, opinio doctorum, (dir) Valérie MALABAT, Bertrand de LAMY, Muriel GIACOPELLI, Dalloz, 2009, pp 248. P. 410



**PREMIERE PARTIE :**

**UN DECLIN RELATIF DE LA PREUVE MORALE**

## **PREMIERE PARTIE : UN DECLIN RELATIF DE LA PREUVE MORALE**

La preuve morale est caractérisée par le principe de la liberté de preuve.

Le code de procédure pénale, fixe le principe en son article 447. La liberté de la preuve concerne les trois étapes que sont : la collecte, la production et l'appréciation de la preuve.

La liberté dans la collecte et l'administration de la preuve n'est toutefois pas absolue. Il importe à la dignité de la justice et au respect qu'elle doit inspirer, de ne mettre en œuvre aucun moyen qui attente aux valeurs fondamentales.<sup>20</sup> C'est pour cette raison que la collecte et l'administration de la preuve doivent se faire selon des moyens légaux. La liberté de la preuve pénale est ainsi encadrée par la légalité. La légalité des modes de preuve proscrit d'une part les preuves obtenues en violation de la dignité humaine et d'autre part, celles collectées par des procédés déloyaux.

Quant à la liberté dans l'appréciation des preuves, elle suppose que le juge n'est lié dans son office par aucune hiérarchisation des preuves qui lui sont soumises. Il apprécie souverainement ces dernières selon son intime conviction.

L'évolution du droit de la preuve fait toutefois apparaître un double mouvement : le premier entraîne un recul de la légalité de la preuve notamment par l'admission des preuves obtenues en violation de la dignité humaine et de la loyauté, le second, consécutif à l'émergence des preuves scientifiques, érode la liberté d'appréciation des preuves par le juge.

La métamorphose engendrée par ce double recul provoque un déclin relatif de la preuve morale. Ce déclin se traduit par la fragilisation de la légalité dans la collecte et l'administration de la preuve (Chapitre I), et l'érosion de la liberté du juge dans l'appréciation des preuves (Chapitre II)

---

<sup>20</sup> Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, 16<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1995

## Chapitre I : La fragilisation de la légalité dans la collecte et l'administration de la preuve

Quoique la manifestation de la vérité soit l'objectif capital du procès répressif, cette vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen.<sup>21</sup>

Ainsi la preuve ne peut être collectée et administrée que par des moyens légaux. Deux principes essentiels résultent de l'exigence de la légalité dans l'obtention et la production des preuves. Il s'agit des principes de dignité et de loyauté.

La dignité de la preuve impose le respect de l'être humain, qu'il s'agisse de son droit à l'intégrité physique, à la vie privée ou de sa liberté. Dans la réalité cependant, l'impératif de l'efficacité dans la répression a conduit à l'admission progressive de plusieurs exceptions au principe de la dignité de la preuve.

La loyauté de la preuve interdit le recours à des ruses, des stratagèmes ou plus généralement, à des procédés déloyaux<sup>22</sup>. Imposé aux acteurs publics du procès pénal, le principe de la loyauté n'a aucune valeur à la charge des acteurs privés, l'accès à la preuve étant libre. On observe cependant une tendance de plus en plus marquée à l'intervention des plaignants dans la recherche de la preuve (vol de documents ou photocopies, enregistrement clandestin....) et la jurisprudence admet la production de telles pièces.<sup>23</sup> La participation accrue des particuliers à la collecte de la preuve porte le risque d'un contournement de la légalité, la tendance semble être à l'admissibilité progressive des preuves obtenues en violation de la loi<sup>24</sup>

Ainsi apparaît une fragilisation de la légalité dans la collecte et l'administration de la preuve. Cette fragilisation atteint la légalité dans ses deux composantes que sont les principes de dignité et de loyauté. D'un côté la dignité recule. (I) De l'autre la loyauté s'érode (II).

---

<sup>21</sup> Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, 16<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1995

<sup>22</sup> Ch réun. 31 janv.1888.I.241, note J,-E-L

<sup>23</sup> P. CHAMBON, C .GUERY Droit et pratique de l'instruction préparatoire 6<sup>e</sup> édition, Dalloz 2007, P 769

<sup>24</sup> E. MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2002, P.263

## Section 1 : Le recul du principe de dignité

Toute personne bénéficie d'un certain nombre de droits au nombre desquels le respect de sa dignité, avec pour corollaire le respect de son intimité et de sa liberté d'expression.

La notion de dignité n'a pas fait l'objet d'une définition précise. Les philosophes enseignent que « *la dignité humaine est en général évoquée...en vue de renforcer une décision prise en faveur d'un traitement favorable pour l'homme, surtout s'il est gravement menacé dans son intégrité physique ou mentale.* »<sup>25</sup> A partir de là, Jean PRADEL déduit que « *la dignité apparaît comme le contraire de la violence qu'elle soit physique ou morale.* »<sup>26</sup>

Corollaire du principe de dignité, la notion de vie privée a été définie comme « *l'intimité de l'être humain en ses divers éléments afférents notamment à sa vie familiale, à sa vie sentimentale, à son image ou à son état de santé, qui doivent être respectés en ce qu'ils ont trait à l'aspect le plus secret et le plus sacré de la personne* »<sup>27</sup>. La constitution béninoise consacre le principe de l'inviolabilité du domicile et du secret de la correspondance<sup>28</sup>

Les autorités publiques en charge de la collecte des preuves sont astreintes au respect de ces principes. Cependant, plusieurs modes de preuve contraires à la dignité sont admis aussi bien par la jurisprudence que par la loi. Ainsi des preuves obtenues par la violence sont valables de même que des preuves obtenues en violation de l'intimité de la vie privée remplissent parfaitement leur office.

Il en résulte une admission de la violence comme procédé de collecte de la preuve (Paragraphe I) et un recul de l'intimité de la vie privée face aux nécessités probatoires (Paragraphe II).

### ***Paragraphe 1 : Une admission de la violence comme procédé de collecte de la preuve.***

La violence peut être morale ou physique. La violence morale peut être définie comme une soumission sans répit à des attaques incessantes et répétées.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> S. Tzitzis, *la personne, l'humanisme, le droit*, Les presses de l'Université Laval, Québec, 2001. P 38.

<sup>26</sup> Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 13<sup>e</sup> édition, EDITIONS CUJAS, p. 369

<sup>27</sup> Paris, 5 déc. 1997, D. 1998, IR 32

<sup>28</sup> Article 20 et 21 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990

<sup>29</sup> Trib correctionnel de Paris, 25 oct. 2002, JCPE 2003, p. 1152.

La violence physique s'entend d'une part de la torture<sup>30</sup> et des traitements inhumains ou dégradant, et d'autre part, des techniques d'investigation corporelles qui portent atteinte à l'intégrité physique.

La violence qu'elle soit physique ou morale est en principe un obstacle absolu à la collecte de la preuve. Dans la pratique cependant la violence semble devenir un obstacle relatif. La violence morale semble être tolérée (A), alors qu'on assiste à l'émergence de techniques d'investigations supposant une atteinte à l'intégrité physique (B).

### **A- L'admission de la violence morale**

La violence morale est en principe interdite dans la collecte de la preuve en ce qu'elle porte atteinte à la dignité humaine. Cette interdiction perd cependant son sens en raison de la nature de la violence morale. Il s'agit en effet d'une violence intrinsèque qui ne laisse aucune trace physique. Tout examen médical paraît bien inutile à rapporter la preuve de l'existence de ce type de violence. Les conclusions des deux arrêts<sup>31</sup> de la chambre criminelle de la cour de cassation française qui posent le principe de l'interdiction de toute violence morale au cours de l'enquête préliminaire sont à cet égard assez symptomatiques. Dans les deux espèces, la cour a rejeté le pourvoi en estimant que les demandeurs n'avaient pas établi la réalité de la violence morale dont ils prétendent avoir été victimes. On ne peut s'empêcher de souligner le paradoxe du problème de la violence morale. D'un côté une interdiction formelle, de l'autre une quasi impossibilité à faire la preuve de son existence. Pourtant il y a bien, dans certains cas, une violence morale à l'œuvre dans la collecte de la preuve. Cette violence s'exerce surtout lorsque le suspect fait l'objet d'une mesure de garde à vue au cours de l'enquête préliminaire ou est placé en détention provisoire à la phase de l'instruction préparatoire. Cette violence semble tolérée dès lors qu'elle ne dépasse pas un certain seuil. Elle n'est pas un obstacle réel à la collecte de la preuve.

A côté de cette violence morale tolérée, l'on assiste à l'émergence de techniques d'investigation supposant une atteinte à l'intégrité physique.

---

<sup>30</sup> La convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 26 juin 1987 définit la torture comme « *tout acte par lequel une douleur, ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne, des renseignements ou des aveux, de la punir, de l'intimider ou de faire pression ....* ».

<sup>31</sup> Cass. Crim. 26 février.1991, Bull. Crim, n°97 et Cass. Crim,10 mars 1992, Bull. Crim, n°105

## **B- L'admission de la violence physique**

Le plein respect de l'intégrité physique impose le rejet de toute technique consistant à porter atteinte au corps humain<sup>32</sup>.

Pourtant, avec le développement de la science et les mutations de la criminalité on assiste à l'émergence d'un certain nombre de procédés probatoires susceptibles de porter une atteinte plus ou moins grande à l'intégrité physique. Il en est ainsi des prélèvements corporels, internes ou externes tels que les prises de sang.<sup>33</sup>

Ce type de prélèvement est prévu par les dispositions spéciales de procédure relatives à la production et au trafic illicite des substances sous contrôle. Le code de procédure pénale donne la possibilité aux agents chargés de la répression de ces infractions de soumettre les suspects à des examens médicaux de dépistage. Les suspects qui refuseront de se soumettre à ces examens seront passibles de peines de prison et d'amendes. L'article 558 du code de procédure pénale dispose à cet égard : *« Lorsque des indices sérieux laissent présumer qu'une personne transporte des drogues dissimulées dans son organisme, les fonctionnaires habilités à constater l'infraction pourront soumettre ladite personne à des examens médicaux de dépistage.*

*Toute personne qui aura refusé de se soumettre aux examens médicaux prescrits sera punie d'un emprisonnement de un (01) an à cinq (5) ans et d'une amende de cinq cent mille (500 000) et cinq millions (5 000 000) de francs ou de l'une de ces deux peines seulement. »*

En application de ces dispositions, les personnes soupçonnées d'avoir ingurgité de la drogue et de se servir de leur estomac comme moyen de transport sont soumises de gré ou de force à des prélèvements médicaux ou à l'administration de substances destinées à expulser le produit de leur estomac.

Même si ces pratiques sont justifiées par la nature de l'infraction, elles n'en constituent pas moins des atteintes à l'intégrité physique. L'usage de la force dans le but de recueillir des éléments de preuve peut s'analyser en un traitement inhumain et dégradant.

---

<sup>32</sup> Théos NZASHI LUHUSU, L'obtention de la preuve par la police judiciaire, Thèse de Doctorat, Université Paris ouest Nanterre la Défense, nov.2013, 568P

<sup>33</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, éd ECONOMICA, 3<sup>e</sup> éd ,2013 p.421

La métamorphose de la preuve pénale conduit à un affaiblissement de la violence comme obstacle à la collecte de la preuve. Elle provoque également un recul de l'intimité de la vie privée face aux nécessités probatoires.

### *Paragraphe II : Le recul de l'intimité de la vie privée.*

Le droit au respect de la vie privée et à la protection du domicile est sans doute le droit fondamental le plus altéré par les investigations conduites dans le cadre de la procédure pénale.<sup>34</sup>

Face aux nécessités probatoires la sphère privée est de moins en moins un refuge ou un sanctuaire où le citoyen pourrait mettre à l'abri ses secrets. Il existe une diversité des mesures attentatoires à la vie privée.

Certaines de ces mesures sont classiques (A). D'autres sont nouvelles et traduisent l'augmentation des atteintes à l'intimité de la vie privée dans la collecte de la preuve (B).

#### **A- Les atteintes classiques à l'intimité de la vie privée**

Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut classer dans cette catégorie les perquisitions, visites domiciliaires et fouilles. Il s'agit d'un ensemble de mesures intrusives et coercitives dont l'objet est de recueillir l'information directement auprès de la personne concernée en pénétrant dans son domicile, en s'emparant de certains documents ou objets personnels...<sup>35</sup>.

Au sens de l'article 50 du code de procédure pénale, si la nature du crime est telle que la preuve puisse en être acquise par la saisie de papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir les pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire en informe le procureur de la République et se transporte sans désemparer au domicile de ces dernières pour y procéder à une perquisition.

---

<sup>34</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op cit p. 422

<sup>35</sup> Article 100 et 101 du Code de procédure pénale

La perquisition peut avoir lieu aussi bien chez la personne mise en cause que chez un tiers.<sup>36</sup> Le code de procédure pénale fixe les conditions de validité ces différentes intrusions dans la vie privée.

Ces intrusions dans la vie privée sont également admises sous le nom de « fouilles » sur les personnes mêmes ou encore dans leur véhicule.

A ces différentes intrusions « classiques » dans la vie privée s'ajoute une multiplicité sans cesse croissante de mesures nouvelles attentatoires à l'intimité de la vie privée.

### **B- La multiplicité des atteintes nouvelles à l'intimité de la vie privée.**

Ces atteintes nouvelles à l'intimité de la vie privée se développent au rythme des évolutions technologiques et scientifiques.

On peut citer : les réquisitions tendant à obtenir des informations détenues par des tiers, le stockage des données à caractère personnel, les interceptions de correspondance émises par voie de télécommunication, les sonorisations et captation d'image.

Les réquisitions tendant à obtenir des informations détenues par des tiers ont connu une ascension fulgurante ces dernières années. Ces techniques d'investigation connaissent un succès certain auprès des officiers de police judiciaire et des magistrats surtout à cause de l'usage généralisé des téléphones portables. Ces réquisitions sont le plus souvent adressées aux opérateurs de télécommunication, aux banques, à l'administration fiscale.... Elles ont pour but de collecter les nombreuses traces électroniques que chacun laisse involontairement derrière lui en utilisant son téléphone portable, sa carte bancaire ou simplement en se connectant à internet. Cette simple collecte suffit en général à reconstituer la vie personnelle, familiale et professionnelle de la personne qui en est l'objet, en faisant apparaître ses fréquentations, ses horaires, ses goûts....<sup>37</sup> Elles constituent en cela une atteinte poussée à l'intimité de la vie privée.

Le stockage des données à caractère personnel conduit à un suivi et un contrôle étroit de la personne lorsque ces données sont soumises à un traitement automatisé. Ainsi en est-il du

---

<sup>36</sup> Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, 16<sup>e</sup> édition, DALLOZ, 1996

<sup>37</sup> Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, op cit

fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) prévu par le code de procédure pénale<sup>38</sup>. Ce fichier enregistre non seulement les données génétiques de personnes condamnées pour certaines infractions graves mais également celles des personnes à l'égard desquelles il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une de ces infractions<sup>39</sup>. La cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion d'affirmer que la conservation des données génétiques des personnes simplement soupçonnées mais non encore condamnées constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée<sup>40</sup>.

Les interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication<sup>41</sup> concernent les interceptions de correspondance émises ou reçues sur des équipements terminaux tels que téléphone, télécopieur, minitel, récepteurs de service de radiomessagerie, télex<sup>42</sup>. Entrent dans cette catégorie les écoutes téléphoniques qui connaissent un développement croissant en raison de l'usage généralisé des téléphones. Ce mode de preuve offre un vaste champ aux intrusions de l'autorité publique dans l'intimité de la vie privée. Ce type d'interception présente un caractère intrusif poussé.

Il en est de même de la sonorisation qui permet de capter clandestinement et en direct des propos tenus dans un lieu privé ou en privé dans un lieu public.<sup>43</sup>

La captation et la fixation d'images dans un lieu non accessible au regard du public et à l'insu de l'intéressé constituent également une atteinte à l'intimité de la vie privée, atteinte aussi grave que la sonorisation.

Le développement technologique a favorisé l'émergence de nouveaux procédés probatoires qui constituent une intrusion massive dans l'intimité de la vie privée. Ces immixtions dans la vie privée ont pour fondement la recherche de l'efficacité dans la répression du crime. Nombreuses sont cependant les dérives observées dans l'usage de ces techniques d'investigation. Les atteintes aux droits humains qu'elles favorisent ne semblent pas compatibles avec une société démocratique.

---

<sup>38</sup> Il s'agit d'une innovation du nouveau code de procédure pénale en ses articles 818 et 819

<sup>39</sup> article 818 alinéa 2 du code de procédure pénale

<sup>40</sup> CEDH, 4 déc. 2008, Marper c/ Royaume-Uni

<sup>41</sup> Il s'agit là aussi d'une innovation du code de procédure pénale, art 108 et 109

<sup>42</sup> Joseph DJOGBENOU ( dir), Code de procédure pénale commenté et annoté, les éditions du CREDIJ, 2013, P 60

<sup>43</sup> Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Procédure pénale, 16<sup>e</sup> édition, DALLOZ, 1996

La fragilisation de la légalité dans la collecte et l'administration de la preuve se traduit non seulement par le recul de la dignité comme obstacle à la collecte de la preuve mais aussi par l'érosion du principe de loyauté.

## Section 2 : L'érosion du principe de loyauté.

La légalité dans la collecte de la preuve n'est pas uniquement fondée sur la dignité des procédés probatoires. Elle est aussi tirée de la loyauté de la preuve.

D'essence jurisprudentiel, le principe de loyauté a été défini par la doctrine comme « *une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice.* »<sup>44</sup>. D'autres auteurs définissent la loyauté par son contraire. *Il y a déloyauté lorsque l'enquêteur ou le juge d'instruction use de procédés non conformes aux principes fondamentaux de notre ordre juridique pour obtenir des éléments de preuve. La déloyauté évoque la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre-arbitre*<sup>45</sup>

Le principe de loyauté de la preuve est limité uniquement au domaine de l'enquête publique<sup>46</sup>. Il s'impose aux acteurs publics que sont les officiers de police judiciaire et les magistrats. Les parties privées (victime, mis en cause, témoin, plaignant...) ne sont en principe pas astreintes à l'exigence de loyauté. L'on s'accorde pourtant pour faire le constat de leur participation accrue à la collecte de la preuve. Les parties privées bénéficient d'un renforcement progressif de leur droit de sorte que l'on parle désormais de « *privatisation* » dans la recherche de la preuve.<sup>47</sup>

Cette privatisation dans la recherche de la preuve (1) favorise le contournement du principe de loyauté (1)

---

<sup>44</sup> P. BOUZAT, La loyauté dans la recherche des preuves, Mélanges L. Huguency, op cit p. 172.

<sup>45</sup> Jean PRADEL, Procédure pénale, 13<sup>e</sup> édition, Editions CUJAS, p 372.

<sup>46</sup> Pierre CHAMBON, Christian GUERY, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, 6<sup>e</sup> édition 2007, DALLOZ.

<sup>47</sup> Geneviève GUIDICELLI-DELAGE (Dir), Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni, Mission de recherche droit et justice/Synthèse 107/décembre 2003, <http://www.gip-recherche-justice.fr>

## **Paragraphe 1 : La privatisation dans la recherche de la preuve.**

La privatisation dans la recherche de la preuve traduit l'accroissement du rôle des particuliers dans la collecte et l'administration de la preuve. C'est le renforcement des droits des particuliers dans un domaine où ils avaient un rôle limité.

Les parties privées peuvent être directement impliquées dans la procédure en qualité de mis en cause, de victime, ou de tiers. Leur participation à la collecte de la preuve connaît un accroissement non seulement en raison de l'évolution technologique (possibilité d'enregistrer des conversations, de filmer l'auteur d'une infraction...) mais également à cause des évolutions législatives qui imposent à certaines catégories de personnes de collaborer à la répression de certaines infractions.

Qu'elle soit volontaire (A) ou forcée (B) la collaboration des parties privées à la collecte de la preuve est en plein essor.

### **A- L'essor de la participation volontaire des personnes privées à la collecte de la preuve**

L'efficacité dans la répression suppose une rapidité dans la collecte de la preuve surtout en ce qui concerne certains types d'infractions. Les preuves pénales doivent être recueillies avec célérité puisque avec le temps « *les preuves dépérissent : les indices s'effacent, les témoins oublient ou leur mémoire devient sélective, d'où l'intérêt de rassembler les preuves le plus rapidement possible* »<sup>48</sup>

C'est cette exigence de célérité qui justifie l'intervention des parties privées dans la collecte de la preuve. Bien évidemment, les plaignants et les mis en cause ont intérêt à participer volontairement à la collecte de la preuve les uns pour établir la culpabilité et appuyer l'accusation, les autres pour soutenir leur innocence. Mais les tiers aussi offrent de plus en plus leur participation volontaire à la collecte de la preuve.

La participation volontaire connaît un essor avec la protection et les avantages que la loi accorde à certaines catégories de personnes. Au nombre de celles-ci on peut citer les dénonciateurs, les témoins, les indicateurs et les repentis.

---

<sup>48</sup> Jean PRADEL, « La célérité du procès pénal » RICPT 1984, p 405.

La dénonciation est l'acte par lequel un tiers, qui n'a pas été victime de l'infraction, la porte à la connaissance des autorités de police ou de justice<sup>49</sup>. Le dénonciateur facilite la mission des autorités de police et de justice en leur permettant de prendre connaissance de l'existence de l'infraction. Pour éviter les éventuelles représailles contre les dénonciateurs, la loi accorde aux dénonciateurs une protection particulière. La loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du BÉNIN protège non seulement le dénonciateur mais aussi ses proches contre les actes éventuels de représailles ou d'intimidation.

Ce type de protection qui est de nature à favoriser l'essor de la dénonciation est également prévu pour les témoins.

La protection des témoins concerne d'une part leur adresse et d'autre part leur identité. Ainsi les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction et qui sont susceptibles d'apporter des éléments intéressants la procédure, peuvent sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, déclarer comme domicile, l'adresse du commissariat ou de la brigade de gendarmerie<sup>50</sup>. De plus, en cas de procédure portant sur un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, lorsque l'audition du témoin est susceptible de mettre en danger sa vie ou son intégrité physique ainsi que la vie et l'intégrité physique des membres de sa famille ou de ses proches, le président du tribunal saisi sur réquisitions du procureur de la République, peut par décision motivée, autoriser que les déclarations soient recueillies sans que l'identité du témoin apparaisse dans le dossier de la procédure.<sup>51</sup>

Cette protection est de nature à favoriser l'essor du témoignage. Il en est de même pour les indicateurs.

L'indicateur peut être défini comme « *tout individu qui divulgue à un agent de l'Etat des renseignements relatifs à la perpétration d'une infraction sous le couvert de l'anonymat* »<sup>52</sup>. Les services de police s'appuient sur un grand nombre d'indicateurs dans la répression des infractions. Leur statut n'est pas clairement défini par la législation quand bien même leur collaboration à l'œuvre de justice n'est pas contestée. Ainsi plusieurs procédures sont enclenchées sur des informations fournies par des personnes « *dignes de foi et désirant garder*

---

<sup>49</sup> J.F. GAYRAUD, La dénonciation, PUF, Paris, 1995, p 21.

<sup>50</sup> Article 120 code de procédure pénale.

<sup>51</sup> article 121 code de procédure pénale.

<sup>52</sup> F. LACASSE et Y. POULIN, « la protection juridique des indicateurs de police en droit canadien », Rev. Sc. Crim, avr/juin 2007, p 282

*l'anonymat* ». Les informations fournies par les indicateurs dont le nombre ne cesse d'augmenter apparaissent extrêmement précieuses et permettent d'orienter les investigations.

Une dernière catégorie de particuliers collaborant à la collecte de la preuve voit également son effectif croître. Il s'agit des repentis

Les repentis sont les « *auteurs d'infractions déterminées qui consentent à collaborer avec les autorités répressives en contrepartie d'avantages divers leur permettant soit d'échapper totalement ou partiellement à la peine qu'ils auraient dû normalement encourir, soit de bénéficier de mesures de faveur dans le cadre de l'exécution de leur peine* »<sup>53</sup>. La loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du BÉNIN accorde en son article 37 certains avantages aux repentis. Ces avantages peuvent aller d'une exemption ou d'un allègement de peine à une immunité de poursuite.

Des exemptions et atténuations de sanctions similaires sont prévues par la loi n° 2012-21 du 27 août 2012 portant lutte contre le financement du terrorisme en République du Bénin.<sup>54</sup> A n'en pas douter, ces mesures constituent un encouragement à la collaboration volontaire des personnes poursuivies pour certaines infractions.

En même temps que cette collaboration volontaire, la collaboration forcée des particuliers se développe.

## **B- Le développement de la participation forcée des particuliers à la collecte de la preuve**

Les impératifs de la lutte contre certaines infractions graves telles que le terrorisme, le blanchiment des capitaux, le trafic de drogue, la criminalité transnationale organisée..... ont conduit à l'adoption des dispositions pour renforcer l'efficacité de la répression.

Ces nouvelles législations se caractérisent par l'implication généralisée des particuliers dans la détection des infractions et la collecte des preuves.

Les lois réprimant le blanchiment des capitaux<sup>55</sup>, le financement du terrorisme<sup>56</sup>, la corruption et autres infractions connexes<sup>57</sup> ont institué des débiteurs de déclaration de soupçons. Ces

---

<sup>53</sup> S. d'ORAZIO, « l'évolution de la lutte contre la criminalité grave et organisée en Belgique », in Nouvelles méthodes de lutte contre le criminalité : la normalisation de l'exception, étude de droit comparé, M-L CESONI ( sous la direction de), Bruylant, LGDJ, 2007, p 57

<sup>54</sup> Les articles 39 et 40 de ladite loi fixent les causes d'exemption et d'atténuation des sanctions pénales.

<sup>55</sup> Loi n° 2006-14 du 31 octobre 2006 portant lutte contre le blanchiment des capitaux en république du Bénin.

débiteurs sont des personnes physiques ou morales qui dans le cadre de leur profession conseillent réalisent ou contrôlent des opérations entraînant des dépôts, des échanges, des placements, des conservations ou tous autres mouvements de capitaux ou de tous autres biens. Il s'agit en dehors du trésor public et de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), de tous les organismes financiers. Il s'agit également des professions juridiques indépendantes, lorsqu'elles représentent ou assistent des clients en dehors de toute procédure judiciaire.<sup>58</sup>Toutes ces personnes sont tenues de collaborer à la détection des infractions visées par ces lois. Elles doivent déclarer aux autorités compétentes toute opération suspecte et participer à la collecte des preuves. En cas de manquement à leurs obligations, elles sont passibles de sanctions civiles disciplinaires et pénales.

L'obligation de déclaration de soupçon dont elles sont débitrices connaît un élargissement de son domaine.

Les parties privées interviennent de plus en plus dans la collecte de la preuve. Forcée ou volontaire, cette participation accrue des particuliers aboutit à une « privatisation dans la collecte de la preuve » qui favorise le contournement du principe de loyauté.

### *Paragraphe 2 : Le contournement du principe de loyauté*

Le principe de loyauté est fréquemment écarté lorsque la recherche de la preuve est l'œuvre des parties privées. Celles-ci sont pourtant devenues très actives dans la collecte de la preuve et ne sont pas astreintes au respect du principe de loyauté de sorte qu'on assiste à un contournement de la légalité fondée sur la loyauté.

Ce contournement de la légalité se traduit par la normalisation de l'exception que constitue l'admission des preuves déloyales produites par les particuliers (A). Il est d'autant plus accentué que l'interdiction de la concertation entre agent public et particulier en vue de la production de preuves déloyales se révèle fragile (B)

---

<sup>56</sup> Loi n°2012-21 du 27 août 2012 portant lutte contre le financement du terrorisme en République du Bénin.

<sup>57</sup> Loi n° 2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.

<sup>58</sup> Article 3 de la loi n°2012-21 du 27 août 2012 portant lutte contre le financement du terrorisme en République du Bénin et article 5 de la loi n° 2006-14 du 31 octobre 2006 portant lutte contre le blanchiment des capitaux en république du Bénin.

## A- La normalisation d'une exception

La liberté de preuve ne peut s'analyser en un blanc seing accordé aux parties. Dans la recherche de la preuve, tous les procédés ne peuvent pas être utilisés. Les personnes publiques notamment, ne peuvent pas tout faire en la matière<sup>59</sup>. Le principe est celui de la loyauté de la preuve. Le critère retenu par la jurisprudence française pour établir la déloyauté est celui de l'atteinte au libre arbitre.<sup>60</sup> Le principe de loyauté connaît au moins trois applications que sont les informations obtenues par stratagème<sup>61</sup>, les agissements réalisés par provocation et les détournements de procédure<sup>62</sup>.

L'admission des preuves déloyales lorsqu'elles sont produites par les parties privées est une exception au principe général. Cette exception a été affirmée par la jurisprudence française qui de façon constante a énoncé qu' « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. »<sup>63</sup>.

La chambre criminelle de la cour de cassation française permet désormais à des particuliers d'échapper à toute mise en œuvre de leur responsabilité pénale dans le cas où ils auraient recueilli une preuve grâce à la commission d'une infraction. Ainsi la chambre criminelle de la cour de cassation française exonère de toute responsabilité les particuliers qui auraient commis une infraction pour produire une preuve si la commission de cette infraction était « rendue

---

<sup>59</sup> Philippe Bonfils, Jérôme Lasserre Capdeville, Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale, in la réforme du Code de procédure pénale, Opinio doctorum, Dalloz, 2009 p 248

<sup>60</sup> Jean PRADEL, Procédure pénale, 13<sup>e</sup> édition, EDITIONS CUJAS

<sup>61</sup> On cite souvent l'affaire du juge d'instruction français qui pour renforcer les soupçons contre un suspect l'a joint téléphoniquement en se faisant passer pour son complice. Dans un arrêt (ch réun, 31 janv 1888) la cour de cassation française statuant à l'époque comme conseil supérieur de la magistrature a sanctionné disciplinairement ce juge d'instruction en estimant qu'il « s'était écarté des règles de la loyauté que doit observer toute information judiciaire et constituant, par cela même, un acte contraire aux devoirs et à la qualité du magistrat »

<sup>62</sup> Dans le cas des détournements de procédure, on exprime l'idée que « les pouvoirs d'investigation conférés aux OPJ et à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et dans les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des pouvoirs que la loi ne leur a pas reconnus »

Crim, 18 décembre 1989, BC, n°485, JCP, 1990.II.21530-21531, note P. Chambon ; 11 mai 1992 ; GP, 1993.I.244, note J. Pannier, 17 octobre 1994, BC, n° 333.

<sup>63</sup> Crim. 15 juin 1993, B. n° 210 ; D. 1994, p. 613, note Mascala ; Dr. Pen. Fev. 1994, P 3 : production par la partie civile d'une correspondance qui lui avait été communiquée de manière anonyme – 6 avr 1994, B. n°136, Gaz. Pal. 1994, 2, p. 489 : production d'un film montrant un salarié volant dans la caisse.

*nécessaire par l'exercice des droits de la défense* »<sup>64</sup>. A n'en point douter, il s'agit bien là d'une incitation des particuliers à rechercher des éléments de preuves non seulement par des moyens déloyaux mais encore plus par des moyens illicites.

Par ailleurs, il y a une extension de la liste des particuliers admis à produire des preuves déloyales. En effet, L'admission des preuves déloyales ne concerne pas uniquement les parties privées au procès mais également toute personne agissant à titre personnel. Ainsi en est - il lorsqu'un document ou un objet obtenu de manière illicite ou déloyale est remis au juge d'instruction par la victime d'une infraction non constituée en partie civile ou par une personne étrangère aux faits.<sup>65</sup> C'est aussi le cas même lorsque les preuves déloyales sont produites par un agent de police agissant à titre personnel en qualité de victime.<sup>66</sup>

On observe ainsi une extension progressive du champ de l'exception. Combinée au phénomène de la participation accrue des particuliers à la collecte de la preuve, cette extension provoque une normalisation de l'exception qui entame les contours de la règle. On peut alors convenir avec Jean PRADEL, que le principe de loyauté s'assouplit considérablement et la jurisprudence semble aligner les preuves obtenues par les enquêteurs sur celles réalisées par les parties privées.<sup>67</sup>

La normalisation de l'exception est d'autant plus accentuée que l'interdiction faite aux agents publics de contourner la légalité en se servant des particuliers pour collecter les preuves de manière déloyale se révèle fragile.

---

<sup>64</sup> Le principe a été posé dans deux arrêts de la chambre criminelle de la cour de cassation française en date du 11 juin 2002 et 11 février 2003. Il a été confirmé par un autre arrêt de la même chambre en date du 11 mai 2004.

<sup>65</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op cit P. 436.

<sup>66</sup> Selon la chambre criminelle de la cour de cassation française, « *l'enregistrement par un policier, des propos qui lui sont tenus ne constitue pas un acte susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, lorsqu'il est effectué par lui, non dans l'exercice de ses fonctions en vue de constater des agissements délictueux sur délégation judiciaire, mais pour se constituer la preuve de faits dont il est lui-même victime* »

Crim. 19 janvier. 1999, B. 9 ; JCP 1999, II, 10156, note Rebut ; Drt. Pen. 1999, comm. n°24.

<sup>67</sup> Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 13<sup>e</sup> édition, EDITIONS CUJAS P. 375

## **B- La fragilité de l'interdiction de recherche concertée de preuves déloyales par agents publics et particuliers**

L'admission des preuves déloyales produites par les parties privées connaît certaines limites. L'une d'elles est relative à l'interdiction de la recherche concertée des preuves par les agents publics et les particuliers.

En principe, lorsque des procédés d'investigation sont mis en œuvre par un particulier sur instruction ou avec le concours matériel des enquêteurs, ils doivent être assimilés à des actes d'information ou d'enquête accomplis par des agents de l'autorité et sont soumis comme tels au régime de nullité de procédure.<sup>68</sup> Il s'ensuit qu'à peine d'annulation, ils doivent respecter les exigences de légalité et de loyauté. Il ne serait en effet pas admissible que les enquêteurs aient la possibilité de contourner ces exigences de légalité et de loyauté en faisant accomplir par un tiers des actes qu'ils n'ont pas le droit d'accomplir eux-mêmes.<sup>69</sup> Dans une espèce dans laquelle, un commissaire de police avait mis à la disposition d'un particulier son bureau, sa ligne téléphonique et son magnétophone, le CEDH a estimé que dès lors qu'une personne est intervenue « *à la demande des agents de l'autorité* », l'acte est réputé effectué par eux.<sup>70</sup>

Cette interdiction vise à prévenir les contournements de la légalité par les agents de l'autorité publique. Elle est cependant fragile. Elle ne peut jouer que lorsque la concertation entre autorités publiques et particuliers en vue de la collecte de la preuve par des moyens déloyaux est établie. Or il ne sera pas aisé d'établir cette concertation « *frauduleuse* » en raison de ce que, dans bien d'hypothèses, les victimes et les autorités publiques ont un même intérêt : l'efficacité de la répression. La victime qui recueille des preuves par des moyens déloyaux sur instigation des autorités publiques n'aura aucun intérêt à révéler cette collaboration surtout lorsqu'elle sait que la procédure encourt annulation de ce chef. D'ailleurs, dans bien de cas, la jurisprudence écarte le grief faute de preuve<sup>71</sup>.

L'inquiétude d'Emmanuel MOLINA<sup>72</sup> à cet égard semble alors parfaitement justifiée quand il affirme que « *... Lorsque des particuliers sont autorisés à faire ce qui est interdit aux organes de justice (.....), il existe bel et bien un risque de détournement de procédures* ».

---

<sup>68</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op cit p. 441

<sup>69</sup> Crim 27 fév. 1996, II, 22629, note Rassat – 11 mai 2006, B. n° 132

<sup>70</sup> CEDH, 5 fév. 2008, Ramanauskas c/ Lituanie, 55

<sup>71</sup> Crim. 4 janv. 1974, B. n°2 – 3 avr. 1991, Dr. Pen. 1991, comm. n°333 – 4 sept. 1991, B. n°312, JCP 1992, II, n°21082, note Jeandidier

<sup>72</sup> E. MOLINA, « *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* » RSC 2002, P.263

On s'accordera également avec lui pour conclure que « *la loyauté sort en lambeaux de l'évolution jurisprudentielle récente* ».73

La légalité dans la collecte et l'administration de la preuve pénale est sujette à un déclin progressif qui s'observe à deux niveaux. D'un côté, la légalité fondée sur la dignité des moyens probatoires recule. De l'autre, la légalité tirée de la loyauté s'érode. Or ces deux principes ont vocation à garantir le respect des droits et libertés de la personne mise en cause. Leur affaiblissement, même s'il n'est que partiel, relatif, traduit nettement la volonté du législateur comme de la jurisprudence de donner la priorité à la manifestation de la vérité et à l'efficacité du dispositif répressif. On justifie largement cette tendance par la mutation de la délinquance et de la criminalité modernes. Celles-ci auraient vocation à s'organiser en réseaux de plus en plus impénétrables que les règles probatoires traditionnelles ne permettraient pas de mettre à jour. Force est cependant de constater que nombreuses sont les nouvelles règles probatoires ayant vocation à s'appliquer à des infractions ne relevant pas de la criminalité organisée. S'il est probable que cette métamorphose soit de nature à accroître l'efficacité de notre dispositif répressif, il demeure qu'elle se fait au prix d'importantes dérogations aux droits humains et la fin semble ainsi justifier les moyens.

Les preuves collectées et produites par les parties sont soumises à la libre appréciation du juge. Le déclin de la preuve morale est également perceptible dans l'affaiblissement progressif de la liberté d'appréciation des preuves par le juge.

## **Chapitre 2 : L'affaiblissement de la liberté d'appréciation des preuves par le juge**

Le système de la preuve morale est caractérisé par la liberté de la preuve. Cette liberté a deux composantes essentielles que sont la liberté laissée aux parties au procès relative aux modes de preuve admissibles et la liberté du juge dans l'appréciation des preuves. Librement collectées et administrées, les preuves sont aussi librement appréciées par le juge. L'article 447 du code de procédure pénale dispose à cet effet que « ..... *le juge décide d'après son intime conviction* »

---

<sup>73</sup> E. MOLINA op cit p. 517

La conviction est « *la nécessité où l'on met quelqu'un par des preuves de reconnaître quelque chose pour vrai* »<sup>74</sup>. Dire que le juge décide d'après son intime conviction signifie qu'il peut fonder sa décision sur n'importe quel moyen de preuve porté devant lui, quels que soient le nombre et la gravité des éléments en sens contraire. L'intime conviction est le trait caractéristique de notre système probatoire. Le système de la preuve morale est d'ailleurs aussi connu sous l'appellation de système de l'intime conviction. C'est la liberté d'appréciation selon l'intime conviction qui distingue essentiellement le système de preuve morale de celui de la preuve légale où la certitude est avant tout juridique<sup>75</sup>, le juge étant soumis à des preuves hiérarchisées.

L'essor des preuves scientifiques semble toutefois remettre en cause, cette liberté du juge dans l'appréciation des preuves qui lui sont soumises. La force probante inégalée de certains procédés scientifiques, gage d'efficacité et de rapidité semble conduire à l'érosion progressive de la marge d'appréciation laissée au juge.

La preuve scientifique apparaît ainsi comme un facteur d'affaiblissement de la liberté d'appréciation du juge (Section I). La conséquence de cet affaiblissement semble être un retour à l'ancien système dit de « la preuve légale ». (SectionII)

### **Section 1 : Le facteur de l'affaiblissement : La preuve scientifique.**

L'immixtion de la science dans le droit a provoqué en quelques années une transformation profonde du droit de la preuve. Il y a peu en effet, seuls le témoignage et surtout l'aveu étaient déterminants pour emporter la conviction du juge<sup>76</sup>. Actuellement, le développement scientifique semble faire de la preuve scientifique un élément incontournable de la procédure pénale.

De la preuve scientifique pourtant, il n'existe aucune définition officielle. On peut considérer qu'il s'agit de la démonstration de l'existence d'un fait, d'un état par le recours aux techniques scientifiques. *Par le terme « preuve technique » il conviendra d'entendre toute technique faisant*

---

<sup>74</sup> André LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 16<sup>e</sup> édition, Puf, 1988

<sup>75</sup> Henri LECLERC, L'intime conviction : norme démocratique de la preuve, [www.u-picardie.fr/labo/curapp/revue](http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revue)

<sup>76</sup> T. LEVY, Justice sans dieu, Paris, O. Jacob, 2000. P. 100.

*intervenir un procédé scientifique permettant d'obtenir des aveux ou une analyse précise d'indices recueillis.*<sup>77</sup>

Les preuves scientifiques ont une influence déterminante dans la compréhension des faits, dans la conduite des investigations et dans l'appréciation de la culpabilité des personnes suspectées.

Si le recours à la science est sans conteste rassurant pour les juges qui y voient le moyen d'accéder à la sécurité tant juridique qu'intellectuelle, il reste que le mariage forcé entre le droit et la science se réalise au prix d'un affaiblissement de la liberté du juge dans l'appréciation des preuves.

C'est en raison de leur degré de fiabilité et de leur aptitude à s'imposer face aux autres preuves contraires, que les preuves scientifiques ont un tel effet sur la liberté du juge. Il en est ainsi aussi bien des preuves génétiques (Paragraphe I) que technologiques (Paragraphe II).

### **Paragraphe 1 : La fiabilité de la preuve génétique**

La preuve génétique est basée sur l'étude de l'acide désoxyribonucléique (ADN).

En 1985, Sir Alec Jeffreys démontra que l'ADN contenait des séquences qui se répétaient, et surtout, ce nombre de répétitions variait d'une personne à l'autre en étant transmis par voie mendélienne aux enfants<sup>78</sup>. Il y a une unicité biologique des êtres humains.<sup>79</sup>

La fiabilité de la preuve génétique est fondée sur cette unicité biologique (A) mais est conditionnée par l'existence de fichiers d'empreintes génétiques. (B)

---

<sup>77</sup> Pierre BOLZE, Le droit à la preuve contraire en procédure pénale, Thèse de Doctorat, Université Nancy 2, décembre 2010, p. 364.

<sup>78</sup> Christian DOUTREMEPUICH, Les empreintes génétiques en pratique judiciaire, Bull. Acad. Natle Méd, 2012, 196, n°6, 1117-1130

<sup>79</sup> Cette découverte fut appliquée dès 1986 sur des prélèvements effectués sur deux scènes criminelles en Angleterre. Les résultats obtenus furent comparés à un suspect, et celui-ci fut exclu. Après une étude sur des prélèvements effectués sur tous les hommes de la région, un profil identique à celui retrouvé sur la scène criminelle fut identifié.

## **A- Le fondement de la fiabilité : l'unicité biologique**

*« Tout individu, à l'occasion de ses actions criminelles en un lieu donné, dépose et emporte à son insu des traces et des indices : sueur, sang, poussière, fibre, sperme, terre, et (...) Qu'ils soient de nature physique, chimique ou biologique, ces indices une fois passés au crible d'examens de plus en plus sophistiqués, parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable. »<sup>80</sup>*

L'unicité biologique a été établie par le docteur Alec Jeffreys qui a démontré la possibilité de décomposer l'ADN en séquences spécifiques à chaque individu. En effet, une part importante de l'ADN non codant du génome humain contient des séquences de nucléotides répétées un nombre de fois très variables d'un individu à l'autre. Ainsi, la probabilité que deux êtres humains aient exactement le même ADN serait de un sur plusieurs millions. C'est en cela que le profil génétique est un moyen d'identification à nul autre comparable.<sup>81</sup>

Les premières analyses ADN nécessitaient le recueil de traces biologiques importantes et, qui plus est, provenant de liquides corporels très spécifiques, et qu'on ne laisse pas généralement derrière soi dans n'importe quelle circonstance tels que le sang et le sperme. Cette époque est bien révolue. A présent, grâce à une technique d'amplification de l'ADN, quelques cellules laissées par la peau ou la salive suffisent. Autrement dit, le simple contact entre la main et un objet ou entre les lèvres et un verre ou encore un éternuement au dessus d'une surface quelconque et un nombre infini d'autres gestes anodins sont autant d'occasions, pour chaque individu de répandre autour de lui des masses considérables de son ADN.

L'analyse d'identification par empreinte génétique s'est très vite imposée aux juridictions non seulement comme un moyen d'identifier un criminel avec un degré de certitude jamais atteint, mais encore de disculper avec la même rigueur une personne qui aurait été soupçonnée à tort.

L'analyse génétique n'est cependant efficace à résoudre les enquêtes que si les prélèvements d'ADN peuvent être comparés à d'autres données génétiques. D'où la nécessité de créer des fichiers d'empreintes génétiques.

---

<sup>80</sup> Docteur Edmond Locard, fondateur du 1<sup>er</sup> laboratoire de police scientifique, 1910, cité par B. Durupt, in La police judiciaire, la scène de crime, Paris, Gallimard, 2000, p. 23

<sup>81</sup> Pierre BOLZE, Droit à la preuve contraire en procédure pénale, op cit, p 376.

## **B- La condition de la fiabilité : l'existence de fichiers d'empreintes génétiques**

L'analyse génétique en procédure pénale, est une technique d'identification reposant sur la comparaison entre, d'une part, les profils génétiques de traces découvertes sur les lieux d'une infraction et, d'autre part, les profils génétiques d'échantillons prélevés sur une personne en cours d'information. La comparaison peut également porter sur les profils de traces retrouvés sur les lieux, d'une part et les profils de traces stockés dans des bases de données ADN, d'autre part, ou sur le profil génétique d'échantillon de cellules prélevées d'une part et la banque de données d'autre part.

La comparaison permet d'établir avec un degré de certitude élevé, que la personne concernée se trouvait ou ne se trouvait pas sur les lieux de l'infraction.<sup>82</sup>

Les fichiers d'empreintes génétiques sont des bases de données, souvent nationales, qui enregistrent les profils génétiques des individus impliqués dans la commission de certaines infractions. Les infractions concernées varient d'un pays à l'autre<sup>83</sup> de même que la qualité des individus : témoins, victimes, ascendants, suspects, personnes poursuivies ou condamnées.....

Le Bénin a saisi l'occasion de la réforme du code de procédure pénale pour mettre en place un fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). Il est destiné à enregistrer et à centraliser les empreintes issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques :

- des personnes condamnées pour certaines infractions graves
- des personnes contre lesquelles il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis ces infractions

Ce fichier centralise également les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche d'une disparition ainsi que les empreintes génétiques correspondant ou susceptibles de correspondre aux personnes décédées ou recherchées.<sup>84</sup>

Les infractions concernées sont :

- les infractions de nature sexuelle
- les crimes contre l'humanité et les délits d'atteinte volontaire à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violence volontaires, de menace d'atteinte aux personnes,

---

<sup>82</sup> Michel FRANCHIMONT, Ann JACOB, Adrien MASSET, Manuel de procédure pénale, Larcier 4<sup>e</sup> édition 2012, p. 1216.

<sup>83</sup> C'est la Grande Bretagne qui met en place le premier fichier d'empreinte génétique au monde en 1995.

<sup>84</sup> Art 824 code de procédure pénale.

de trafic de stupéfiants, de traite d'êtres humains, de proxénétisme, de mise en péril des mineurs

- les crimes de meurtre, d'assassinat, de blanchiment de capitaux
- les crimes et délits réprimant la détention d'armes, de munitions de guerre ou leur fabrication<sup>85</sup>

Au regard de la liste des infractions et des personnes concernées, il est à prédire qu'au Bénin comme c'est déjà le cas en Grande-Bretagne et en France, le fichier national automatisé des empreintes génétiques va connaître une explosion du nombre d'empreintes génétiques centralisées. Aussi efficace qu'il soit, le fichage génétique soulève bien de questions éthiques et juridiques. Il viole la dignité humaine en ce qu'il permet de collecter et de conserver des données à caractère personnel non seulement de personnes condamnées mais aussi de personnes simplement soupçonnées.

A l'instar de la preuve biologique, la preuve technologique provoque par sa grande fiabilité, un affaiblissement de la liberté du juge.

### *Paragraphe 2 : La fiabilité des preuves technologiques*

La révolution des technologies<sup>86</sup> a apporté de nouvelles manières de prouver qui ont une capacité de vérité stupéfiante.

De même, à l'heure de l'internet et du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, les preuves numériques offrent de nouvelles possibilités de prouver ayant une fiabilité établie.

La preuve technologique s'entend aussi bien de la preuve analogique (A) que de la preuve numérique (B)

---

<sup>85</sup> Article 825 code de procédure pénale.

<sup>86</sup> Vincent GAUTRAIS, Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, Montréal, Editions Thémis, 212, p 2.-5

## **A- La fiabilité de la preuve analogique**

Cette fiabilité s'observe aussi bien dans la captation de la parole que dans la fixation des images.

La captation de la parole peut se faire suivant deux modalités : l'écoute téléphonique et la sonorisation.

L'écoute téléphonique se définit comme l'acquisition de contenus d'une communication filaire, électronique ou orale qui a lieu par l'intermédiaire d'un dispositif électronique ou mécanique.<sup>87</sup> Encore appelée interception de correspondances émises par voie de télécommunications, cette technique permet de capter à titre de preuve les échanges des personnes suspectes objet de la mesure. Sa fiabilité s'explique par le fait qu'elle permet de saisir des échanges en direct et de localiser les correspondants. Par ailleurs, les échanges instantanés sont beaucoup plus libres et souvent plus « vrais » que les échanges épistolaires<sup>88</sup>. Ils donnent une idée juste de la nature des relations entre les personnes concernées.

La sonorisation peut être définie comme l'utilisation de microphone permettant d'écouter voire éventuellement d'enregistrer des conversations qui se tiennent en un lieu précis qui peut être une pièce, un site extérieur ou un véhicule automobile.<sup>89</sup> La sonorisation permet de capter clandestinement et en direct des propos tenus dans un lieu privé ou en privé dans un lieu public<sup>90</sup>.

La sonorisation présente les mêmes avantages que les écoutes téléphoniques mais paraît encore plus efficace en ce que le dispositif de sonorisation peut être installé aussi bien au domicile, au bureau ou encore dans les véhicules des personnes concernées. Les pratiques d'écoutes téléphoniques étant connues, beaucoup de délinquants hésitent en effet à avoir des conversations compromettantes au téléphone. La sonorisation permet de contourner cette précaution et de saisir les preuves de l'infraction avec efficacité.

---

<sup>87</sup> D. Giannalopoulos et R. Parizot, « la preuve technologique des interceptions et surveillances », in : les transformations de l'administration de la preuve pénale, dir. G. Giudicelli-Delage, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 245

<sup>88</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, op cit P.425.

<sup>89</sup> G. Accomando et C. Guéry, « La sonorisation, un mode légal de preuve ? » ; D. 2002, n°25, Doctr. P. 2001

<sup>90</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, op cit p . 426

La captation et la fixation d'images vont au-delà du simple enregistrement sonore. L'irruption de l'image dans le droit de la preuve n'est pas nouvelle. D'abord fixe sous forme de photographie, l'image s'est ensuite animée pour retracer des scènes complètes de la vie. La représentation du réel en image bénéficie d'un immense crédit que traduit l'adage populaire « *il faut le voir pour le croire* ». L'image vidéo constitue une preuve, « *un certificat de réalité. Plus qu'une représentation, il s'agit d'une présentation.* »<sup>91</sup> L'usage de la vidéosurveillance a connu un grand développement ces dernières années. Il s'agit de tout système comprenant une caméra couplée à un moniteur ou à un enregistreur et pouvant faire l'objet soit d'une vision directe soit d'un enregistrement vidéo. La vidéosurveillance permet l'identification du délinquant et la détermination des circonstances de l'infraction. C'est pourquoi elle se révèle comme un mode de preuve dont la grande fiabilité limite la liberté d'appréciation du juge et oriente presque irrémédiablement sa décision.

Les preuves numériques ont également acquis un degré de fiabilité comparable à celui de certaines preuves analogiques.

## **B- La fiabilité des preuves numériques**

Avec le développement de l'informatique, trois grandes familles d'infractions font intervenir l'objet numérique. Il s'agit :

- des crimes et délits où l'objet numérique est utilisé de façon accessoire. C'est le cas par exemple des échanges de SMS dans un trafic de stupéfiants, de fichiers de comptabilité dans un détournement de fonds....
- Des crimes et délits où l'objet du numérique est utilisé de façon principale. C'est le cas des contenus illicites sur internet (pédopornographie, diffamation, xénophobie..)
- Des crimes et délits où l'objet numérique est l'objet même de l'infraction. C'est l'exemple des contrefaçons de carte bancaire<sup>92</sup>.

Dans tous ces cas, l'objet numérique peut contenir des données intéressantes pour l'enquête, des preuves irréfutables.

---

<sup>91</sup> A. Vitalis, « Vidéosurveillance et libertés individuelles » ; Revue de la Gendarmerie Nationale, 2<sup>ème</sup> trimestre 2001, n° 199, p. 25

<sup>92</sup> Nicolas DUVINAGE, Recueil et analyse de la preuve numérique, 2008 [www.sstic.org/...](http://www.sstic.org/...) preuve numérique .

La preuve numérique peut être définie comme tout élément matériel ou immatériel (disque dur, téléphone GSM, fichiers-utilisateurs, logs ..... ) recueilli et analysé dans le respect de la législation en vigueur conformément à l'état de l'art technique du moment et apportant un indice susceptible de disculper ou d'incriminer une personne.<sup>93</sup>

De même que le simple contact avec une personne ou un objet laisse des traces d'ADN qui peuvent être recueillies et analysées comme preuves dans le cadre d'une enquête, de même à chaque connexion à internet, à chaque appel téléphonique nous laissons des traces qui peuvent être utilisées comme preuves. La preuve numérique se développe et croît en fiabilité.

De nombreux modes de preuve numérique sont comparables à ceux qui existent dans le monde analogique : perquisition, infiltration, patrouille, captation de données.....

Sans prétendre à l'exhaustivité nous allons envisager d'une part les perquisitions en ligne, les infiltrations numériques et les cyber-patrouilles avant d'étudier la fiabilité des captations de données et les mises au clair de données chiffrées d'autre part.

#### *1- La fiabilité des perquisitions en ligne, les infiltrations et les cyber-patrouilles*

*« Les perquisitions en ligne consistent pour les enquêteurs, tout en sécurisant l'intégrité et le caractère irréfutable des éléments de preuve, à pénétrer à distance dans des systèmes informatiques présents sur l'ensemble du territoire et, dans le respect des accords internationaux, à l'étranger, pour aller copier le contenu de ces systèmes sur tout support de stockage »<sup>94</sup>*

Les perquisitions informatiques peuvent être faites directement sur le système informatique objet de la perquisition. Elles peuvent également se réaliser à distance. L'enquêteur ne se déplace pas mais installe un système informatique qui lui permet d'accéder à distance au système dans lequel sont stockées les données qu'il veut perquisitionner.

L'article 30 de la directive de la CEDEAO portant lutte contre la cybercriminalité <sup>95</sup>ouvre aux autorités compétentes nationales, la possibilité « *d'opérer des perquisitions ou saisies ou (d') accéder à tout système informatique pour la manifestation de la vérité* »<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> ibidem.

<sup>94</sup> Emmanuel ADJOVI, Le nouveau code de procédure pénale du Bénin manque le rendez-vous du numérique, in De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE, ed, CREDIJ, 2014, P. 50

<sup>95</sup> Directive C/DIR/1/08/11 portant lutte contre la cybercriminalité.

<sup>96</sup> Emmanuel ADJOVI, op. cit, P 51

Les perquisitions informatiques peuvent aboutir à la saisie des supports numériques ou à une copie des données. Pour être fiables, les copies doivent être réalisées selon certaines normes pour éviter une modification des données et assurer la conformité des données copiées à l'original.

L'infiltration consiste pour un officier ou un agent de police spécialement habilité, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs<sup>97</sup>.

Au cours de l'infiltration numérique, l'enquêteur se met en contact avec des personnes susceptibles d'être les auteurs des infractions sur lesquelles portent ses investigations. Il utilise un pseudonyme, participe aux échanges, acquiert et conserve du contenu illicite sans pour autant inciter à la commission de l'infraction.

Les cyber-patrouilles consistent dans la surveillance électronique d'une ou plusieurs personnes contre lesquelles il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis une infraction relevant de la criminalité organisée.

## *2- La fiabilité des captations de données et la mise au clair de données chiffrées*

La captation de données informatiques est une mesure qui consiste dans la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'accéder, en tous lieux, à des données informatiques, de les enregistrer, les conserver, les transmettre telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données ou telles qu'il les y introduit par la saisie des caractères.<sup>98</sup>

Pour la captation des données électroniques, les enquêteurs s'introduisent discrètement dans un système informatique utilisé par les cybercriminels pour en consulter les données et en extraire les preuves.

L'objectif de la captation de données informatiques est de prendre connaissance du contenu d'un texte avant qu'il ne soit crypté ou déplacé sur un autre support informatique tel qu'un

---

<sup>97</sup> Pierre CHAMBON, Christian GUERY, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, ed Dalloz, 2007, P 83

<sup>98</sup> Emmanuel ADJOVI, op. cit. P 53

disque dur externe, une clé USB, un CD-ROM. La captation de données informatiques peut également avoir pour objectif de capter des messages échangés en temps réel sur internet.

Le procédé n'est pas loin des sonorisations, captations et fixations d'images ainsi que des interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication. D'ailleurs au Cameroun et au Sénégal, ce procédé est désigné sous les vocables : « interception de communication électroniques » et « interception des données informatisées ».

La mise au clair des données chiffrées désigne le déchiffrement des données cryptées.

Plusieurs entreprises comme des particuliers ont de plus en plus recours à des outils de cryptographie pour garantir la confidentialité de leurs échanges sur internet. En raison de ce développement, on peut sans aucun doute affirmer que la cryptanalyse et le contournement des techniques cryptographiques vont devenir au cours des années à venir un domaine essentiel de la criminalistique dans ce domaine de la preuve numérique.

Les preuves scientifiques ont connu ces dernières années un développement fulgurant non seulement d'un point de vue quantitatif mais aussi qualitatif. Leur fiabilité ne cesse de s'améliorer. L'immense crédit dont elles bénéficient se traduit par les superlatifs qui servent à les désigner : preuves infaillibles, preuves parfaites, reines des preuves..... Elles semblent devenir une nouvelle ordalie qui réduit considérablement la liberté d'appréciation du juge.

Cet affaiblissement de la liberté d'appréciation des preuves par le juge, de par ses conséquences, appelle à s'interroger sur le point de savoir s'il n'y a pas un retour implicite au système dit des « preuves légales »

## **Section 2 : Les conséquences de l'affaiblissement : un retour au système des preuves légales ?**

La liberté d'appréciation des preuves reconnue au juge dans notre système probatoire semble s'éroder au fur et à mesure que les preuves scientifiques gagnent en fiabilité. Désormais, la décision du juge semble irrémédiablement déterminée par la qualité de la preuve scientifique produite devant lui.

Deux phénomènes traduisent cette métamorphose et rappellent l'ancien système de la preuve légale. Il s'agit de la hiérarchisation implicite des modes de preuve (1) et du déplacement du centre de la décision du juge à l'expert (2).

### ***Paragraphe 1 : La hiérarchisation implicite des modes de preuve***

L'évolution majeure opérée par le système de preuve morale dit de l'intime conviction est la suppression, du moins formelle, de la hiérarchisation des modes de preuve qui caractérisait le régime de la preuve légale. L'aveu, jadis « reine des preuves » est devenu un élément de preuve au même titre que les autres et soumis à la libre appréciation du juge.

Or, le développement de la preuve scientifique semble remettre en cause cette évolution. Considérée par certains auteurs comme « *une preuve parfaite* », la preuve scientifique s'est imposée comme un élément central de toute procédure pénale qui s'installe au sommet de la hiérarchie. Dans le même temps, l'aveu continue d'être un élément de preuve recherché par les acteurs du procès pénal et distance les autres modes de preuve.

Aussi peut-on considérer que le système probatoire qui se dessine est dominé par la preuve scientifique et l'aveu (A) tandis que les autres modes de preuve n'ont qu'un rôle accessoire (B).

#### **A- La double domination de la preuve scientifique et de l'aveu**

Au regard de la crédibilité accordée à la preuve scientifique, celle-ci est devenue l'élément central de toute enquête policière. Face aux crimes, officiers de police judiciaire et magistrats recherchent prioritairement des indices selon des méthodes scientifiques. Ces indices sont complétés par les aveux des personnes soupçonnées de sorte que l'enquête et le procès semblent désormais n'avoir que deux objectifs principaux : la recherche scientifique des preuves et l'obtention des aveux. La preuve scientifique est considérée comme une preuve parfaite (1) tandis que l'aveu n'a pas totalement perdu ses attributs de reine des preuves (2)

## 1- La preuve scientifique, preuve parfaite

En principe, dans le cadre du procès pénal, la preuve des faits peut être rapportée par tout moyen. Ce principe de la liberté de preuve signifie qu'aucun moyen de preuve n'a une autorité supérieure à un autre. Cependant, le qualificatif de preuve parfaite, autrement dit de preuve infaillible s'applique aux preuves biologiques et technologiques. Aussi les résultats d'expertise scientifiques, les analyses génétiques, les éléments recueillis à la suite d'interception de correspondance, de sonorisation, de captation de données etc.... sont - ils considérés comme infaillibles. Ils sont susceptibles d'emporter, plus que tout autre moyen de preuve, la conviction des juges. Il apparaît en effet que la preuve scientifique ne laisse que peu de place à l'intime conviction du magistrat dont elle emporte la décision. Cette place est particulièrement restreinte en matière de tests génétiques que certains auteurs considèrent comme la « reine des preuves »<sup>99</sup> à l'instar de l'aveu jadis.

La force de conviction de la preuve scientifique lui vaut tous les qualificatifs les uns plus élogieux que les autres. L'idée que « *l'indice ne ment pas* » est généralement répandue dans l'opinion publique.

La preuve scientifique est ainsi devenue au fil des ans une sorte de panacée au regard de la confiance qu'elle inspire. Lorsque les protocoles de collecte et d'analyse des indices scientifiques sont respectés la preuve scientifique devient un élément déterminant de l'issue des procès. Elle permet aussi bien d'établir la culpabilité que l'innocence de la personne poursuivie.

En dépit de sa fiabilité, il faut reconnaître que la preuve scientifique n'est nullement une preuve absolue, encore moins infaillible. L'histoire de la justice regorge d'exemples de procès où les débats ont tourné à la confusion des experts.<sup>100</sup> Face aux controverses suscitées par les résultats de certaines expertises, plusieurs auteurs appellent à la prudence en ce qui concerne l'usage des preuves scientifiques.<sup>101</sup> En effet, la preuve scientifique n'échappe pas au risque de manipulations dont font l'objet les moyens de preuve classique. Des traces d'ADN peuvent être effacées ou laissées exprès sur une scène de crime pour imputer l'infraction à une personne précise et disculper le véritable auteur. La technologie permet, par des moyens relativement simples, de manipuler l'image et le son. La manipulation, le trucage de photos de vidéos et de sons peuvent être obtenues par des moyens relativement simples à la portée du grand public.

---

<sup>99</sup> Noël - Jean Mazen, « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », Les petites affiches, La loi. 14 décembre 1994, n°149.

<sup>100</sup> Pierrette PONCELA, « Les experts sont formels » ; Pouvoirs 1990, n°55, p 98.

<sup>101</sup> Steve CURADEAU, « L'expertise pénale des troubles mentaux : un appel à la prudence » [www.usherbrook.ca/droit/fileadmin/site](http://www.usherbrook.ca/droit/fileadmin/site).

Les données informatiques sont facilement altérables et manipulables ce qui remet en cause l'efficacité de la preuve numérique.

C'est dire que l'engouement constaté en faveur des preuves scientifiques doit être modéré pour éviter qu'elles n'affaiblissent pas l'esprit critique des officiers de police judiciaire et des magistrats. Certains ont pu considérer que depuis le début du XXe siècle, les progrès de la science marquaient une évolution vers « *la justice en blouse blanche* ». Force est de constater cependant que plus d'un siècle après l'on a toujours besoin des techniques classiques et éprouvées d'enquête.<sup>102</sup>

Au sommet de ces modes de preuves classiques se trouve l'aveu.

## 2- *L'aveu, éternelle reine des preuves*

Dans le système dit de la preuve légale, l'aveu était considéré comme la « *reine des preuves* ». C'était une preuve pleine, recherchée systématiquement dans le procès pénal au besoin en recourant à la torture. Face à un aveu, le juge devait entrer obligatoirement en condamnation même si d'autres éléments de preuve devaient contredire les aveux.

Le système de l'intime conviction a considérablement réduit la valeur de l'aveu comme preuve et par conséquent son impact sur l'issue des procédures. L'aveu est devenu en principe, un élément de preuve comme tous les autres. Non plus la reine des preuves mais un simple élément dans la recherche de la vérité.

La réduction de l'aveu à sa plus simple expression ne s'est cependant véritablement effectuée qu'en théorie. En pratique en effet, l'aveu continue d'avoir une place importante et un rôle déterminant dans la décision des juges.

Il intervient tantôt comme substitut à la preuve scientifique, tantôt comme complément. Dans les deux cas, la recherche de l'aveu demeure l'un des buts essentiels des enquêteurs et magistrats.

En tant que substitut à la preuve scientifique, l'aveu est recherché lorsque faute de compétences ou en raison de difficultés techniques, il ne peut être obtenue aucune preuve scientifique pour éclairer sur les circonstances de la commission de l'infraction. Contrairement à un pays comme la France ou comme les Etats Unis d'Amérique par exemple, la recherche scientifique des indices

---

<sup>102</sup> B. BOULOC, « Les preuves en matière pénale » in : (dir) C. PUIGELIER, *La preuve*, Paris, Economica, coll « Etudes juridiques », 2004, p.47

quoique prévue par la législation demeure marginale en République du Bénin. Très peu de procédures arrivent devant les juridictions de jugement avec des preuves scientifiques. Conséquence, dans la majorité des procédures, l'enquête tourne autour de l'obtention de l'aveu des personnes soupçonnées. L'aveu tend donc à remplacer la preuve scientifique au sommet de la hiérarchie qui implicitement s'est instaurée.

En tant que complément de la preuve scientifique, l'aveu tend à corroborer les résultats des analyses scientifiques. En effet, la preuve scientifique n'a pas pour vocation première d'établir la culpabilité ou l'innocence d'une personne. Son but est d'établir avec certitude un fait. La culpabilité ou l'innocence sont tirés ensuite de l'analyse de ces faits. C'est dire qu'après l'obtention des preuves scientifiques, les enquêteurs les utilisent pour confondre les personnes soupçonnées et ainsi obtenir leurs aveux.

Tout comme la preuve scientifique, l'aveu a tendance à produire sur les enquêteurs une sorte d'affaiblissement de leur esprit critique de sorte que les autres éléments de preuve sont négligés.

Au total, l'aveu devient le deuxième élément de la hiérarchie probatoire, tout près de la preuve scientifique.

Les autres techniques de preuves apparaissent ainsi subsidiaires.

## **B- La subsidiarité des autres modes de preuve**

L'observation de la pratique des cours et tribunaux montre que le principe de la liberté de preuve dans son application, égalité entre les modes de preuve n'est que théorique.

En effet, il semble bien qu'une hiérarchisation implicite s'est instaurée entre les modes de preuve pénale. Au sommet de la hiérarchie de trouve la preuve scientifique, vient ensuite l'aveu qui n'a pas perdu grand chose de ses attributs de reine des preuves. Les autres modes de preuve ne sont recherchés que de manière accessoire pour corroborer les preuves scientifiques ou les aveux.

L'appel au témoignage et l'audition des témoins est quasi systématique dans plusieurs procédures mais le témoignage a perdu de son poids sur l'issue des procès. Certes il demeure un important élément de preuve mais il n'a plus la même importance.

Les perquisitions et saisies reviennent aussi fréquemment dans les procédures mais pour être pleinement efficaces elles doivent être soumises à une analyse scientifique. Leur but est donc de collecter des indices qui sont soumis à la science autrement leur poids sur l'issue de la procédure est minime.

Ainsi en est il également des interrogatoires des personnes mises en cause. Ces interrogatoires semblent pour l'essentiel orientés vers l'obtention des aveux.

Sans revenir plus en détail sur les différents modes de preuve, on peut faire observer que la hiérarchisation implicite qui s'est instaurée se fait au détriment des preuves classiques et au bénéfice de la preuve scientifique ainsi que de l'aveu.

Une telle hiérarchisation est semblable à celle instaurée jadis par le système dit de la preuve légale dans lequel il existait un tarif probatoire, les preuves étant classées en fonction de leur poids sur l'issue du procès.

La similitude avec le système de la preuve légale ne se limite pas à la hiérarchisation des modes de preuves. Elle s'observe aussi dans le déplacement du centre de la décision du juge à l'expert.

### ***Paragraphe 2 : Le déplacement du centre de décision du juge à l'expert.***

Les progrès scientifiques ont provoqué une mutation progressive du procès pénal. Celui-ci évolue pour se centrer sur l'expertise.<sup>103</sup>

*« L'expert collabore à la découverte de la vérité, qui est l'œuvre judiciaire par excellence, en donnant une opinion scientifiquement raisonnée sur des faits qui lui sont soumis. (.....) En ce sens, il est l'auxiliaire du juge dans la découverte de la vérité. »<sup>104</sup>*

Les relations entre le juge et l'expert sont clairement définies par le code de procédure pénale<sup>105</sup>. Le juge choisit l'expert, lui assigne une mission, impartit un délai. L'expert accomplit sa mission sous la direction du juge. Il rend un rapport dont les conclusions ne lient pas le juge.

---

<sup>103</sup> Bertrand RENARD, Faillibilité de la preuve scientifique et exigence de fiabilité. Quelles attentes du droit pénal ?, in Police technique et scientifique, les exigences d'une preuve fiable, éd Politeia, p 16

<sup>104</sup> GARRAUD, I, n°318 in Droit et pratique de l'instruction préparatoire, Pierre Chambon, Christian Guery, Dalloz 6<sup>e</sup> édition, 2007, p 677

<sup>105</sup> Articles 173 et suivants du Code de procédure pénale.

En principe, c'est donc le juge qui dirige l'expertise et qui décide de l'issue du procès. La réalité est cependant plus complexe. C'est l'expert qui dans bien des cas, scelle le sort du procès. Le recours de plus en plus fréquent à l'expert provoque une « *sorte de glissement des rôles* »<sup>106</sup>

Ce glissement s'observe aussi bien dans le déroulement de l'expertise (A) que dans l'appréciation du rapport d'expertise (B).

### **A- Dans le déroulement de l'expertise**

Dans la relation juge-expert, c'est bien l'expert qui semble prendre l'ascendance et soumettre le juge à ses conclusions.

En effet, le recours à l'expertise est déjà en lui-même un aveu des limites du juge. L'expert est choisi en fonction des connaissances techniques dont il dispose et qui échappent aux compétences du juge. Dès le choix de l'expert il s'instaure une sorte d'ascendance de ce dernier sur le juge qui lui a confié la mission.

Ce déséquilibre est d'autant plus visible dans l'expertise pénale où dans la pratique bon nombre d'experts, en République du Bénin, refusent les missions qui leur sont confiées<sup>107</sup> et obligent ainsi le juge pénal à insister voire « négocier » pour qu'ils acceptent.

Le déséquilibre qui s'installe à l'étape du choix de l'expert se poursuit dans le déroulement de l'expertise. N'ayant accepté la mission que sur insistance du juge, l'expert qui a conscience qu'il est indispensable à la poursuite de la procédure s'émancipe très vite de toute obligation de mener ses opérations sous le contrôle du juge comme l'indique l'article 176 alinéa 4 du code de procédure pénale. C'est l'expert qui dans la réalité impose son rythme et choisit les éléments à communiquer au juge. Les cas de retard dans la réalisation des opérations d'expertise sont fréquents. L'expertise psychologique et psychiatrique indispensable dans tous les dossiers qui doivent faire l'objet d'un renvoi devant la cour d'assises n'est presque jamais accomplie dans les délais. Les sanctions prévues par les articles 176 alinéa 3 et 181 alinéa 4 du code de procédure

---

<sup>106</sup> Jean PRADEL, Procédure pénale, op. cit p 445

<sup>107</sup> L'hésitation des experts (légistes, psychiatres, experts comptables, ..... ) à accepter les missions s'explique essentiellement par les difficultés qu'ils rencontrent à recevoir paiement de leurs honoraires une fois la mission terminée. En effet la procédure de paiement prévue par le décret portant frais de justice criminelle est assez lourde et n'aboutit que si les experts eux-mêmes font les démarches d'abord au niveau de la juridiction, ensuite à l'endroit du ministère en charge de la justice, enfin au niveau du ministère des finances.

pénale en cas de non respect des délais par les experts semblent bien insuffisantes pour induire un changement de comportement.<sup>108</sup>

Soumis à l'expert dans le déroulement de l'expertise, le juge lui est également soumis dans l'appréciation des opinions contenues dans le rapport d'expertise.

## **B- Dans l'appréciation du rapport d'expertise**

Le principe proclamé par le code de procédure pénale est celui de la souveraineté du juge dans ses rapports avec l'expert. L'avis de l'expert ne lie pas le juge. Mais comme le fait observer, Garraud<sup>109</sup>, c'est presque toujours l'avis de l'expert qui dicte le jugement. Comment le juge écarterait-il les conclusions d'un rapport qui tant par la nature de ses constatations que par la compétence spéciale de celui qui les a faites, échappe à son examen et même à son contrôle ? Comment le juge qui avoue son ignorance en nommant un expert contesterait-il ses conclusions sinon en ordonnant une nouvelle expertise ? La réalité est que « *l'expert est beaucoup plus juge que le juge lui-même* »<sup>110</sup>

Bien souvent, dans leurs rapports les experts vont au-delà des questions techniques qui leur sont soumises et opinent sur la culpabilité des personnes mises en cause. Les experts s'installent dans le fauteuil des juges et tranchent les questions soumises à ces derniers.

Le juge qui choisit l'expert le fait en raison de la confiance qu'il lui inspire, de la compétence technique dont il le crédite de la fiabilité des opinions qui sont les siennes. En matière pénale, face à la complexité croissante des affaires et au crédit généralement accordé à l'expert par l'opinion publique, les juges eux-mêmes ont opéré une sorte de délégation de leur pouvoir aux hommes de l'art. Le centre de décision semble se déplacer progressivement du juge à l'expert. L'on peut donc conclure avec Jean PRADEL que « *De l'appel à l'expert dans les affaires de plus en plus complexes, il résulte que l'on assiste à une sorte de glissement des rôles : le juge suit l'expert presque toujours, le juge n'est plus qu'une sorte d'expert de droit à côté du technicien qui est un expert de fait.* »<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> L'article 176 al 3 donne au juge la possibilité de remplacer l'expert en cas de non respect des délais. L'article 181 alinéa 4 prévoit une peine d'amende de dix mille (10 000) FCFA par jour de retard pour le dépôt du rapport d'expertise.

<sup>109</sup> GARRAUD, I, n°347

<sup>110</sup> Pussort, in Pierre CHAMBON, Christian GUERY, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, 6<sup>e</sup> édition Dalloz 2007, p. 690.

<sup>111</sup> Jean PRADEL, Manuel de procédure pénale, 13<sup>e</sup> édition CUJAS, P 445.

Le double mouvement vers la hiérarchisation des modes de preuve et le déplacement du centre de décision du juge à l'expert semble provoquer un retour au système dit des preuves légales. La métamorphose de la preuve pénale apparaît sous cet angle comme un recul par rapport aux acquis de la preuve morale.

Le constat de ce recul a été présent tout au long de cette première partie : recul des principes de dignité et de loyauté dans la collecte et l'administration de la preuve, érosion de la liberté d'appréciation des preuves par le juge.

La métamorphose de la preuve pénale n'est pas cependant que déclin relatif des principes. Elle semble également conduire à un renouveau corrélatif de la preuve morale.

**DEUXIEME PARTIE :**

**UN RENOUVEAU CORRELATIF DE LA PREUVE MORALE**

## DEUXIEME PARTIE : UN RENOUVEAU CORRELATIF DE LA PREUVE PENALE

La métamorphose de la preuve pénale a entamé les principes de dignité et de loyauté qui font partie des principales caractéristiques de la preuve morale.

Le déclin de ces deux principes semble toutefois s'accompagner de l'émergence et du renforcement corrélatifs de deux autres principes : la proportionnalité et le contradictoire.

Le principe de la dignité de la preuve semble ne reculer que pour laisser l'espace à un autre principe : le principe de la proportionnalité. L'admission des modes de preuve attentatoires à la dignité humaine semble conditionnée par l'exigence d'une proportionnalité entre les atteintes à la dignité et les buts poursuivis. « *Il faut une proportion entre les moyens mis en œuvre et l'objectif à atteindre* »<sup>112</sup>

Le principe de la loyauté de la preuve quant à lui ne s'éclipse qu'à la condition que soit respecté un autre principe : le principe du contradictoire. Les preuves déloyales produites par les parties privées ne sont admises que dans la mesure où « *ces preuves sont soumises à la discussion contradictoire des parties, notamment à l'audience* »<sup>113</sup>

Ces deux principes opèrent une sorte de renouvellement, de renouveau de la preuve morale

La proportionnalité apparaît en cela comme un complément à la dignité de la preuve pénale (chapitre I) tandis que le contradictoire se révèle comme un complément à la loyauté de la preuve pénale (Chapitre II).

---

<sup>112</sup> Jean PRADEL, Manuel de procédure pénale, op cit, P 370

<sup>113</sup> Jean PRADEL, Manuel de procédure pénale, op cit, p. 385

## Chapitre 1 : La proportionnalité : un complément à la dignité de la preuve pénale

Le déclin du principe de dignité semble favoriser l'émergence du principe de proportionnalité. Les atteintes à la dignité dans la collecte et l'administration de la preuve ne sont en effet admises que si elles sont proportionnées aux buts visés.

Le principe de proportionnalité est un principe d'adéquation des moyens à un but recherché. La notion fait référence à l'idée d'une mise en adéquation de deux termes, d'une juste mesure entre eux.<sup>114</sup>C'est la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en conflit. En ce sens, la proportionnalité serait donc consubstantielle au droit.<sup>115</sup>

La proportionnalité apparaît comme un complément à la dignité de la preuve pénale en ce sens que les ingérences de l'autorité publique liées à certaines mesures d'investigation ou les limitations aux droits constitutifs du procès équitable ne peuvent être admises que si, poursuivant un but légitime, elles apparaissent nécessaires dans une société démocratique.<sup>116</sup> Il s'agit « *d'un juste équilibre entre d'une part le droit des personnes de voir respecter leur vie privée et leur domicile, et d'autre part les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble* »<sup>117</sup>

Le code de procédure pénale consacre le principe de proportionnalité en énonçant que les mesures de contrainte dont peut faire l'objet la personne soupçonnée ou poursuivie « *doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure (et) proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée* ». <sup>118</sup>

La proportionnalité s'évalue au regard de la gravité et de la complexité des infractions (Section I). Le contrôle du principe est dévolu au juge par l'effet de la judiciarisation des modes de preuve (Section II).

---

<sup>114</sup> Aurélie BERGEAUD, Le droit à la preuve, éd L.G.D.J, 2010, P 504

<sup>115</sup> F. TERRE, Introduction générale au droit, 7<sup>e</sup> édition, Précis Dalloz, Paris, 2006, P 148

<sup>116</sup> Frederic Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, op cit P 170.

<sup>117</sup> CEDH, 8 juillet 2003, Hatton et a. c. Royaume Uni.

<sup>118</sup> Article préliminaire, Paragraphe III alinéa 3 du Code de procédure pénale

## Section 1 : Les instruments de mesure de la proportionnalité.

L'insertion de la proportionnalité dans la procédure de collecte de la preuve met en avant l'adéquation entre la gravité et /ou la complexité de l'infraction et la procédure applicable.

Dans la collecte et l'administration de la preuve, les atteintes à la dignité ne sont permises que si au regard des buts visés, elles sont proportionnées à la gravité et à la complexité de l'infraction.<sup>119</sup>

Le législateur fixe un seuil de gravité (I) et de complexité (II) indispensable à la légitimation des preuves collectées en violation de la dignité humaine.

### *Paragraphe 1 : Le critère de la gravité de l'infraction*

Pour faciliter la recherche de la preuve, la proportionnalité apparaît comme un complément à la légalité tirée de la dignité. Ce complément ne s'applique que lorsque l'infraction en cause répond à certaines exigences prédéterminées par la loi. La première de ces exigences est la gravité de l'infraction. Officiers de police judiciaire et magistrats bénéficient de moyens importants dans la recherche de la preuve lorsqu'une infraction est considérée comme grave.

Le critère de gravité ne s'applique pas à toutes les infractions. Pour être considérée comme grave, l'infraction doit remplir des conditions relatives soit à sa nature (B) soit à l'échelle de la peine (A).

#### **A- L'échelle de la peine**

L'usage de certaines méthodes de recherche et de collecte de la preuve attentatoires à la dignité (entendue comme le contraire de toute violence physique ou morale et le respect de l'intimité de la vie privée) n'est possible que si les agissements répréhensibles atteignent un certain seuil. Les

---

<sup>119</sup> Le conseil constitutionnel français a posé ce principe en ces termes « *si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que (...) les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité (et) proportionnés à la gravité et à la complexité des infractions commises.* »

infractions présentant un certain degré de gravité en fonction de la peine encourue justifient dans bien des cas l'application de dispositions spéciales.

Le critère de gravité repose ici sur le quantum de la peine. La peine encourue varie mais, en général, elle doit être égale ou supérieure à deux ou trois ans.

Ce seuil relativement faible est appliqué à un grand nombre de procédures dérogatoires. En matière d'interception de correspondances émises par voie de télécommunication, mesure attentatoire à la vie privée et donc à la dignité, le législateur n'autorise le juge d'instruction à la prescrire que si la peine encourue est au moins égale à trois ans.<sup>120</sup>

La fixation du seuil est l'œuvre du législateur qui l'apprécie de façon discrétionnaire. Il peut décider de moduler le quantum de la peine en fonction de la politique pénale. Le critère minimal de punissabilité n'est pas définitivement établi. Le législateur peut décider à tout moment d'abaisser ou d'augmenter le seuil minimum de gravité. Le législateur a en cela un pouvoir exorbitant car c'est lui qui fixe le seuil minimum de gravité et crée les infractions susceptibles de répondre à cette échelle de peine.

L'échelle de la peine n'est pas le seul critère de détermination de la gravité de l'infraction. Cette gravité est également déterminée par la nature de l'infraction ;

## **B- La nature de l'infraction**

Le législateur considère certaines infractions comme particulièrement graves en raison de leur nature. Ces infractions sont celles qui font l'objet d'une réprobation sociale prononcée. La gravité justifie le recours à certains procédés de recherche de preuve dérogatoires au droit commun et portant atteinte au principe de dignité.

Ainsi en est-il en général des infractions commises en bande organisée. Dans ces infractions c'est la pluralité d'agents qui détermine la gravité.

Pour la recherche des preuves dans les infractions relatives à la production et au trafic illicite des substances sous contrôle par exemple, le législateur autorise des visites domiciliaires, des perquisitions et des saisies, dans les locaux où sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement ces substances, à toute heure de jour et de la nuit. Ces intrusions dans l'intimité de la

---

<sup>120</sup> Article 108 alinéa 1<sup>er</sup> code de procédure pénale.

vie privées peuvent même se faire dans une maison d'habitation ou un appartement.<sup>121</sup> Elles peuvent également consister en la mise sur écoute ou sous surveillance pour une durée déterminée des lignes téléphoniques, la mise sous surveillance des comptes bancaires, l'accès à des systèmes informatiques<sup>122</sup>.

Dans le même sens, les intrusions dans les domiciles à toute heure de jour et de la nuit aux fins de perquisition et saisies sont permises en vue de constater les infractions telles que la corruption, le détournement et l'usage illicite de deniers publics ou privés, le trafic d'influence, l'abus de fonction, l'enrichissement illicite, le délit d'initié, l'escroquerie, la cavalerie, la banqueroute, le blanchiment des produits du crime, la fausse monnaie, la prise illégale d'intérêts ..... Ces intrusions dans l'intimité de la vie privée au-delà des heures légales prévues par le droit commun doivent toutefois recevoir l'autorisation préalable du procureur de la République compétent.<sup>123</sup>

Pour assurer l'efficacité de la répression de certaines infractions retenues comme étant particulièrement graves, le législateur a autorisé le prélèvement et la conservation des empreintes génétiques de personnes condamnées ou même simplement poursuivies pour ces infractions. Ces prélèvements effectués au besoin contre la volonté des personnes concernées constituent à n'en point douter une atteinte à leur dignité. Ces prélèvements d'empreintes génétiques ne sont toutefois pas systématiques. Elles ne sont autorisées qu'en raison de la nature des infractions. Le code de procédure pénale en son article 825 ne retient que les infractions suivantes :

- les infractions de nature sexuelle
- les crimes contre l'humanité et les délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteinte aux personnes, de trafic de stupéfiants, de traite des êtres humains, de proxénétisme, de mise en péril des mineurs,
- les crimes de meurtre, d'assassinat, de blanchiment de capitaux
- les crimes et délits réprimant la détention d'armes, de munitions de guerre ou leur fabrication

On observe une tendance à la multiplication des procédures spéciales pour la poursuite de ces infractions qualifiées de graves par le législateur. La multiplication de ces procédures spéciales ne permet pas de retenir des critères précis pour la définition de la gravité.

---

<sup>121</sup> Article 556 code de procédure pénale.

<sup>122</sup> Article 562 code de procédure pénale

<sup>123</sup> Cf Article 26 de la loi n°2011-30 du 30 août 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en république du Bénin.

Les atteintes de plus en plus nombreuses au principe de dignité de la preuve sont proportionnées en fonction de la gravité des infractions. Mais à la suite de la gravité, la complexité est aussi apparue comme un critère de la proportionnalité.

### *Paragraphe 2 : Le critère de la complexité de l'infraction*

L'infraction complexe est communément définie comme un agissement illicite nécessitant la commission de plusieurs actes. Les actes en question peuvent être de différente ou de même nature.

L'infraction complexe se définit par opposition à l'infraction simple qu'un seul type d'opération matériel suffit à consommer aux yeux de la loi<sup>124</sup>.

Les infractions complexes ont comme trait de caractère commun, la difficulté à établir les preuves de leur existence. C'est cette difficulté rencontrée dans la collecte des preuves de ce type d'infraction qui a contraint le législateur à établir plusieurs règles dérogatoires au droit commun de la preuve. Ces différentes règles ont toutes pour but de faciliter la collecte de la preuve de ces infractions.

La complexité, comme critère d'évaluation de la proportionnalité est apparue avec le développement de la criminalité organisée qui s'est accompagnée d'une sophistication du crime.

On peut retenir deux niveaux de complexité : la grande complexité (A) et la très grande complexité (B)<sup>125</sup>

#### **A- La grande complexité**

Le critère de la grande complexité tout comme d'ailleurs celui de la très grande complexité n'est pas clairement défini. Il s'agit d'une échelle dans la sophistication des éléments matériels entrant dans la commission de l'infraction. Cette classification permet de justifier l'application de certaines règles particulières en matière de compétence et de collecte des preuves pour certaines infractions.

---

<sup>124</sup> Roger MERLE, André VITU, Traité de droit criminel, éditions CUJAS, 7<sup>e</sup> édition, 1997, P.617.

<sup>125</sup> C'est au législateur français que nous empruntons cette nomenclature des infractions encore ignorée du droit béninois

La grande complexité peut concerner des infractions telles que l'abus de faiblesse, l'escroquerie, l'atteinte aux règles sur les adjudications publiques, l'abus de confiance, l'atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, le blanchiment, la concussion, la corruption, la fausse monnaie, le fait pour une personne de ne pas justifier de son train de vie tout en entretenant des relations habituelles avec des personnes participant à une association de malfaiteurs,

Cette énumération des infractions ne nous permet pas de définir avec précision les critères de la grande complexité. Il semble en effet que la complexité d'une infraction soit une situation de fait faisant obstacle à toute énumération légale. La complexité d'une infraction est en principe dépendante des circonstances de sa commission<sup>126</sup>. Une infraction simple peut bien en raison des circonstances de sa commission devenir complexe et vice-versa.

L'imprécision du périmètre de la grande complexité est aussi valable en ce qui concerne la très grande complexité.

## **B- La très grande complexité**

Bénéficient essentiellement de la qualification de « très grande complexité », certaines infractions économiques et financières. Contrairement à la grande complexité, la très grande complexité se caractérise, selon le législateur, notamment par le grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent.<sup>127</sup> Ces critères qui ne sont pas limitatifs peuvent être complétés par l'importance du préjudice causé par l'infraction, la taille et l'implantation internationale des structures ayant permis la réalisation, la nécessité de recourir à la coopération internationale, l'utilisation de comptes bancaires multiples, spécialement par le biais de sociétés off shore, l'existence d'un groupe structuré agissant dans de multiples lieux et selon le même mode opératoire, l'extrême technicité des matières concernées.... Il s'agit en général des infractions telles que les actes commis par des organisations de type mafieux.

Le critère de la complexité, dicte l'orientation des procédures par le magistrat du parquet. Ainsi même en présence d'une infraction qualifiée délit par la loi pénale, le Procureur de la

---

<sup>126</sup> D. DECHENAUD, L'égalité en matière pénale, LGDJ, 2008, n°370, P 242.

<sup>127</sup> Théo NZASHI LUHUSU, L'obtention de la preuve par la police judiciaire, op cit P 305.

République peut être contraint à requérir l'ouverture d'une information au regard de la complexité des faits qui lui dénoncés.<sup>128</sup>

Le recours au principe de proportionnalité devrait en principe permettre de moduler les atteintes à la dignité dans la collecte de la preuve. Le respect de la proportionnalité apparaissant comme la condition de l'admission des preuves collectées en violation du principe de dignité. Les instruments de mesure de ce principe que sont la gravité et la complexité de l'infraction ne semblent toutefois pas de nature à favoriser une modulation efficace des différentes atteintes. L'absence de délimitation précise des contours de ces deux critères semble autoriser l'élargissement à l'infini du champ des infractions pouvant bénéficier des mesures dérogatoires.

C'est semble-t-il pour prévenir ce risque que le contrôle de l'application du principe de la proportionnalité a été dévolu au juge par le biais de la judiciarisation des modes de preuve.

## **Section 2 : La judiciarisation des modes de preuve comme instrument de contrôle de la proportionnalité.**

Le contrôle de la proportionnalité des moyens utilisés pour assurer la collecte des preuves est assuré par le juge. C'est lui qui s'assure que les atteintes à la dignité dans la collecte de la preuve sont mesurées c'est à dire « *strictement limitées aux nécessités de la procédure (et) proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée* »<sup>129</sup>. Le recours à certains modes de preuve est soumis à l'autorisation préalable d'un magistrat. Ce dernier doit être mis en mesure de contrôler le déroulement des opérations susceptibles de porter atteinte à la dignité et de sanctionner toute violation du principe de proportionnalité. L'on assiste à une judiciarisation croissante des modes de preuve. Celles-ci sont soumises à un double contrôle à-priori et à postériori des opérations de collecte de preuve.

La judiciarisation des modes de preuve attentatoires à la dignité s'observe aussi bien dans les intrusions domiciliaires (I) que dans les interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication (II)

---

<sup>128</sup> Selon l'article 85 du Code de procédure pénale, l'instruction préparatoire obligatoire en matière de crime est facultative en matière de délit. C'est au regard de la simplicité ou de la complexité du délit que le procureur de la république décide de saisir un juge d'instruction ou de présenter directement le mis en cause devant une juridiction de jugement.

<sup>129</sup> Article préliminaire Paragraphe III alinéa 3 du Code de Procédure Pénale.

## Paragraphe 1 : Le contrôle judiciaire des intrusions domiciliaires

Les intrusions domiciliaires peuvent prendre la forme de visites domiciliaires ou de perquisitions. La perquisition et les visites domiciliaires bien qu'ayant le même régime, n'ont pas la même finalité. La perquisition se définit comme « *la recherche minutieuse de tous les éléments de preuve utilisables, effectuée à l'intérieur du domicile d'une personne privée ou dans les locaux appartenant à une personne morale* »<sup>130</sup>. La visite domiciliaire quant à elle désigne « *l'entrée dans un lieu privé aux fins de constats et de vérifications* »<sup>131</sup>. Il s'ensuit que contrairement à la visite domiciliaire qui consiste en une simple vérification des lieux, la perquisition conduit à des investigations poussées qui peuvent aboutir à la saisie d'objets nécessaires à l'établissement de la preuve.

La notion de domicile renvoie « *non seulement au lieu où une personne a son principal établissement mais encore au lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux* »<sup>132</sup>. Ainsi défini, le domicile peut correspondre à une résidence principale ou secondaire, à une chambre d'hôtel, une caravane ou plus généralement à tout lieu permettant une habitation effective et une activité permanente. Inversement, ne saurait être assimilé à un domicile une voiture, un bateau aménagé, un casier de consigne à bagages, une hutte de chasse, une cellule pénitentiaire.<sup>133</sup>

Le régime des intrusions domiciliaires varie selon que l'on se trouve en cas de flagrance, d'enquête préliminaire ou d'instruction.

En cas de flagrance, la nécessité de recueillir les preuves encore fraîches d'une infraction qui vient de se commettre autorise les officiers de police judiciaire à s'introduire sans l'assentiment des personnes intéressées dans leur domicile, aux heures légales, aux fins de perquisition<sup>134</sup>. Par contre, en cas d'enquête préliminaire, les intrusions domiciliaires doivent recevoir l'assentiment des personnes chez qui elles ont lieu.<sup>135</sup> Enfin, au cours de l'instruction, les intrusions domiciliaires ne peuvent être réalisées que par le magistrat instructeur. A défaut, elles doivent faire l'objet d'une commission rogatoire obligatoire.

---

<sup>130</sup> Roger MERLE, André VITU, Traité de droit criminel, op cit.

<sup>131</sup> Lexique des termes juridiques, 21<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2013, p 572

<sup>132</sup> Crim, 26 février 1963, bull crim, n°92

<sup>133</sup> Frédéric Debove, François Falleti, Emmanuel Dupic, Précis de droit pénal et de procédure pénale, PUF, 5<sup>e</sup> édition 2001, P.707.

<sup>134</sup> Article 50 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>135</sup> Article 77 du Code de procédure pénale.

Quelle que soit la phase du procès où l'on se trouve ces intrusions sont soumises au contrôle d'un magistrat.

Les intrusions domiciliaires sont parfois contrôlées (A) parfois elles sont réalisées exclusivement par des magistrats (B)

### **A- Les intrusions domiciliaires contrôlées**

Les intrusions domiciliaires réalisées par les officiers de police judiciaires sont soumises au contrôle des magistrats qui vérifient la proportionnalité entre l'intrusion envisagée et les buts de l'investigation.

Ce contrôle prend la forme d'une autorisation préalable (1) ou d'une sanction des irrégularités commises lors de l'intrusion domiciliaire (2).

#### *1- L'autorisation préalable*

En cas de flagrance, l'officier de police judiciaire peut se transporter sur les lieux de l'infraction. Si la nature de l'infraction est telle que la preuve puisse en être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir les pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire prend connaissance des documents, papiers ou objets et procède à leur saisie.

Avant d'effectuer un tel transport, l'officier de police judiciaire doit en aviser le procureur de la république. De même il ne procède qu'à la saisie des objets et documents utiles à la manifestation de la vérité mais avec l'accord du procureur de la République.<sup>136</sup>

L'intrusion domiciliaire et les saisies sont ainsi soumises à une double autorisation du magistrat du parquet. Avant de s'introduire dans un domicile, l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République. Il ne place des objets sous mains de justice qu'avec l'accord de ce dernier. L'exigence d'information et d'autorisation préalable édictée par le législateur est de nature à permettre au magistrat du parquet d'effectuer un rapide contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée envisagée et le but de l'enquête. Le procureur de la République a la

---

<sup>136</sup> Article 50 al 5 Code de procédure pénale.

possibilité d'empêcher l'intrusion domiciliaire si après son analyse, il conclut que l'intrusion envisagée n'est pas nécessaire à l'enquête.

Le contrôle de proportionnalité effectué par le magistrat du parquet est encore plus accentué lorsque l'intrusion domiciliaire se réalise dans le cadre d'une enquête préliminaire. En effet, l'enquête préliminaire ouverte lorsque les conditions de la flagrance ne sont pas réunies ôte à la police judiciaire tout pouvoir de coercition. Faute d'urgence, la coercition n'est pas permise. Les intrusions domiciliaires dans ce cadre n'ont lieu que sous l'assentiment des personnes intéressées.

En matière d'instruction préparatoire, les perquisitions et saisies opérées par les officiers de police judiciaire ne peuvent se faire que sur autorisation préalable du juge d'instruction.

La violation de la proportionnalité lors des intrusions domiciliaires est sanctionnée judiciairement

## *2- La sanction judiciaire du non respect du principe de proportionnalité dans les intrusions domiciliaires*

La sanction du non respect du principe de proportionnalité est assurée par le juge. Le magistrat exerce, parfois en temps réel, le contrôle de proportionnalité des actes d'investigation attentatoires à la dignité humaine qu'il peut interdire.

Parfois, cette sanction intervient a posteriori et aboutit à l'annulation des procès-verbaux de perquisition et saisie. Le dernier alinéa de l'article 53 du code de procédure pénale dispose en effet que le non-respect des règles relatives à la perquisition, aux visites domiciliaires et aux saisies en cas de flagrance sont sanctionnées par la nullité. La même sanction est prévue par l'article 78 du même code en cas d'enquête préliminaire. En phase d'instruction préparatoire, c'est la chambre d'accusation qui exerce le contrôle de proportionnalité des actes d'investigation.

Les intrusions domiciliaires réalisées par les officiers de police judiciaire sont soumises au contrôle des magistrats mais dans certains cas, ces intrusions sont exclusivement réalisées par les magistrats.

## **B- Les intrusions domiciliaires exclusivement réalisées par des magistrats**

Le caractère sensible de certains lieux a conduit le législateur à confier exclusivement aux magistrats, les intrusions qui peuvent s'y effectuer dans le cadre de la collecte de la preuve.

Cette sensibilité est parfois liée au souci de protéger le secret professionnel et les droits de la défense. D'autres fois, cette sensibilité tient à la protection de la liberté d'expression.

La compétence exclusive des magistrats à exercer les perquisitions en ces lieux conduit à un contrôle de proportionnalité en temps réel, des mesures envisagées.

Aussi allons-nous distinguer l'exclusivité liée à la protection du secret professionnel et des droits de la défense (1) de l'exclusivité liée à la protection de la liberté d'expression (2).

#### *1- L'exclusivité liée à la protection du secret professionnel et des droits de la défense.*

D'une manière générale, les officiers de police judiciaire et les magistrats sont tenus lors des perquisitions de prendre toute mesure nécessaire à la préservation du secret professionnel et des droits de la défense. Au-delà de cette exigence générale, l'article 102 du Code de procédure pénale prévoit une garantie supplémentaire lorsque la perquisition est effectuée au domicile d'un avocat, d'un médecin, d'un notaire, d'un huissier ou d'un commissaire-priseur. Ces professionnels sont en effet dépositaires de secret en raison de leur activité.

S'agissant des avocats, les garanties légales s'appliquent que la perquisition ait lieu à leur cabinet ou à leur domicile.<sup>137</sup> Il en va autrement des autres professionnels énumérés limitativement par l'article 102 du Code de procédure pénale pour qui la garantie est limitée au cabinet.

Les perquisitions en ces lieux ne peuvent être faites que par un magistrat. Ainsi au cours de l'enquête préliminaire ou de flagrance, la perquisition se fera par le procureur de la République ou l'un de ses substituts. Pendant l'information, la perquisition devra être effectuée par le juge d'instruction qui ne peut déléguer rogatoirement ce pouvoir.

Le magistrat qui effectue ces perquisitions devra procéder à un contrôle de proportionnalité et ne retenir sous-main de justice, en la présence du représentant de l'ordre auquel appartient le professionnel concerné, que les documents nécessaires à son enquête. Il doit s'assurer que ses investigations ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession.

---

<sup>137</sup> Article 102 alinéa 1 du Code de procédure pénale.

En dehors de l'impératif de sauvegarder le secret professionnel et les droits de la défense, l'exclusivité accordée au magistrat est aussi liée à la protection de la liberté d'expression.

## 2- *L'exclusivité liée à la protection de la liberté d'expression*

La liberté d'expression est une valeur fondamentale des sociétés démocratiques qui justifie un encadrement strict de toute atteinte. Ainsi toute perquisition dans une entreprise de presse doit être nécessaire et proportionnée.

L'entreprise de presse est celle qui a pour objet « *la communication au public de service de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités mises à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autre que de radio et de télévision...* »<sup>138</sup>

Lorsque les investigations sont liées à l'activité professionnelle du journaliste, non seulement dans les locaux d'une entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne ou d'une agence de presse, mais également dans les véhicules professionnels de ces entreprises, ou agences ou au domicile d'un journaliste, en ce qui concerne la France pour ce dernier cas, seul un magistrat peut effectuer la perquisition. L'article 102 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose en effet, « *les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat ....* ». Ainsi en cours d'enquête préliminaire ou de flagrance, la perquisition doit être effectuée par un magistrat du parquet. Pendant l'instruction préparatoire, cette perquisition est exclusivement réservée au juge d'instruction qui ne peut déléguer ce pouvoir à un officier de police judiciaire.

Le magistrat en charge de la perquisition doit s'assurer que cette mesure est proportionnée aux buts poursuivis par l'investigation. L'article 102 alinéa 3 sus-cité précise, in fine, que ce magistrat doit « *veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste* ».

Le droit français, contrairement au droit béninois, oblige le magistrat à prendre préalablement à la perquisition une décision écrite et motivée. Cette décision doit indiquer la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations ainsi que les raisons qui

---

<sup>138</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op cit P. 1521

justifient la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de l'ordonnance est porté à la connaissance de la personne présente lors de la perquisition avant que celle-ci ne débute.

Les intrusions domiciliaires, en ce qu'elles portent atteinte au principe de dignité de la preuve pénale doivent être nécessaires et proportionnées. Le contrôle de cette proportionnalité est assuré par le magistrat. Ce dernier supervise, autorise, interdit ou sanctionne selon le cas les intrusions domiciliaires effectuées par les officiers de police judiciaire lorsque celles-ci ne semblent pas intégrer une part de proportionnalité. Les intrusions dans certains lieux bénéficiant d'une protection particulières sont quant à elles exclusivement réservées aux magistrats qui exercent, en temps réel, un contrôle de proportionnalité.

Une autre grande atteinte à l'intimité de la vie privée est celle liée aux interceptions de correspondance émises par voies de télécommunication. En raison du caractère hautement intrusif de ce mode de preuve, le législateur l'a soumis à un contrôle judiciaire strict.

### ***Paragraphe 2 : La judiciarisation des interceptions de correspondances émises par voie de télécommunication***

Intercepter les correspondances émises par voie de télécommunication permet de recueillir des éléments d'information sur une infraction commise, en train de se commettre ou en préparation. Ce mode de preuve a connu un développement qui suit la courbe de celui des télécommunications.

En raison de son caractère très intrusif, le législateur a entendu encadrer cette mesure par une exigence de proportionnalité. Cette exigence de proportionnalité se concrétise par la judiciarisation de cette mesure. La décision d'interception de correspondance est de la compétence exclusive d'un magistrat. Sa mise en œuvre est soumise à un encadrement judiciaire. Aussi bien dans la décision d'interception (A) que dans sa mise en œuvre (B), l'exigence de proportionnalité apparaît comme un critère majeur.

## **A- L'exigence de proportionnalité dans la décision d'interception de correspondances**

Mesure attentatoire à l'intimité de la vie privée, l'interception de correspondances émises par voie de télécommunication est de la compétence exclusive d'un magistrat. Seul le juge d'instruction peut prescrire cette mesure. Un officier de police judiciaire ne peut mettre en œuvre une interception de correspondances que si des instructions lui ont été spécialement données à cet effet. La décision d'interception doit être écrite<sup>139</sup>. Elle peut prendre la forme d'une ordonnance ou d'une commission rogatoire. L'article 108 alinéa 2 du code de procédure pénale précise que la décision d'interception de correspondance n'a pas un caractère juridictionnel. Il s'ensuit qu'elle s'analyse en un acte d'investigation qui n'est susceptible que d'un recours en annulation. La décision doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception afin d'éviter tout détournement de procédure.

La décision d'interception est prise pour une durée maximum de six (6) mois. Elle est renouvelée dans les mêmes conditions.

Dans la forme, la décision d'interception relève de la compétence exclusive d'un magistrat. Dans le fond, la décision du magistrat doit répondre obligatoirement à une double exigence de proportionnalité.

La première exigence de proportionnalité attachée à la décision est relative à la gravité de l'infraction. Il doit s'agir d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement au moins égale à trois ans.<sup>140</sup> C'est dire que le législateur a entendu limiter le recours à l'interception de correspondances pour un type particulier d'infractions défini à partir du quantum de la peine.

La seconde exigence de proportionnalité attachée à la décision d'interception de correspondances émises par voie de télécommunication est relative aux nécessités de l'information. L'interception de correspondance ne peut être prescrite que si « *les nécessités de l'information l'exigent* »<sup>141</sup>. Il s'agit en quelque sorte d'une mesure ultime, un choix qui apparaît comme le seul possible au regard de la nature de l'infraction poursuivie et des nécessités probatoires. Cette condition générale revêt une importance particulière en matière

---

<sup>139</sup> Article 108 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

<sup>140</sup> Article 108 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>141</sup> Article 108 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale.

d'interception de correspondances, la mesure étant gravement attentatoire à la vie privée. C'est l'expression de l'exigence de proportionnalité<sup>142</sup>

La même exigence de proportionnalité apparaît dans l'encadrement judiciaire de la mise en œuvre de l'interception.

## **B- L'exigence de proportionnalité dans la mise en œuvre de l'interception**

La mise en œuvre de l'interception de correspondances émises par voies de télécommunication comporte trois aspects : l'interception des correspondances proprement dite, leur enregistrement et leur transcription. Ces trois aspects obligent à un partage de rôle entre le technicien et le juge.

L'opération matérielle d'interception est en effet confiée à un technicien. Ce technicien peut être tout agent qualifié d'un service, organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur. Le technicien est chargé d'installer le matériel en vue de l'interception et de procéder à l'enregistrement.

Les opérations matérielles accomplies par le technicien sont soumises au contrôle du juge. Ces opérations sont « effectuées sous son autorité et son contrôle »<sup>143</sup>.

Le juge a une mission judiciaire d'encadrement de ces opérations matérielles et de transcription. Il dresse procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ces procès-verbaux mentionnent la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée. Une fois les enregistrements terminés, le juge doit les placer sous scellés fermés pour permettre de procéder ultérieurement aux contrôles nécessaires. La dernière phase de la mission du juge est la transcription de la correspondance par le biais d'un procès verbal. Il s'agit d'une phase capitale où s'exerce le contrôle de proportionnalité. En effet, afin de préserver le respect de la vie privée, seules sont transcrites les correspondances « utiles à la manifestations de la vérité ».<sup>144</sup> Le juge opère ainsi un tri des éléments recueillis et ne retient que ceux qui apparaissent indispensables à l'établissement de la preuve de l'infraction poursuivie. C'est en application du critère de proportionnalité qu'il opère ses choix. Les éléments transcrits doivent apparaître comme nécessaires et utiles à la manifestation de la vérité.

---

<sup>142</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, op cit P. 1458

<sup>143</sup> Article 108 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

<sup>144</sup> Article 108 alinéa 7 code de procédure pénale

La judiciarisation de l'interception de correspondances émises par voie de télécommunications devrait assurer le respect du principe de proportionnalité dans le recours à ce mode de preuve attentatoire à la dignité. L'intervention du juge ne semble toutefois pas de nature à éviter tous les abus. Les détournements de procédure sont toujours possibles. Rien ne garantit en effet que le recours à ce mode de preuve ne va pas se banaliser et aboutir à une mise sous surveillance généralisée des citoyens.

L'émergence du principe de proportionnalité ne paraît pas suffisante pour combler le vide occasionné par le recul du principe de dignité. D'une part les critères de définition de la proportionnalité se révèlent imprécis et d'autre part, la judiciarisation des modes de preuve attentatoire à la dignité ne semble pas suffisante à garantir le respect strict du principe de proportionnalité. L'on peut donc considérer au regard du déséquilibre qui semble s'installer que la proportionnalité apparaît comme un complément insuffisant à la dignité.

A l'instar du principe de la proportionnalité, le contradictoire a connu un véritable essor ces dernières années et apparaît comme un complément à la loyauté de la preuve.

## Chapitre 2 : Le contradictoire : un complément à la loyauté de la preuve

Dans son essence, la loyauté est dérivée de « loyal » qui est issu, par évolution phonétique, de *legalis* c'est à dire « conforme au sens de l'honneur, de la probité »<sup>145</sup>. La loyauté désigne « le bon comportement qui consiste pour chaque adversaire, à mettre l'autre à même d'organiser sa défense, en lui communiquant en temps utile ses moyens de défense et de preuve. »<sup>146</sup> Il y a violation du principe de loyauté lorsque l'enquêteur ou le juge d'instruction use de procédés non conformes aux principes fondamentaux de l'ordre juridique pour obtenir des éléments de preuve. Jean PRADEL ajoute que « la déloyauté évoque la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre arbitre ».<sup>147</sup> Est ainsi défini comme loyal celui qui est sincère, franc, droit. Plus spécialement entre adversaires dans un procès, qui observe les règles du jeu par exemple pour un plaideur celle de communiquer ses pièces à l'autre partie, de s'abstenir de fraude, plus généralement, de respecter le principe de contradiction.<sup>148</sup>

De cette définition on peut retenir que la loyauté est liée au principe du contradictoire. Ce dernier s'entend du « droit pour les parties à un procès civil ou pénal, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge (...) et de la discuter »<sup>149</sup>

L'admission des preuves déloyales produites par les parties au procès n'est possible que si ces preuves sont soumises à la libre discussion contradictoire de toutes les parties. Le respect du contradictoire apparaît ainsi comme la condition sine qua non à la bienveillance jurisprudentielle à l'égard des preuves déloyales.

Le contradictoire opère une sorte de purge du vice introduit dans la preuve par la violation du principe de loyauté. En cela le contradictoire apparaît comme le complément à un principe de loyauté en déclin.

Pendant longtemps la contradiction n'a été admise en matière pénale, qu'à la phase du jugement qui correspond à celle de l'administration de la preuve. La phase de l'instruction qui est celle de

---

<sup>145</sup> Bertrand de LAMY, De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à Jean Pradel, Ed CUJAS, 2006.

<sup>146</sup> Vocabulaire juridique, sous la direction de G. CORNU, 4<sup>e</sup> édition. 2003, PUF-Quadrige, « Loyauté » et « Loyal »

<sup>147</sup> J. PRADEL, Procédure pénale, Manuel de procédure pénale op cit

<sup>148</sup> Vocabulaire juridique, sous la direction de G. CORNU, 4<sup>e</sup> édition. 2003, PUF-Quadrige, « Loyauté » et « Loyal »

<sup>149</sup> CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/ Espagne, série A, n°262

la collecte de la preuve, en raison de son caractère fortement inquisitoire, restait fermée au contradictoire. Ce clivage s'est toutefois assoupli ces dernières années avec l'essor du contradictoire qui a été proclamé comme l'un des principes directeurs de la procédure pénale. Le livre préliminaire du code de procédure pénale vise explicitement le principe du contradictoire en disposant : « *La procédure pénale doit être contradictoire* ». D. Thomas voit désormais dans le contradictoire « *l'âme du procès pénal* »<sup>150</sup>

Le respect du contradictoire semble progressivement s'imposer aussi bien dans l'administration que dans la collecte de la preuve. Le contradictoire demeure toutefois d'application relative dans la collecte de la preuve. A contrario, il est d'application absolu dans l'administration de la preuve.

Le contradictoire peut ainsi être envisagé d'une part comme un complément relatif à la loyauté dans la collecte de la preuve (I) et d'autre part comme un complément absolu à la loyauté dans l'administration de la preuve (II).

### **Section 1 : Le contradictoire : un complément relatif à la loyauté dans la collecte de la preuve.**

La collecte de la preuve est l'œuvre aussi bien des autorités publiques que des parties privées. Contrairement aux parties privées, les autorités publiques en charge de la poursuite et de l'instruction, (officiers de police judiciaire, ministère public, juge d'instruction), sont astreintes à un devoir de loyauté dans la collecte de la preuve. Ce devoir de loyauté quoiqu'assoupli par l'évolution jurisprudentielle<sup>151</sup> reste entier. Les atteintes à cette obligation de loyauté sont compensées par le respect du contradictoire. Ce principe a connu grâce à l'évolution jurisprudentielle et législative récente un essor aussi bien à la phase de l'enquête qu'au stade de l'instruction. Son application demeure toutefois relative. Elle prend la forme d'un droit d'accès au dossier (I) et d'un droit d'agir sur la preuve (II).

---

<sup>150</sup> D. Thomas, « Le concept de procès pénal », in La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, Paris, 2001, n°29, P 411.

<sup>151</sup> Crim, 13 octobre 2004, affaire des paillottes corses, BC, n°234, LPDP, 200, 410, obs C. Ambroise-Castérot. Dans cette espèce un gendarme avait enregistré une conversation échangée avec un préfet à l'insu de ce dernier. La chambre criminelle a validé ce procédé en faisant observer que l'enregistrement qui n'était pas l'unique élément de preuve dans l'espèce, avait été soumis à la libre discussion des parties. Bien que cet arrêt n'ait pas été confirmé par la suite, plusieurs auteurs y voient un assouplissement de la jurisprudence qui semble aligner les preuves obtenues par les enquêteurs sur celles réalisées par les parties.

### *Paragraphe I : Le droit d'accès au dossier.*

Deux périodes sont antérieures au procès : la phase policière et la phase d'instruction. Pendant longtemps, le droit d'accès au dossier des personnes mises en cause ou inculpées était très restreint. Ce droit est aujourd'hui un peu plus élargi. L'accès au dossier de la procédure constitue pour l'accusé « l'une des facilités nécessaires à la préparation de sa défense »<sup>152</sup>. Il implique que la personne visée par une procédure ou son avocat ait accès aux documents et aux preuves qui sont essentiels pour contester de manière effective la légalité de l'arrestation ou de la détention. Il implique également un accès à temps utile à tous les éléments à charge et à décharge du dossier. Le droit d'accès au dossier se renforce au fur et à mesure que la procédure évolue de la phase d'enquête policière vers la phase de jugement. Limité à la phase d'enquête policière (A), ce droit est étendu à la phase d'instruction (B)

#### **A- Un droit limité en phase d'enquête préliminaire**

A la phase de l'enquête conduite par un officier de police judiciaire sous la direction du Procureur de la République, la procédure n'est pas contradictoire, la phase judiciaire n'étant pas encore engagée. La personne soupçonnée et la victime n'étant pas encore des « parties » n'ont pas accès au dossier, pas même par l'intermédiaire de leurs avocats.<sup>153</sup> Le contradictoire ne s'applique donc pas à cette étape et par suite le droit d'accès au dossier de la procédure est inexistant.

Par contre, lorsque l'enquête évolue et nécessite le placement de la personne soupçonnée en garde à vue, cette dernière se voit accorder un droit d'accès indirect au dossier de la procédure. En effet, son avocat et seulement lui a le droit de consulter certaines pièces de la procédure notamment les procès verbaux d'audition d'interrogatoire et de confrontation. Jadis écartés de l'enquête préliminaire dans un souci de préserver l'efficacité dans la collecte des preuves, les avocats sont désormais admis à assister leurs clients dès le début de la mesure de garde à vue prononcée contre eux. Il s'agit là d'une des innovations majeures de la procédure pénale qui célèbre désormais les droits de la défense et le contradictoire. L'article 59 du code de procédure pénale dispose à cet effet : « *L'officier de police judiciaire doit informer toute personne gardée à*

---

<sup>152</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, op cit P. 321

<sup>153</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer op cit P. 321

*vue de ses droits à constituer avocat....* ». Reconnu à la personne soupçonnée ce droit est également ouvert à la partie plaignante.

Le rôle de l'avocat à cette étape de la procédure n'est pas d'assurer la défense de son client devant l'officier de police judiciaire mais de s'assurer de la régularité et donc de la loyauté de la procédure de collecte de la preuve.

Lorsque l'enquête préliminaire doit mener à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, celles-ci doivent recevoir au préalable l'assentiment exprès de la personne chez qui l'opération a lieu.<sup>154</sup> La personne chez qui l'opération a lieu ou à défaut des membres de sa famille ou des tiers requis à cet effet, assistent à l'opération et signent les procès verbaux établis à cette occasion.

Le droit d'accès du prévenu aux éléments de preuve collectés contre lui à cette étape demeure toutefois limité. Par contre, il est plus étendu à la phase de l'instruction.

## **B- Un droit étendu en phase d'instruction préparatoire**

Le droit d'accès au dossier de la procédure et partant celui d'être à même de discuter les preuves est plus élargi en phase d'instruction. Si le contradictoire à cette étape n'a pas pour effet de purger à posteriori la preuve du vice qui serait liée à la violation du principe de loyauté dans sa collecte, il garantit à priori la loyauté des procédés probatoires.

Pendant l'instruction, un accès au dossier est ouvert aux parties : inculpé, partie civile. Le juge ne peut en aucun cas se fonder sur des éléments du dossier qui ne leur aurait pas été soumis. Le droit d'accès au dossier réservé aux parties a été également renforcé et élargi à l'occasion de la réforme de la procédure pénale. Désormais, l'avocat peut se constituer aux côtés de son client et l'assister dès la première comparution devant le juge d'instruction. Le juge d'instruction est tenu d'informer le mis en cause de son droit de constituer un conseil aussitôt après avoir vérifié son identité. L'inculpé et la partie civile peuvent désormais se faire assister d'un conseil dès leur premier contact avec le juge d'instruction.<sup>155</sup> L'accès au dossier est réservé aux conseils. Ils ont un accès plus précoce que sous l'empire de l'ancienne loi. Mieux, les avocats ont désormais la possibilité de se faire délivrer, à leur frais, copies des procès verbaux. Le droit d'accès au dossier de l'instruction est garanti de façon indirecte aux parties car seuls les avocats peuvent consulter et au besoin demander copie des pièces. Les parties qui ont décidé d'assurer elles-mêmes leur

---

<sup>154</sup> Article 77 du code de procédure pénale.

<sup>155</sup> Article 125 du code de procédure pénale

défense n'ont pas accès au dossier. C'est la nécessité de garantir la protection du secret de l'instruction qui semble justifier cette limitation.

Le droit d'accès au dossier se combine à la phase de la collecte de la preuve pénale, avec le droit d'agir sur la preuve pour renforcer la loyauté de cette dernière.

### **Paragraphe II : Le droit d'agir sur la preuve**

A la phase de la collecte de la preuve, que celle-ci soit l'œuvre d'un officier de police judiciaire ou d'un juge d'instruction, le contradictoire n'est à même d'assurer le respect du principe de loyauté que si au delà de l'accès à la preuve accordé à toutes les parties, ces dernières disposent d'un droit d'agir sur la preuve.

En phase d'enquête préliminaire ou d'instruction, le droit d'agir sur la preuve a un contenu en extension mais est conditionné par l'existence d'un préalable : la transparence dans la collecte de la preuve.

Aussi convient-il de faire le point du préalable de la transparence dans la collecte de la preuve pénale (A) avant d'envisager le contenu du droit d'agir sur la preuve (B)

#### **A- Le préalable au droit d'agir sur la preuve : la transparence dans la collecte**

Dans un sens courant, la transparence se dit de ce qui laisse passer la lumière et donne accès au contenu, à l'intérieur. Appliquée à la procédure pénale et plus spécialement à la collecte de la preuve, la transparence s'analyse comme l'information totale des parties sur les conditions dans lesquelles les preuves ont été recueillies. Il s'agit d'une composante du principe du contradictoire qui va au-delà de la simple obligation de communiquer les éléments de preuve pour s'intéresser à la manière dont les preuves ont été collectées.

La question de la transparence dans la collecte de la preuve fait débat aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Christian de Valkeneer résume la question en ces termes « *la défense doit-elle pouvoir disposer d'éléments détaillés sur les circonstances qui ont entouré et permis d'opérer tel ou tel constatations ?* »<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> Christian de Valkeneer, La tromperie dans l'administration de la preuve pénale : Analyse en droits belge et international complétée par des éléments de droit français et néerlandais, Larcier 1<sup>er</sup> janvier 2000, 711 pages, P.105

Les réponses à cette question ne sont pas unanimes et opposent d'une façon globale ceux qui mettent en avant l'efficacité de la procédure et la protection des sources, à ceux qui privilégient les droits de la défense. Le débat se noue surtout autour de la problématique des témoignages anonymes et des opérations effectuées par les officiers de police judiciaire en qualité d'agents infiltrés.

La jurisprudence belge, par exemple, semble être favorable à l'impératif de transparence à l'égard des autorités judiciaires et par ricochet à l'égard des parties privées. Il a été en effet jugé que « *tout en sauvegardant le secret de leur sources d'information et en préservant l'anonymat de certains de leurs collaborateurs, il appartenait néanmoins aux autorités de police et de gendarmerie, après avoir recoupé, de consigner par écrit leurs observations afin de permettre aux autorités judiciaires d'en vérifier la valeur et d'en apprécier la force probante* »<sup>157</sup>

En doctrine, F. Close soutient l'impératif de transparence en considérant que les procès verbaux doivent rapporter fidèlement les actes accomplis afin de permettre aux parties d'en débattre contradictoirement devant le juge.<sup>158</sup>

La transparence dans la collecte de la preuve apparaît comme un véritable préalable au droit d'agir sur la preuve. Il est en effet difficile d'imaginer l'exercice effectif de ce droit sans une information complète non seulement sur le contenu des éléments de preuve mais aussi sur les conditions de leur collecte. L'on sait en effet que les conditions de recueil de la preuve sont un élément important de leur fiabilité et de leur validité.

C'est en fonction de la transparence que le droit d'agir sur la preuve peut trouver à s'exercer dans tout son contenu.

## **B- Le contenu en extension du droit d'agir sur la preuve**

Le droit d'agir sur la preuve traduit par son contenu l'aspect dynamique du contradictoire dans la collecte de la preuve. En effet, dans le droit d'accès au dossier, la partie privée (personne poursuivie ou victime) revendique son information la plus complète sur les éléments à charge et à décharge collectés contre elle. Par contre dans le droit d'agir, elle part de cette information, qu'elle devance parfois, pour s'exprimer. Il s'agit d'un droit d'initiative qui à la phase pré-jugement se traduit de trois manières. Elle prend la forme d'un droit de proposition (1), d'un

---

<sup>157</sup> Mons, (3<sup>e</sup> chambre) 27 octobre 1992

<sup>158</sup> F. Close, « Et le parquet ? » cité par Christian de Valkeneer, La tromperie dans l'administration de la preuve pénale, op cit. p 106.

droit d'influencer le temps de l'instruction (2) et d'un droit de discussion des preuves présentées par l'accusation (3)

### *1- Le droit de proposition*

Les droits des parties privées en général et plus spécifiquement de la personne poursuivie ont connu une montée en puissance au stade de l'instruction préparatoire. La partie poursuivie peut désormais influencer très clairement le cours de l'instruction en demandant qu'il soit procédé à un examen médical, un examen psychologique ou d'ordonner toute mesure utile. Ainsi l'inculpé et la partie civile peuvent au même titre que le ministère public solliciter du juge d'instruction une expertise.<sup>159</sup> De même à la fin de l'information, le code de procédure pénale ouvre droit aux conseils de l'inculpé et de la partie civile après avoir pris communication de la procédure, de solliciter par écrit, l'audition de nouveaux témoins, des confrontations, des expertises et tous actes d'instruction qu'ils jugeront utiles à la défense de leurs intérêts.<sup>160</sup> La partie privée peut aussi solliciter sa propre audition. Ces dispositions qui donnent un rôle actif aux parties privées ont été édictées dans leur « intérêt »

Ce droit de proposition va se matérialiser à la phase de l'instruction préparatoire par une requête écrite et motivée adressée au juge d'instruction par la partie intéressée. Le juge d'instruction, doit s'il estime ne pas devoir faire droit à la demande, prendre une ordonnance motivée contre laquelle la partie demanderesse a le droit de relever appel.

Le droit de proposition des parties privées est ainsi un droit entier pour l'exercice duquel elles disposent des voies de recours.

Ce droit s'étend à celui d'influencer la durée de l'instruction

### *2 -Le droit d'influencer la durée de l'instruction*

La reconnaissance du rôle actif des parties privées au procès leur a permis d'intervenir sur la durée de l'instruction. Celle-ci doit s'effectuer dans un délai raisonnable. Aux termes de l'article 147 alinéa 7 du code de procédure pénale, « *les autorités judiciaires sont tenues de présenter*

---

<sup>159</sup>Article 173 du Code de procédure pénale.

<sup>160</sup> Article 188 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

*l'inculpé aux juridiction de jugement dans un délai de cinq (5) ans en matière criminelle, trois (3) ans en matière correctionnelle* ». L'indication de ce délai raisonnable est de nature à permettre aux inculpés d'influencer le cours de la procédure en exigeant du juge la clôture de l'information à l'expiration du délai légal. Il s'agit là d'un droit nouveau issu de la réforme du code de procédure pénale et qui concourt au renforcement du contradictoire.

Ces dispositions permettent aux parties privées et plus spécialement, à la personne mise en cause, d'influencer le temps de l'instruction et par voie de conséquence d'avoir un rôle actif dans le déroulement de la procédure.

Le contenu du droit d'agir s'étend au-delà des droits de proposition et d'influencer la durée de l'instruction, pour toucher au droit de discuter les preuves collectées.

### *3- Le droit de discuter les preuves collectées*

Le droit de discussion des preuves est la manifestation par excellence du principe du contradictoire. Entier lors de la phase de jugement, ce droit existe aussi à l'étape de l'instruction préparatoire. Le droit de discussion est capital dans l'exercice des droits de la défense. Il implique le droit de contredire le fond des arguments et le droit de recours contre toute décision.

Le droit de contredire sur le fond l'ensemble des arguments présentés offre à la partie privée la possibilité de s'exprimer pour discuter les éléments de la cause, critiquer les éléments à charge et apporter au débat des éléments à décharge. C'est en application de ce droit qu'il est fait interdiction au juge d'instruction de clôturer une information en renvoyant une personne mise en cause devant une juridiction sans l'avoir mise en mesure de répondre des charges qui pèsent contre elle. C'est également en application du droit de contredire sur le fond l'ensemble des arguments de la partie adverse que les parties peuvent en cours d'instruction ou juste avant la clôture, demander au juge qu'il soit procédé à leur audition.<sup>161</sup> Les parties peuvent ainsi intervenir activement pour argumenter et discuter les éléments de la cause. Les conseils des parties peuvent poser des questions ou faire de brèves observations au cours des auditions, interrogatoires ou confrontations menées par le juge d'instruction<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Article 188 alinéa 2 Code de procédure pénale.

<sup>162</sup> Article 129 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

Outre le droit de contredire sur le fond les preuves produites par les autres parties, le droit de discussion s'exprime également à travers le droit de recours contre certaines décisions du juge d'instruction. L'exercice de ces voies de recours permet à la partie intéressée de contester devant une juridiction supérieure les actes de recherche de preuve qui lui sont défavorables ou de revenir devant un autre juge pour présenter à nouveau des éléments de preuve qui lui sont favorables.

Le contradictoire à la phase pré-jugement permet de préserver la loyauté dans la collecte de la preuve. Cependant, en raison de la recherche de l'efficacité dans la répression, plusieurs dérogations légales mettent à mal le respect strict du principe du contradictoire dans les phases d'enquête et d'instruction. Ces dérogations subsistent en dépit de l'extension des droits de la défense et du champ du contradictoire. L'on peut ainsi considérer que le contradictoire demeure un complément relatif à la loyauté dans la collecte de la preuve.

Par contre, le contradictoire dans l'administration et l'appréciation de la preuve apparaît comme un complément absolu au principe de loyauté.

## **Section 2 : Le contradictoire : un complément absolu à la loyauté dans l'administration et l'appréciation de la preuve.**

L'article 447 alinéa 2 du code de procédure pénale dispose : « *Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.* » De même, il a été jugé qu' « *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter des moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement (...) d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire* »<sup>163</sup>.

Il en ressort que le contradictoire dans l'administration de la preuve est une condition fondamentale de l'admission des preuves déloyales. Le contradictoire vient en quelque sorte purger la preuve de la déloyauté qui a entaché sa collecte. Il s'impose de manière absolue aussi bien au juge qu'aux parties.

Il est à la fois un complément à la loyauté dans l'administration de la preuve (I) et un complément à la loyauté dans l'appréciation de la preuve (II).

---

<sup>163</sup> Crim 15 juin 1993, B. n°210 ; D. 1994, p 613, note Mascala – 6 avr 1994, B. n°136, Gaz. Pal. 1994, 2, P. 489.

### **Paragraphe 1 : Un complément absolu à la loyauté dans l'administration de la preuve.**

C'est au cours de la phase de jugement que le contradictoire déploie tous ses effets. La validation des preuves obtenues de manière déloyale est conditionnée à la discussion contradictoire de leur valeur devant le juge. La chambre criminelle de la cour de cassation française affirme en effet à ce propos « *la circonstance que les documents ou enregistrements remis par une partie ou un témoin aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure dès lors qu'ils ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement.* »<sup>164</sup> Dans le même sens la cour européenne des droits de l'homme affirme que « *les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire* »<sup>165</sup>

Le contradictoire offre à la personne mise en cause, la garantie d'une discussion des preuves déloyales produites par ses adversaires. En principe la discussion des éléments de preuve est libre. Elle s'effectue lors de l'audience et n'implique pas nécessairement que les parties se communiquent entre elles ou communiquent au ministère public, les éléments de preuve qu'elles entendent invoquer lors de l'audience.<sup>166</sup>

En tant que vecteur de discussion de la preuve déloyale, le contradictoire se cristallise à l'audience pénale autour de deux droits :

Le droit d'interroger les témoins à charge (A) et le droit d'interroger les témoins à décharge (B).

#### **A- Le droit d'interroger les témoins à charge**

Le droit d'interroger ou de faire interroger des témoins qu'ils soient à charge ou à décharge est une composante des droits de la défense au sens.

Est témoin toute personne dont les déclarations sont prises en compte par les juges pour fonder une condamnation. Le témoin peut donc être une partie civile, un expert, ou encore un co-inculpé. En outre il importe peu que cette personne ait ou non comparu à l'audience<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> Crim, 11 février 1992, BC, n° 66 ; 30 mars 1999, BC, n° 59, D, 2000.391, note T. Garé.

<sup>165</sup> CEDH 14 juin, 2005, Mayati c/ France, § 31).

<sup>166</sup> Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousquer, Traité de procédure pénale, op cit P. 446.

<sup>167</sup> CEDH, 19 dec. 1990, Delta c/ France- 15 juin 1992, Ludic c/ Suisse.

Le droit d'interroger ou de faire interroger un témoin à charge est un élément majeur du principe du contradictoire qui exige que les preuves produites devant une juridiction de jugement puissent être discutées par les parties au cours d'un débat.

Lorsque l'accusation repose en tout ou en partie sur un témoignage, le débat contradictoire ne peut être pleinement éclairant que s'il permet d'apprécier le degré de crédibilité du témoin et donc la solidité de son témoignage. Il doit aller au-delà de la discussion des déclarations faites par le témoin lors de la phase préparatoire du procès et permettre de le jauger lors d'une confrontation. En principe, sauf l'impossibilité dont il leur appartient de préciser les causes, les juges d'appel sont tenus lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins à charge qui n'ont à aucun stade de la procédure été confrontés avec le prévenu<sup>168</sup>

L'initiative de la confrontation avec le témoin à charge peut ainsi être prise par la personne poursuivie. Celle-ci doit requérir légalement le juge au moyen d'une demande par voie de conclusion ou à défaut en faisant citer le témoin à charge à l'audience. L'article 461 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose même à cet effet : « *Peuvent également, avec l'autorisation du tribunal, être admises à témoigner, les personnes proposées par les parties, qui sont présentes à l'ouverture des débats sans avoir été régulièrement citées* »

En principe les éléments de preuve doivent être produits devant la personne mise en cause en audience publique en vue d'un débat contradictoire mais le principe du contradictoire n'est pas violé si la confrontation a eu lieu, dans des conditions garantissant le respect des droits de la défense, au cours de l'instruction préparatoire.

La confrontation avec les témoins à charge présente des difficultés particulières lorsqu'il s'agit des témoins anonymes. Les évolutions de la criminalité organisée ont conduit à l'institution des témoins anonymes, l'anonymat ici servant à préserver la vie, la sûreté ou la liberté du témoin et celle de ses proches. L'anonymat absolu prive la personne accusée de son droit d'être confronté au témoin. C'est pourquoi, ce type de preuve n'est admis que sous trois conditions : La première est que le recours à l'anonymat apparaisse nécessaire au regard des risques encourus par l'accusé. La deuxième est que le dispositif procédural ménage une possibilité suffisante de discussion du témoignage. La troisième est que le témoignage anonyme ne doit en aucun cas constituer l'unique ou le principal fondement de la condamnation.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Crim. 12 janv 1989, B. n°13 – 6 mars et 13 juin 1991, JCP G, 1992, I, note Lasalle.

<sup>169</sup> CEDH 20 sept. 1993, Saïd c/ France § 44.

Dans l'administration de la preuve, la confrontation du mis en cause, prévenu ou accusé, avec les témoins à charge constituent un maillon essentiel du principe du contradictoire. Il en est de même du droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à décharge.

### **B- Le droit d'interroger des témoins à décharge**

Ce droit constitue le second volet du principe du contradictoire dans l'administration de la preuve en phase de jugement. Le prévenu ou l'accusé peut interroger ou faire interroger des témoins à décharge qu'il fait citer à l'audience. Le témoin peut être ici un tiers quelconque, un co-inculpé, un expert.... L'accusé a le droit d'obtenir la convocation et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

Le droit d'interroger les témoins à décharge n'est cependant pas un droit symétrique au droit d'interroger les témoins à charge. En effet, si les juges ont très peu de marge de manœuvre lorsqu'ils sont face à une demande de confrontation avec un témoin à charge dont les déclarations viennent alimenter le dossier de l'accusation, il en va autrement lorsque l'accusé sollicite la convocation de témoins à décharge. Cette demande ne reçoit une réponse favorable que lorsque le tribunal estime que la déposition sollicitée peut avoir une quelconque influence sur l'issue du procès. C'est au tribunal de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoins. La marge d'appréciation des juges en la matière est donc plus élargie de sorte que le simple fait pour une personne mise en cause de n'avoir pu interroger un témoin à décharge n'implique pas violation systématique du principe du contradictoire.

En tout état de cause, l'audition d'un témoin à décharge peut permettre à l'accusé de mettre en œuvre son droit à la preuve contraire. Il peut citer à l'audience un expert pour soutenir sa défense ou faire interroger des personnes qui ont des éléments de preuve susceptibles de combattre ceux présentés par l'accusation. C'est dire que par le truchement de l'interrogatoire des témoins à décharge, le prévenu ou l'accusé peut faire échec à l'admission d'une preuve déloyale ou en tout cas en discuter efficacement la valeur probante.

Dans ses deux composantes que sont les droits d'interroger les témoins à charge ou à décharge, le contradictoire vient au soutien de la loyauté dans l'administration de la preuve. Le contradictoire dans l'administration de la preuve a ainsi pour vertu de purger la preuve, des éléments de déloyauté et d'illicéité qui ont entaché sa collecte.

Cette vertu du contradictoire, complément de la loyauté de la preuve, s'étend également à l'appréciation de la preuve par le juge.

***Paragraphe 2 : Un complément absolu à la loyauté dans l'appréciation de la preuve.***

L'appréciation de la preuve est la dernière étape du procès. Elle est faite en toute liberté par le juge qui décide « *d'après son intime conviction* »<sup>170</sup>

Dans l'appréciation de la preuve, aucune disposition légale n'autorise le juge à écarter un élément de preuve au seul motif qu'il a été obtenu de manière déloyale. Il lui appartient seulement d'en apprécier la valeur probante après l'avoir soumis à la discussion contradictoire des parties.

Le juge est ainsi libre d'accueillir une preuve obtenue de manière déloyale mais il lui est fait interdiction de fonder sa décision sur des preuves n'ayant pas été « *contradictoirement discutées devant lui* »<sup>171</sup>

Le contradictoire opère encore à cette dernière étape comme, un complément à la loyauté de la preuve. La liberté du juge de fonder sa décision sur une preuve déloyale (A) est imitée par l'interdiction d'accueillir une preuve non contradictoirement discutée devant lui (B).

**A- La liberté du juge de fonder sa décision sur une preuve déloyale.**

L'office du juge consiste à trancher entre diverses prétentions contradictoires. En matière répressive, le juge apprécie librement les preuves qui lui sont soumises et décide d'après son intime conviction. Ce principe est applicable à tous les procès répressifs aussi bien en matière contraventionnelle, délictuelle que criminelle. Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher dans la

---

<sup>170</sup> Article 447 alinéa 1<sup>er</sup> in fine du Code de procédure pénale.

<sup>171</sup> Article 447 alinéa 2 in fine du Code de procédure pénale.

sincérité de leur conscience, quelles impressions ont faites, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction ?

Le principe de l'intime conviction signifie que le juge apprécie librement la valeur des éléments de preuve qui lui sont soumis sans être astreint au respect d'une quelconque hiérarchie légale entre les preuves.

L'intime conviction oblige le juge à respecter la liberté des preuves pris au sens de l'égalité de valeur des preuves. En raison de l'absence de hiérarchie légale entre les modes de preuve, le juge n'est certes pas tenu de faire prévaloir telle ou telle preuve, mais, pour la même raison, il ne peut davantage sans s'en expliquer, écarter arbitrairement tel ou tel élément à charge ou à décharge<sup>172</sup>

Le juge est ainsi libre sous réserve de quelques exceptions<sup>173</sup>, de fonder sa décision sur toutes les preuves, y compris les preuves déloyales produites par les parties.

Les conditions déloyales de constitution de la preuve n'interdisent pas qu'elle fonde une décision juridictionnelle. Des preuves déloyales ou illicites peuvent parfaitement contribuer en tout ou en partie à forger l'intime conviction du juge.

La liberté du juge de forger son intime conviction sur la base de preuves collectées de manière déloyale est cependant limitée par l'interdiction qui lui est faite de recevoir des preuves qui n'ont pas été contradictoirement discutées devant lui.

### **B- L'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur des preuves n'ayant pas été contradictoirement discutées par les parties.**

Aux sens de l'article 447 alinéa 2 du Code de procédure pénale, le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. Libre d'accueillir des preuves déloyales il est cependant contraint de les soumettre à la discussion contradictoire des parties.

---

<sup>172</sup> Crim. 6 sept. 2006, B. n°213, à propos d'une analyse d'écriture produite par une partie.

<sup>173</sup> C'est le cas de l'interdiction faite au juge de fonder sa décision sur l'unique preuve titrée d'un témoignage anonyme ou sur le fondement des seules déclarations émanant d'un « repentant »

Le contradictoire opère ainsi comme un complément à la loyauté dans l'appréciation de la preuve. La liberté du juge d'accueillir des preuves déloyales est en effet limitée par une double interdiction.

La première interdiction concerne la défense faite au juge de fonder sa décision sur des éléments de preuves qui n'ont pas été rapportés publiquement au cours des débats. Cette interdiction s'applique aussi bien aux parties qu'au juge. Les parties ne seront pas admises à transmettre au juge, hors audience, en l'absence de leurs contradicteurs des éléments de preuve intéressant le dossier. Le juge ne peut pas non plus se fonder sur une connaissance particulière qu'il aurait du dossier en dehors de l'instruction à la barre et des éléments à charge et à décharge connus de toutes les parties.

La seconde interdiction qui découle directement de la première concerne la défense faite au juge de fonder sa décision sur des preuves que les parties n'ont pas eu l'occasion de discuter. Avant qu'une preuve ne soit admise comme base de la condamnation, le juge doit avoir mis les parties en mesure de discuter contradictoirement de sa valeur.

Ainsi, si les preuves déloyales peuvent servir à forger l'intime conviction du juge, c'est à la double condition qu'elles aient été rapportées au cours des débats et contradictoirement discutées à l'audience. La contradiction devient ainsi un rempart à la liberté du juge de forger sa conviction sur la base de preuves déloyales.

Au total, on peut considérer que le principe du contradictoire qui s'est développé suivant la même courbe que le procès équitable, a permis de renouveler le principe de la loyauté de la preuve pénale. Ce renouvellement est en cours dans toutes les trois sphères de la preuve pénale que sont : la collecte, la production et l'appréciation de la preuve. Partout où le principe de loyauté recule dans sa fonction d'encadrer la liberté de la preuve, le contradictoire émerge et prend l'aspect d'un complément qui prévient et limite les risques d'effondrement de la preuve morale.

## CONCLUSION

La réforme de la procédure pénale s'est accompagnée d'une mutation du droit de la preuve. La métamorphose de la preuve pénale qui s'est accentuée à partir de l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale a cependant débuté bien avant. Elle a ses racines dans plusieurs lois destinées à réprimer certains types d'infractions et contenant des dispositions spéciales de procédure.

La preuve morale dans ses trois sphères que sont la collecte, la production et l'appréciation est fondée sur la liberté. La liberté dans la collecte de la preuve signifie que les parties, publique ou privée peuvent rechercher tout élément pour soutenir leurs intérêts devant le juge répressif. La liberté dans l'administration de la preuve proscrit toute hiérarchisation entre les modes de preuve. Dans l'appréciation de la preuve la liberté prend place dans la conscience du juge qui décide d'après son intime conviction. La liberté de la preuve n'est cependant pas absolue. Cette liberté est encadrée par les principes de dignité et de loyauté. Ces deux principes érigent des obstacles à la collecte et à la production de la preuve. La dignité proscrit le recours à la violence, qu'elle soit physique ou morale d'une part, et la violation de l'intimité de la vie privée d'autre part. La loyauté stigmatise la ruse et les stratagèmes.

Aux fondements du système de la preuve morale dit de l'intime conviction se trouvent ainsi trois piliers : le principe de dignité qui encadre la collecte et la production de la preuve, le principe de loyauté qui régit également la collecte et la production de la preuve et enfin, le principe de la liberté d'appréciation des preuves par le juge répressif.

La métamorphose de la preuve pénale dans son premier aspect, entame considérablement ces trois principes et les fait décliner. Ainsi le respect de la dignité n'est plus un obstacle absolu à la collecte et la production de la preuve pénale. Des preuves collectées par usage de la violence sont admises tandis que les intrusions dans l'intimité de la vie privée pour collecter des preuves sont devenues « massives » mais légales. De même, le phénomène de *la privatisation* de la preuve pénale par l'immixtion de plus en plus fréquente des parties privées dans sa collecte s'est associé à l'admission des preuves déloyales produites par ces particuliers pour mettre en lambeaux le principe de la loyauté de la preuve. Enfin, l'émergence fulgurante des preuves scientifiques réduit considérablement les marges de la liberté d'appréciation laissée au juge. Au total, dans ce premier aspect la métamorphose de la preuve pénale, provoque l'effondrement des fondements classiques du système de la preuve morale.

L'érosion de ces différents fondements a cependant favorisé un renouveau de la preuve pénale par l'émergence corrélative de nouveaux principes. Ainsi apparaît le second aspect de la

métamorphose de la preuve pénale. C'est désormais dans les principes de proportionnalité et du contradictoire, érigés au rang de principes directeurs de la procédure pénale, qu'il faut rechercher les nouveaux fondements de la preuve morale.

La proportionnalité redonne sens au principe de la dignité de la preuve pénale. Le principe de proportionnalité introduit un juste équilibre entre les atteintes à la dignité et l'impératif probatoire. La proportionnalité a pour vocation de combler le vide laissé par le recul du principe de la dignité. Les atteintes à la dignité doivent désormais être nécessaires et utiles à la manifestation de la vérité. Le contrôle de la proportionnalité est confié au juge. Le principe se veut un contrepoids à l'usage excessif des mesures attentatoires à la dignité dans la recherche et la production de la preuve.

Au principe de la loyauté mis en berne par l'évolution de la criminalité, les évolutions législatives et les revirements jurisprudentiels qui mettent en avant l'efficacité dans la recherche de la preuve, le contradictoire redonne sens et vie. La montée en puissance du principe du contradictoire permet de combler le vide laissé par le recul du principe de loyauté aussi bien dans la collecte, la production que dans l'appréciation de la preuve. Si le juge répressif accepte des preuves obtenues de manière déloyale, c'est à la condition que ces preuves aient été soumises à la libre discussion contradictoire des parties.

Ces deux principes (contradictoire et proportionnalité) viennent provoquer un renouveau de la preuve morale dont ils dessinent les contours et les nouveaux horizons.

La preuve pénale s'est métamorphosée au rythme de l'évolution de la criminalité qui elle-même suit la courbe du développement de la société. La profondeur des mutations observées est fonction des nombreuses lois spéciales adoptées, bien souvent à la hâte, pour répondre au phénomène criminel. De façon insidieuse mais certaine, l'équilibre recherché par la procédure pénale entre l'efficacité de la répression et la protection des libertés individuelles semble s'être rompue. L'impératif sécuritaire justifie désormais de nombreuses dérogations au droit commun de la preuve. L'émergence des principes de proportionnalité et du contradictoire ne semble pas suffire à rétablir l'équilibre rompu par le recul des principes de dignité et de loyauté.

Sous nos yeux se dessine au fur et mesure de l'évolution de la criminalité, les contours d'un nouveau droit de la preuve pénale. A l'érosion des fondements classiques répond l'émergence de nouveaux socles dont la solidité reste à établir. Il reste à espérer que ce nouveau droit de la preuve ne provoque pas un déclin total des valeurs universelles issues du siècle des lumières et qui ont servi à construire puis fortifier notre système probatoire.



## BIBLIOGRAPHIE

### I- *Ouvrages généraux*

- **BOULOC Bernard**, Procédure pénale, Dalloz, 22<sup>ème</sup> édition, 1074 p.
- **CADIET Loïc et consorts**, Théorie Générale du procès, Themis droit, Presses Universitaires de France, 2010, 993 p.
- **CADIET Loïc et Emmanuel JEULAND**, Droit judiciaire privé, 4<sup>ème</sup> édition, Litec, 2004, n° 663.
- **DESPORTES Frédéric**, Laurence LAZERGES-COUSQUE, Traité de procédure pénale, 3<sup>ème</sup> édition, Economica, 2013, 2390 p.
- **FRANCHIMONT Michel**, JACOBS Ann et MASSET Adrien, Manuel de procédure pénale, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, 1603 p.
- **Gérard COHEN-JONATHAN**, « Les droits de l'homme : une valeur internationalisée » Droits fondamentaux, n° 1 juillet-décembre 2001, p. 157.
- **HERZOG-EVANS Martine et ROUSSEL Gildas**, Procédure pénale, Vuibert, 4<sup>ème</sup> édition, 2013, 444 p
- **LARGUIER Jean**, Procédure pénale, Paris, Dalloz, 22<sup>ème</sup> édition, 2010, P 366
- **MERLE Roger et VITU André**, Traité de droit criminel-Procédure Pénale, Paris, Cujas, 7<sup>ème</sup> édition, 1973, 1068 p.
- **MICHELET Elisabeth**, Nouveau code, nouveau juge, nouvelle éthique, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs in Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, p.958.
- **MONTESQUIEU**, De l'esprit des Lois, Tome I, livre XII, chapitre II, 510 p.
- **PRADEL Jean**, Procédure pénale, 15<sup>ème</sup> édition, Editions Cujas, 2010, 883 p.
- **RENAULT-BRAHINSKY Corinne**, Procédure pénale, Gualino, Lextenso éditions, 14<sup>ème</sup> édition, 2013-2014, p.
- **SOYER Jean – Claude**, Droit pénal et procédure pénale, 20<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Lextenso éditions, 2008, 427 p.
- **STEFANI Gaston**, Georges LEVASSEUR Gaston, BOULOC Bernard, Procédure pénale, DALLOZ, 2010 1074 p.
- **de VALKENEER Christian**, Manuel de l'enquête pénale, Larcier, 4<sup>ème</sup> édition, 2011, 558 p.
- **VERNY Edouard**, Procédure pénale, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2008, 276 p.

### II- *Ouvrages spéciaux*

- **le BORGNE Jean – Yves**, La garde à vue un résidu de barbarie, collection Documents recherche midi, 2010, 226 p.

- **CHAMBON Pierre, GUERY Christian**, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz 2007, 1040 p.
- **GAYRAUD Jean-François**, **La dénonciation**, Paris, PUF, 1995
- **Fabrice DEFFERRARD**, Le suspect dans le procès pénal, LGDJ, 2005, 208 p.
- **HEMLE DJOB SOTONG Simon-Pierre**, La prise en compte de la dignité humaine dans l'enquête préliminaire, Réflexion sur la modernisation de la procédure pénale camerounaise, l'Harmattan, 2011, 203 p
- **LEVY Thierry**, justice sans Dieu, Paris, Odile Jacob, 2000, 239 p.

### *III- Articles et Revues*

- **ADJOVI Emmanuel**, « Le nouveau code de procédure pénale du Bénin manque le rendez-vous du numérique », in De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE, éd du CREDIJ, 2014.
- **BARBIERI Jean François**, « De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçons et inversement. Greffe d'une procédure confuse sur une infraction floue : le blanchiment de capitaux », in Mélanges dédié à Bernard BOULOC, Les droits et le droit, Dalloz 2007
- **BONFILS Phillipe, Jérôme Lasserre CAPDEVILLE**, « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », in La réforme du Code de procédure pénale, opinio doctorum, (dir) Valérie MALABAT, Bertrand de LAMY, Muriel GIACOPELLI, Dalloz, 2009.
- **BOUZAT pierre**, « La loyauté dans la recherche des preuves » in Problèmes contemporains de procédure pénale. Mélanges L. HUGUENEY, Sirey, 1964.
- **CAVROIS Marie-Luce, DALLE Hubert, JEAN Jean-Paul**, La qualité de la justice, Mission de recherche Droit et Justice, 2002, p.
- **Le CORRE Bertrand**, « La garde à vue », <http://www.avocats.fr/memember/bertrand.lecorre>, (consulté le 5 mai 2014)
- **DJOGBENOU Joseph**, Bénin le secteur de la justice et l'état de droit, une étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for west africa, Réseau Open Society Institute, 2010, 118 p.
- **KETTELS Aurélie**, L'assistance de l'avocat dès l'arrestation ou comment repenser la phase préparatoire du procès sur un mode plus accusatoire, in Revue de droit pénal et de criminologie, Vol 89, N°11, 2009, pp 989-1012
- **MAZEN Jean-Noël**, « Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique », Les petites affiches, La loi. 14 décembre 1994, n°149.
- **MOLINA Emmanuel**, Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2002, n°2 PP263-282
- **PONCELA Pierrette**, « Les experts sont formels », Pouvoirs 1990, n°55.
- **THOMAS Didier**, « Le concept de procès pénal » in Mélanges offerts à P.COUVRAT, La sanction du droit, Paris, PUF, 2001.

#### *IV -Thèses et mémoires*

- **ADAMOU Mocktar**, les erreurs judiciaires en droit criminel : contribution à une réforme de la justice criminelle au Bénin et en France, thèse, Bourgogne, 2009, 575 p.
- **Bernardin A. K**, Approche de l'efficacité de la police judiciaire au Bénin, mémoire-DEA, Abomey-Calavi, 2009-2010, 59 p.
- **BOLZE Pierre**, **Le droit à la preuve contraire en procédure pénale**, Thèse, université Nancy 2, décembre 2010
- **NZASHI LUHUSU Théos**, L'obtention de la preuve par la police judiciaire, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, Nov 2013, 568 p.
- **Waïdi AKODJENOU**, L'extorsion de l'aveu en enquête de police au Bénin, mémoire – DEA, Abomey-Calavi, 2011-2012, 102 p.

#### *V- Lexiques et Dictionnaires*

- Dictionnaire encyclopédique illustré pour tous, Larousse, 1997, 1690 p..
- *Le droit de A à Z, Dictionnaire juridique pratique*, éd. EJE, 1997, 749 p.
- **CABRILLAC (R.) (dir.)**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, LexisNexis, Litec, 3e éd., 2008, 417p.
- **CADIET Loïc**, Dictionnaire de la Justice, Centre National de Livre, Presses Universitaires de France, 2004, 1362 p.
- **CORNU Gérard**, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant,
- **GATSI Jean, NDJOCK Jean Aimé, FOMCHIGBOU MBANCHOU Jean Jules**, Dictionnaire Juridique, (PUL) Presses Universitaires Libres, 216 p. QUADRIGE/ PUF, 2009, 986 p.
- **GUILLIEN Raymond, VINCENT Jean, GUINCHARD Serge et Gabriel - GUINCHARD Serge et DEBARD (T.) (Dir.)**, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20e éd., 2013, 967p
- **LALANDE André**, vocabulaire technique et critique de la philosophie, 16e édition, PUF, 1988
- **ROBERT Paul**, Le Petit Robert, Dictionnaire Le Robert, 2003, 2949 p.

#### *VI- Sources législatives et conventionnelles*

- Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1960.
- [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.](#)
- [Convention européenne des droits de l'homme.](#)
- Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants
- Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
- Loi N° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

- Loi française n° 2000-516 du 15 juin 2000 (J.O. du 16 juin 2000, page 9038), renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
- La loi n° 93-010 du 04 août 1993 portant statut spécial des personnels de la police nationale.
- loi n°2012-15 du 29 mai 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin.
- Loi n° 2006-14 du 31 octobre 2006 portant lutte contre le blanchiment des capitaux au Bénin
- Loi n°2011-20 du 12 octobre 2011 portant lutte contre la corruption et autres infractions connexes en République du Bénin.
- Code de procédure pénale français.

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>9</b>
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	
<b>UN DECLIN RELATIF DE LA PREUVE MORALE</b>	<b>15</b>
<b>Chapitre 1 : La fragilisation de la légalité dans la collecte et l'administration de la preuve</b>	<b>17</b>
Section 1 : Le recul du principe de dignité	18
Section 2 : L'érosion du principe de loyauté.	24
<b>Chapitre 2 : L'affaiblissement de la liberté d'appréciation des preuves par le juge</b>	<b>32</b>
Section 1 : Le facteur de l'affaiblissement : La preuve scientifique.	33
Section 2 : Les conséquences de l'affaiblissement : un retour au système des preuves légales ?	42
<b>DEUXIEME PARTIE :</b>	
<b>UN RENOUVEAU CORRELATIF DE LA PREUVE MORALE</b>	<b>51</b>
<b>Chapitre 1 : La proportionnalité : un complément à la dignité de la preuve pénale</b>	<b>53</b>
Section 1 : Les instruments de mesure de la proportionnalité.	54
Section 2 : La judiciarisation des modes de preuve comme instrument de contrôle de la proportionnalité.	59
<b>Chapitre 2 : Le contradictoire : un complément à la loyauté de la preuve</b>	<b>69</b>
Section 1 : Le contradictoire : un complément relatif à la loyauté dans la collecte de la preuve.	70
Section 2 : Le contradictoire : un complément absolu à la loyauté dans l'administration et l'appréciation de la preuve.	77
<b>CONCLUSION</b>	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>87</b>