

Master droit pénal et sciences criminelles

Dirigé par Madame Jocelyne Leblois- Happe

2015

*Nemo tenetur se ipsum accusare
en droit français et allemand*

Ayse Celik

Sous la direction de Madame Juliette Lelieur

Remerciements

Merci au Professeur Juliette Lelieur pour le sujet passionnant qu'elle m'a proposé. Ses précieux conseils ainsi que sa disponibilité ont su guider l'avancée de mon travail.

Je suis également reconnaissante au Professeur Jocelyne Leblois-Happe pour l'attention qu'elle nous a portée tout au long de cette année et sa volonté de nous enseigner une autre lecture des textes.

Merci à tous ceux qui m'ont aidée dans l'élaboration de ce mémoire.

Abréviations

Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. crim.	Bulletin criminel
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
C.cass	Cour de cassation
C. cons.	Conseil constitutionnel
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv.EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
Gaz. Pal.	Gazette du palias
J.O	Journal officiel
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
Rev.	Revue
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger

SOMMAIRE

Introduction.....	5
Chapitre 1 : La consécration de la règle en droit français et allemand.....	15
Section1 : Le droit au silence.....	16
Section 2 : Le droit de ne pas participer à sa propre accusation.....	32
 Chapitre 2 : La sanction de la preuve obtenue en méconnaissance	47
Section 1: Des sanctions formellement divergentes.....	48
Section 2 : Un objectif matériellement identique	59

Introduction

« Mais j'ajoute encore, c'est vouloir confondre tous les rapports que d'exiger qu'un homme soit à la fois accusateur et accusé, que la douleur devienne la creuse de la vérité comme si le critère de celle-ci résidait dans les muscles et dans les fibres d'un misérable. »¹

C'est ainsi que Beccaria soulignait le dilemme quant à imposer à quelqu'un d'être à la fois accusateur et accusé. Il faut précisément entendre *nemo tenetur sine ipsum accusare*² dans ce dilemme. Il incarne à la fois le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation.

Le Petit Robert définit le silence comme « le fait de ne pas exprimer son opinion, de ne pas répondre, de ne pas divulguer ce qui est secret » ou encore « attitude de quelqu'un qui ne veut ou ne peut s'exprimer ». Dans un sens moins courtois, il propose « ne pas dire ou refuser d'exprimer, et utilise comme synonyme « cacher, celer ».

Son homologue, *Larousse* propose « le fait de se taire et ne rien dire ». Dans un deuxième sens, il propose « ne pas divulguer un secret ».

Il en résulte de cette terminologie que le silence doit s'entendre comme l'opposé de la parole. Se dessine alors l'idée que le silence se présenterait comme un moyen de divulguer quelque chose. Or précisément une personne peut choisir de ne pas parler pour ne pas s'attirer les foudres. Cette conception n'est pas choquante en soi, puisque chacun veille à protéger ses intérêts.

Définition - Le droit au silence revêt une signification particulière en droit. En ce qui concerne le droit administratif, le silence gardé par l'administration vaut parfois l'acceptation tacite. En procédure pénale, il en va autrement, il semble être le pendant de l'aveu. Selon le vocabulaire juridique dirigé par Cornu « l'aveu se conçoit comme une « reconnaissance, devant la police ou l'autorité judiciaire, par une personne soupçonnée ou poursuivie de l'exactitude de tout ou partie des faits qui lui sont reprochés ». C'est dans cette dialectique entre l'aveu et le silence que

¹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Traduction et notes de P. Audegean, p. 191

² Nul n'est tenu de s'auto accuser

submerge le droit à ne pas contribuer à sa propre accusation comme un moyen de défense contre l'accusation. Ce droit incarne la faculté de ne pas apporter des preuves contre soi-même qu'il s'agisse par des déclarations orales aussi bien que des preuves matérielles. Sans revenir sur le paradoxe qui de l'œuf ou la poule est arrivé en premier, il semble que le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation sont complémentaires l'une de l'autre. D'une part, il semble que le droit de ne pas contribuer à sa propre se situe comme le prolongement du droit au silence, alors même que le droit au silence permet justement de concrétiser ou "d'officialiser" le droit du prévenu de ne pas apporter des preuves contre soi-même. D'autre part, le prévenu étant face à un dilemme lorsqu'il doit faire un choix entre parler et se taire, le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation se conçoit alors comme un outil qui va optimiser son choix. Apparaît ainsi un lien entre le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Cadre de l'étude - La proximité spatiale entre la France et l'Allemagne montre que ces deux pays sont souvent amenés à collaborer. Dans cette optique, il s'avère intéressant de se pencher sur les dispositifs pénaux respectifs des deux pays dans le cadre de la coopération judiciaire qui nécessite l'établissement des règles minimales en matière de procédure pénales. C'est dans cet objectif que la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales a été transposée par la loi 2014-535 du 27 mai 2014 en France et par une loi de 2 Juillet 2013 en Allemagne³.

In fine, il semble primordial de faciliter la coopération judiciaire qui garantit une protection élevée des droits des personnes. Il faut alors chercher une harmonisation qui tend à répondre à de standard élevé en terme de garanties des droits de personnes tels que le procès équitable, la présomption d'innocence, les droits de défense ou encore les règles minimales pour le recueil des preuves. La CEDH considère que nemo tenetur est au coeur du procès équitable, ce qui relève l'importance attachée à cette prérogative. Nous utiliserons cette abréviation qui est une expression courante en droit allemand pour qualifier ce concept.

Prenons l'hypothèse d'une audition effectuée en méconnaissance des droits de la défense. Cette hypothèse n'est pas rare. L'affaire Stojkovic⁴ illustre en quoi les différences législatives entre deux pays peuvent poser problème au regard des droits fondamentaux. En l'espèce, M Stojkovic est

³ Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren

⁴ CEDH 27 oct. 2011, Stojkovic c. France et Belgique, n°25303/08

interrogé par les autorités belges dans le cadre d'une commission rogatoire internationale, en application du droit belge qui ne permettait pas à un suspect d'être assisté par un avocat. Cette affaire met en lumière le problème quant à l'exécution d'une décision de justice reposant elle-même sur un aveu obtenu en méconnaissance des droits fondamentaux.

Pour pouvoir résoudre ce type de problème dans l'avenir, on voit en quoi le rapprochement des règles minimales en matière d'admissibilité des preuves est primordial pour pouvoir préserver les droits fondamentaux. Ce qui va permettre de faciliter la reconnaissance mutuelle en matière de preuves et in fine des décisions définitives. Ce constat nous invite à tenter une étude comparative des dispositifs français et allemand pour identifier les différents régimes en vigueur. Or on s'aperçoit qu'on n'a pas la même conception de cette prescription d'un côté de l'autre du Rhin. Pour mieux saisir cette distinction il faut se tourner vers l'histoire pour comprendre l'émergence de ce droit.

D'un point de vue historique, on constate que ce droit a de vieilles racines. Déjà connu du droit romain,⁵ le digeste l'exprime par des maximes tel que *Exposera nocent non expressa nocent*⁶, *Qui tacet non utique fatetur : sed tamen verum est eum non negare*⁷. On trouve également le privilège du silence dans le droit hébraïque. L'aveu n'était pas admis au motif que l'on ne pouvait apporter une preuve contre soi-même.⁸

L'époque des Lumières n'a pas vraiment été marquante quant à la reconnaissance de cette prérogative. Beccaria, tout en s'opposant à la torture, n'admettait pas cependant d'accorder à l'accusé un droit au silence, qui selon lui favorisait l'impunité des criminels. Alors que Bentham, au nom de l'utilitarisme, critiquait fermement la conception du common law qui accordait au prévenu

⁵ Elsa Monceaux, *Quel droit au silence en procédure pénale ?*, Université Panthéon-Assas, Banque des mémoires, 2011, p 11

⁶ ce qui est exprimé nuit, ce qui est inexprimé ne nuit pas

⁷ celui qui se tait ne reconnaît pas, mais il ne dénie pas

⁸ H. Henrion, *La nature juridique de la présomption d'innocence, Comparaison franco-allemande*, Faculté de droit de Montpellier, Collection Thèses, 2996, n° 541, p 790

le privilège du silence⁹. Le droit au silence a été timidement reconnu par Graverend ¹⁰, sans pour autant pouvoir accéder à un grand public.

Il semble cette prérogative, n'a donc pas eu un grand succès avant le XX e siècle. Il va être officiellement reconnu après la seconde guerre mondiale avec la structuration d'un nouvel ordre mondial.

Le droit de se taire et de ne pas contribuer à son propre accusation est consacré par quelques textes internationaux. Elle est expressément énoncée à l'art 14. 3 g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹¹ qui énonce que l'accusé ne doit pas « être forcé de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». L'article 55 § 1 al 1 du Statut de Rome¹² mentionne également ce droit.

En ce qui concerne du droit européen, il faut noter que la Conv.EDH ne mentionne pas expressément (CEDH 1950, alors que Pacte 1966 et Statut de Rome 1998). Pourtant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) rattache ce droit l'article 6 § 3 de la Conv.EDH alors même qu'il n'y aucune référence expresse. Le droit à ne pas participer à sa propre accusation a été reconnu la première fois dans l'arrêt Funke c/ France¹³, où elle affirme que l'article 6 doit être entendu dans un sens autonome et le consacre comme un droit indissociable au procès équitable. Elle sera amenée ensuite à préciser l'étendu de ce droit dans l'arrêt John Murray, en énonçant qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu en énonçant que « *le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6.* »¹⁴.

⁹ P. Gérard, Michel van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publication des facultés universitaires Saint -Louis, p 115

¹⁰ *Traité de la législation criminelle en France*, 3e éd., 1830, I, p 242

¹¹ signé sous l'édifice de l' ONU, 16 décembre 1966

¹² Le Statut de Rome signé le 17 juillet 1998 est entrée en vigueur le 1er juillet 2002, après la ratification de son Statut par un minimum de 60 États.

¹³ CEDH, 25 février 1993, Arrêt Funke c/ France, §44

¹⁴ CEDH, 8 février 1996, John Murray c/ R.U, §45

En ce qui concerne le droit français, on remarque que l'adage « *nemo tenetur* » est étranger au langage juridique français. On utilise rarement cette terminologie. A l'observation de du CPP, on s'aperçoit que celui-ci mentionne le droit au silence, sans qu'aucune référence soit consacré au droit de ne contribuer à sa propre accusation. En effet le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation n'est pas spécifiquement reconnu en droit français, pas même par l'article préliminaire du code de procédure pénale qui rappelle une certaine inspiration en disposant qu'« *en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui.* » Pourtant il a été reconnu par une décision du conseil constitutionnel du 2 mars 2004, il découle de l'article 9 de la déclaration de 1789, que nul n'est tenu de s'accuser, alors même que ce droit a été longtemps absent de l'arsenal juridique français.

Du côté du droit allemand, on remarque que l'adage en latin est beaucoup plus courant que ce soit dans la jurisprudence ou dans la doctrine. À la lecture de la StPO, on s'aperçoit que celle-ci dispose le suspect doit être informé de son droit de s'exprimer sur l'accusation dirigée contre lui ou de ne pas s'exprimer sur l'affaire.¹⁵

La reconnaissance de cette prérogative étant très récente, on peut s'interroger sur ses fondements. Quelles les raisons ont poussé le législateur à s'attacher à cette question ?

Les fondements du droit - La Cour européenne affirme expressément que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a pour fondement le procès équitable, la présomption d'innocence ainsi que l'interdiction de la torture consacrée à l'article 3.¹⁶

La première remarque tient au procès équitable. La Cour européenne rappelle de façon constante que le concept « d'accusation en matière pénale » revêt une portée « autonome », indépendante des catégorisations utilisées par les systèmes juridiques nationaux des États membres.¹⁷ Ainsi une matière qui semble relever du droit administratif dans l'ordre interne peut

¹⁵ §136 StPO « [...]Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen [...] »

« En effet, même si l'article 6 ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6. En mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6 » ¹⁶ (John Murray c. Royaume-Uni § 45

¹⁷ CEDH, 26 mars 1982, Adolf c. Autriche, n°8269/78 § 30

relever de la matière pénale au sens de l'article 6. *Nemo tenetur* étant une composante du procès équitable celui-ci a vocation également à s'appliquer au regard de cette notion autonome. Force est de constater que cette appréciation confère une application large. Deuxième remarque tient à l'interdiction de la torture. La cour reconnaît qu'il s'agit d'un droit qui a pour objectif de prévenir une violation de l'article 3. Donc l'objectif poursuivi tend à éviter qu'une coercition soit exercée sur la personne afin de la contraindre à s'avouer coupable. Interdire la torture, le traitement inhumain ou dégradant revient à reconnaître implicitement la dignité humaine.

Or on s'aperçoit que le droit allemand consacre depuis 1981 que le principe « *nemo tenetur* » trouve son fondement dans les principes de la dignité humaine (Art 1 GG), du droit à la personnalité (Art 2 GG) et de l'Etat de droit (Art 20 GG) de la loi fondamentale.¹⁸

Le droit français attache ce droit à la présomption d'innocence. C'est en cela que le conseil constitutionnel a considéré que ce droit comme un facteur de la présomption d'innocence.¹⁹

Donc le droit français, comme le droit allemand, accorde à cette prérogative une valeur constitutionnelle. Il n'en demeure pas moins que cette est décision du C. cons. est marquante, puisque pour la première fois, il reconnaît cette valeur constitutionnelle, alors même qu'il n'y avait aucune appropriation dans l'ordre interne auparavant. Quant à la cour de cassation, elle fonde son raisonnement en se référant aux des droits de défense. Or les droits de la défense comme la présomption d'innocence semblent être une des composantes du procès équitable au sens de la CEDH. Sur ce plan, il est possible de faire un rapprochement avec la jurisprudence de la CEDH.

On voit qu'il existe une diversité de fondements. Cette diversité pourrait-elle expliquer une différence de méthodes ? Dans quelles mesures peut-on dire que les fondements sont le fil directeur de la consécration juridique ?

La nature juridique - La question de la nature du *nemo tenetur* n'est pas tranchée. Le concept de *nemo tenetur* peut être envisagée sous deux angles de vue.

Le premier consiste à penser qu'il s'agit d'un principe général de droit qui va avoir une application aussi large que les principes directeurs du droit procès pénal. On peut alors penser qu'il

¹⁸ BVerGe 56, 37, 43 ; BGHSt 38, 24, 220

¹⁹ Cons. const. décision n° 2004-492 DC du 02 mars 2004

va irriguer le procès pénal. Ce qui implique qu'il a vocation avoir une application aussi bien au stade de l'enquête qu'au stade de jugement.

Le second, consiste à penser qu'il s'agit d'un droit procédural. Une prérogative qui nous est donc propre et que nous pouvons demander le respect par autrui. Selon le dictionnaire Robert de sociologie « le droit représente une forme élaborée de la codification des comportements individuels, des positions et des échanges, des organisations et des institutions. » Dans cette optique, il faut concevoir donc une norme qui selon Vergès²⁰, qui ne s'agit pas d'un principe générale de droit, mais une règle technique du droit procédural.

Pourtant dans l'état actuel des choses, il est difficile d'opter pour l'une de ces conceptions. C'est pourquoi il faudrait identifier le champ d'application de cette prérogative pour identifier le cadre dans lequel elle est susceptible d'intervenir.

Le champ d'application - En commun law, on distingue droit au silence et privilège de non-incrimination, le premier se rattache à la phase policière, le second se situe dans la phase judiciaire²¹. La discussion se présente en France sous une autre forme. Il ne s'agit pas de cantonner le droit au silence à une phase et le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation à une autre, mais d'identifier le champ d'application du *nemo tenetur* en général. La question est donc plutôt relative à l'étendue de ce droit.

Peut-on admettre qu'il faut appliquer ce droit uniquement devant la juridiction de jugement? Cette solution, reviendrait à faire appliquer ce droit dans une situation où un certain nombre de preuves sont déjà établies à l'égard du suspect. Dès lors que les preuves sont obtenues, on voit mal comment, ils peuvent être évacués lors de la phase de jugement. Une illustration de ce problème a été mise en lumière dans l'affaire Gäfgen²². L'accusé avait kidnappé un enfant. Les autorités pour sauver la vie de l'enfant l'avait menacé pour le pousser à avouer. Cet aveu a alors permis de récolter les preuves matérielles, en l'occurrence, le corps de l'enfant sans vie. En se fondant dans ce cas donné, on peut s'interroger sur l'effectivité du *nemo tenetur* reconnu uniquement à la phase de jugement. En l'espèce les premiers aveux ont été écartés et le juge s'est fondé sur les déclarations

²⁰ E. Vergès, Procédure pénale, 3e éd. Lexisnexus, 2011, p. 45

²¹ J. Pradel, *Procédure pénale*, 16e édition, p 356

²² CEDH, Gäfgen c. Allemagne, 1er juin 2010, n° 22978/05

faites en audience pour former son jugement. Mais qu'en est-il des preuves matérielles obtenues au moyen de ces premiers aveux ? Pourrait-on faire abstraction de ces preuves ? La réponse semble être négative. C'est pourquoi il importe de reconnaître l'application de cette prérogative dès les premiers interrogatoires pour permettre son effectivité tout au long du procès. En effet la phase préliminaire est essentielle pour deux raisons. D'une part c'est le moment clef pour décider de déclencher une poursuite ou au contraire classer l'affaire. Or précisément c'est à cet instant même que cette prérogative présente tous ses intérêts. D'autre part, la CEDH considère que l'accusé est dans une situation vulnérable²³. On relèvera ici toute une jurisprudence européenne qui s'est développée pour en fixer le champ d'application et le contenu, ce qui permettra de dégager les fondements et les limites. En effet comme il s'agit d'un droit rattaché à l'article 6, par conséquent la Cour fait une appréciation autonome pour délimiter son champ d'application. Il en résulte de cette appréciation que le domaine administratif douanier ou encore fiscal n'échappe pas au respect de cette prérogative. La protection semble donc commencer en amont du jugement y compris durant la phase policière.

Pourtant la question de l'étendue du droit au silence solution a fait couler beaucoup d'encre en France. Longtemps la notification de ce droit n'a été reconnue que devant les autorités judiciaires et pas devant les autorités policières. Il semble qu'aujourd'hui un consensus s'est formé sur la question puisqu'il faut appliquer ce droit à la lumière de la jurisprudence européenne qui promeut une application large des principes posés par l'article 6.

Or ce-ci étant en matière pénale, il n'en demeure pas moins que des difficultés subsistent quand il s'agit d'appliquer les règles de l'article 6 de la Conv.EDH en matière douanière, fiscale voire administrative. En effet, la question qui se pose est de savoir si il faut attendre des Etats membres de faire une appréciation autonome de ses propres normes au regard de la Conv.EDH pour prévenir d'éventuelles violations. Ce qui implique que les Etats membres doivent s'émanciper de ses propres normes, de s'affranchir de son propre système et de faire une application transcendante du droit européen pour pouvoir identifier qu'une procédure administrative, douanière ou fiscale relève de l'article 6 au sens autonome. Force est de constater que ce effort d'adaptation n'est pas si évident.

²³ C.E.D.H., 13 octobre 2009 , Dayanan c. Turquie,n° 7377/03, § 32

L'effectivité de cette prérogative- Le recueil de la preuve est la phase inaugurale dans la recherche de la vérité. Les preuves obtenues sont tellement importantes qu'elles vont constituer parfois le fil directeur dans le procès pénal. Or il n'est pas rare qu'une preuve soit recueillie en méconnaissance du *nemo tenetur*. Imaginons un prévenu qui est passé aux aveux sans être préalablement averti de son droit au silence. Quelle sera la valeur de cette audition ? Pourra-t-elle être exploitée lors du procès pénal ? C'est à cette question qu'il faudra répondre. En effet la pratique judiciaire montre que la consécration juridique n'est pas suffisante en soi pour consolider son respect. Le respect d'un droit ne passe pas uniquement par sa consécration. En revanche, la menace de la sanction permet de garantir l'effectivité de ce droit. A l'observation des deux systèmes respectifs, on s'aperçoit que le droit français sanctionne le non respect d'une irrégularité probatoire par la nullité, alors que le droit allemand utilise une autre technique juridique consistant à interdire l'exploitation de la preuve irrégulière.

Au delà de ces différences structurelles, un rapprochement semble être incontournable dans la sphère européenne dans la mesure les deux systèmes sont parties à la Conv.EDH. De surcroît, il faut lire cette différence structurelle à la lumière de la jurisprudence de la CEDH qui dans l'état de la jurisprudence actuelle exige la présence de l'avocat, dès le premier interrogatoire. Ainsi le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation semble intrinsèquement lié, pour ne pas dire organiquement lié au droit à l'avocat. Par conséquent, il s'avère important d'analyser la réception de cette jurisprudence dans les dispositifs allemand et français.

=====

Après avoir étudié la réception du *nemo tenetur* dans les deux systèmes respectifs et identifié sa consécration, ainsi que sa valeur et après avoir observé que la notification est déterminante de cette garantie, il s'agit de déterminer en quoi la sanction d'une irrégularité apparaît incontournable pour rendre ce droit effectif. Ce qui nous amène à comparer les méthodes différents employés pour préserver son respect.

En effet, il semble que la consécration du droit est entérinée dans les deux systèmes (Chapitre 1). Son respect est assuré au moyen de deux méthodes distinctes d'un côté à l'autre du Rhin mais qui tendent vers une même finalité (Chapitre 2).

Chapitre 1 :

La consécration de la règle en droits français et allemand

D'une part il est nécessaire d'identifier les contours du droit au silence : il s'agit de voir quelles sont les implications du droit au silence et dans quels cas il est possible de passer outre ce droit fondamental. La jurisprudence de la C.EDH retiendra spécialement notre attention. D'autre part, il faudra s'attacher à la consécration du droit de ne pas contribuer à sa propre accusation. Quelle est sa traduction juridique interne dans les systèmes respectifs des deux pays ? Quels ont été les moyens et les méthodes mise en oeuvre par le législateur français et allemand ? Le rôle de la jurisprudence dans la tradition romano-germanique mérite une analyse particulière en terme de protection des droits fondamentaux.

L'analyse des deux composantes du *nemo tenetur* : le droit au silence (Section 1) et le droit de ne pas participer à son propre accusation (Section 2) va nous permettre de cerner les convergences et les divergences entre les deux pays.

Section1 : Le droit au silence

Il est possible d'effectuer un rapprochement entre les dispositifs français et allemand quant au contenu du droit au silence (I), et à l'obligation corrélatrice de le notifier (II). Néanmoins des différences subsistent lorsqu'on s'interroge sur les destinataires du droit au silence (III).

I. Une signification concordante du droit au silence

Il importe de préciser le contenu du droit au silence (A) ainsi que ces conséquences qui semblent être globalement identiques (B).

A. Le contours du droit au silence

Pour forger le sens et l'étendu du droit au silence, il faut s'intéresser à sa réception dans les dispositifs respectifs (1). A l'étude de ce droit, on remarque qu'il est indissociable du droit à l'avocat (2).

1. La signification du droit au silence

De prime abord, il importe de se pencher sur le contenu communément admis dans le droit allemand et français. Le droit au silence signifie que la personne suspecte ou mise en cause peut refuser de répondre aux questions qui lui sont posées ou de faire des déclarations spontanées lors d'une audition ou d'un interrogatoire. La personne a donc le choix de s'exprimer ou de refuser toute déclaration. Ce raisonnement implique deux conséquences. D'une part le refus de s'exprimer n'est pas incriminé. D'autre part la charge de la preuve pèse sur le poursuivant. Le silence peut donc être utilisé comme un moyen de défense.

La doctrine considère que le droit au silence doit s'entendre dans trois aspects²⁴. Le premier aspect vise « le droit de garder le silence oralement ». Cet aspect ne pose problème en soi. C'est le premier aspect auquel on pense. Le second aspect du droit au silence correspond au droit de ne pas

²⁴ Serge Guinchard - Jacques Buisson, Procédure pénale, 9e édition, p. 520

s'exprimer par écrit. Il peut s'agir par exemple pour la personne concernée de refuser à se soumettre à un test d'écriture. La jurisprudence allemande considère que le suspect ne peut pas être contraint de participer des tests test d'écriture, d'expertiser d'une quelconque manière des éléments relatifs aux faits²⁵. Et enfin, le troisième aspect implique le droit de ne pas produire de documents contre soi même²⁶. Dès lors se pose la question épineuse : le droit au silence s'étend il au refus de remettre à une administration des pièces demandées par celle-ci ? En droit français, le refus de produire des documents constitue le délit d'obstacle à la fonction²⁷. Dès lors, l'effectivité du droit au silence semble être problématique.

La particularité provient du droit européen, souvent on incarne le droit à l'avocat, le droit au silence, le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation dans une même souche. Ce constat n'est pas étonnant en soi, puisqu'il constitue les différents déclinaisons du procès équitable. Par conséquent, le droit à l'avocat mérite que l'on s'y attache une attention particulière.

2. Un droit indissociable du droit à l'avocat

Dans son arrêt Brusco contre France²⁸, la Cour de Strasbourg a énoncée de façon claire qu'il existait un lien étroit entre le droit au silence et l'assistance effective d'un avocat. Cette conception gagne plus de force avec l'état de la jurisprudence actuelle de la Cour, à la quelle il faut attacher une attention particulière. In fine la cour de Strasbourg, à l'image d'un chef d'orchestre, semble donner le rythme aux États membres pour garantir un niveau minimum des protections des droits fondamentaux.

Dans l'arrêt Salduz, la Cour énonce que le droit à l'avocat doit être garanti dès les premières stades de l'interrogatoire pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif ». Elle ajoute qu'un prompt accès à l'avocat fait partie des

²⁵ BGH 34, 39, 46 ; BGH 1 StR 364/03

²⁶ V. par exemple CEDH 25 février 1993, Funke c. France

²⁷ Cass., crim., 24 février 2009, B.C., n° 46; D. 2009, 1017, obs. Léna; A.J. pénal 2009 obs. Laserre-Capdeville

²⁸ CEDH 14 oct. 2010, Brusco c. France, § 54

garanties procédurales. L'obtention de conseils juridiques constitue donc une garantie fondamentale contre les mauvais traitements²⁹.

Cette jurisprudence se poursuit avec l'arrêt *Dayanan*³⁰, la CEDH affirme que le droit à l'avocat doit être garanti dès la privation de liberté. Elle précise également que le manquement n'est pas neutralisé par le fait que le requérant a gardé le silence au cours de la garde à vue. Selon le juge européen, le refus systématique suffit en soi à conclure à un manquement aux exigences de l'article 6. Par conséquent le droit de ne pas s'auto-accuser est violé même si l'intéressé a gardé le silence. Selon le raisonnement du juge européen, dès lors que le requérant n'est pas assisté par son avocat, il risque de s'auto-accuser. Ce risque constitue donc en lui même une violation du procès équitable. La Cour considère qu'il y a une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance d'un avocat.

La CEDH est également amené à se prononcer sur la situation d'une personne qui a consenti délibérément à faire des déclarations aux policiers après avoir été informée que ses propos pourront servir de preuve contre elle. Selon le raisonnement du juge européen, ce choix ne saurait être considéré comme totalement éclairé dès lors qu'aucun droit à garder le silence ne lui a été expressément notifié et qu'elle prit sa décision sans être assistée par un conseil³¹.

La jurisprudence de la CEDH nous amène donc à conclure que le droit au silence serait vidé de sa substance à défaut de l'assurance d'un droit à l'avocat. De sorte que le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation se présentent comme des droits complémentaires voire indissociables et interdépendants du droit à l'avocat.

B. Les conséquences du silence

Dès le début de la comparaison il faut noter que le droit au silence serait vidé de son sens si le silence gardé devait être systématiquement considéré comme aveu implicite de culpabilité ou interprété en défaveur de l'accusé. Nous relevons donc deux conséquences du droit au silence.

²⁹ CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c. Turquie* §§ 54-55

³⁰ CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c. Turquie* § 32

³¹ CEDH, 24 oct., 2013, *Navone et autres c. Monaco*, § 74 ; CEDH 27 oct. 2011, *Stojkovic c. France et Belgique*, § 54

Premièrement silence ne peut jamais être retenu pour prouver une quelconque culpabilité.
Deuxièmement, il ne peut pas non plus être retenu comme une circonstance aggravante(1).
Cependant il est loin d'être un droit absolu (2).

1. Le silence ne peut être retenu comme seul fondement de condamnation ou comme une
circonstance aggravante

Musset affirmait avec justesse » *quand on manque de preuves , on se tait* ». Cette expression souligne l'idée qu'on ne peut s'exprimer sur une affaire lorsqu'on a pas de preuve suffisante. Le silence du prévenu imposerait donc aux autorités de poursuite de n'en tirer aucune conclusion défavorable (a). Cependant il s'avère qu'il existe une pratique judiciaire en droit français qui ne permet pas de contrôler l'effectivité du droit au silence (b).

a. Une solution concordante en théorie dans les deux systèmes

Premièrement, le silence de la personne suspecte ou mise en cause ne doit pas retourner contre lui. En ce sens, celui qui se prévaut de ce droit ne doit pas être sanctionné sur le fondement de son comportement. Faute de quoi le droit au silence perdrait sa raison d'être. Il y aurait atteinte à l'essence même du droit au silence et a fortiori aux droits de défense. La jurisprudence allemande affirme de façon constante qu'aucune conséquence négative ne doit être tirée du silence au procès³². Le juge français adopte la même position. La jurisprudence française affirme de façon constante que le juge ne saurait fonder sa conviction sur le silence du prévenu, sur des éléments de preuve ne figurant pas au dossier, mais dont il a eu connaissance dans un autre dossier³³ ou s'il a obtenu une information via une autre procédure³⁴. Cette solution est conforme à la jurisprudence de la CEDH. La cour considère qu'il « est manifestement incompatible avec les interdictions dont il s'agit de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer³⁵ ». Elle considère que le droit au silence est

³² BGHSt 20, 281, 282f ; LR/ Gless , § 135 StPO Rn 37 ff

³³ Cass., crim., 9 février 1955, 29 mars 1955, n°116

³⁴ Cass., crim.,3 avril 1984, B.C., n°130

³⁵ CEDH, 8 février 1996 John Murray c. Royaume Uni ,§ 47

compromis lorsque l'accusé est confronté à un dilemme entre « parler et risquer de mettre des preuves à sa charge ou se taire et risquer de subir un préjudice du fait de ce silence »³⁶.

Deuxièmement, si le silence était conçu comme une circonstance aggravante, on ne saurait l'utiliser librement. Concevoir le silence d'un suspect comme une circonstance aggravante à son égard, se présenterait alors comme une dissuasion de son utilisation par l'intéressé. A fortiori celui qui se tait ne doit être défavorisé par rapport à celui qui passe aux aveux. A l'observation du droit allemand, on remarque que celui-ci tend à protéger l'effectivité du droit au silence. Le BGH affirme de façon constante que le silence ne doit pas être utilisé de façon désavantageuse³⁷. Elle va plus loin, en considérant que les mimiques et les gestes du prévenu ne doivent non plus être utilisés de façon désavantageuse³⁸.

Quant au droit français, le principe est le même sauf qu'en pratique la situation est un peu plus délicate. On s'aperçoit qu'il existe une pratique judiciaire qui consiste à réduire la peine lorsque l'intéressé avoue les faits. Récemment, une situation s'est présentée devant la chambre criminelle. Un certain M. X est condamné plus sévèrement car il n'a pas avoué les faits. La question qui est posée était donc relative à la pratique judiciaire qui consiste à faire pression sur un prévenu pour qu'il passe aux aveux³⁹. Ce qui pose la question de la comptabilité de cette pratique au regard du droit au silence et au regard du droit européen. La CEDH est amenée à se prononcer sur cette pratique. En effet dans l'affaire Heaney et Mc Guinness⁴⁰, les requérants avaient été condamnés au motif que leur silence constituait une infraction à savoir refus de collaborer. Dans l'affaire déférée devant la Cour de cassation, nous sommes dans une situation semblable. Le prévenu était informé qu'il risquerait d'être puni plus sévèrement s'il refusait d'avouer les faits. Cette décision semble être critiquable au regard de la jurisprudence de la CEDH. Cependant le droit français justifie sa position en invoquant qu'il ne s'agit pas d'une circonstance aggravante, mais un refus d'appliquer une remise de peine. La question reste donc ouverte.

³⁶ CEDH, 6 juin 2000, Averill c. Royaume Uni

³⁷ BGHSt 32, 140, 144 ; BGHSt 25, 365, 368 ; 34, 324, 326

³⁸ BGH StV 1993, 458

³⁹ Cass. crim., 4 avril 2013, n° 12-83.224 ; JurisData n° 2013-017651 ; V. Peltier, *Droit de ne pas s'auto-incriminer et aggravation de la peine prononcée*, Droit pénal n° 9, Septembre 2013, comm. 136

⁴⁰ CEDH, 21 déc. 2000, Heaney and McGuinness & Quinn c. Ireland

b. Mais formaté sous la règle de l'intime conviction en France

Pour garantir l'effectivité du droit au silence, la motivation des décisions semble être incontournable. Le droit allemand accorde une place particulière à la motivation des décisions, alors que le droit français est plutôt avare dans cette matière. La motivation concerne uniquement la culpabilité de la personne mise en cause, alors que la sanction prononcée ne fait l'objet d'aucune motivation. La situation est d'autant plus emblématique devant la cour d'assise, le jury répond par oui et non et ne mentionne aucune motivation. Par conséquent, on ne peut savoir, si le silence du prévenu a été retenu à titre de condamnation ou s'il a influé la décision de condamnation. Ce qui est d'autant plus problématique, lorsqu'on sait que le droit français est manié par le système de l'intime conviction. De surcroît on relève que le juge n'est pas obligé de décrire le cheminement intellectuel qui lui a permis de forger sa décision. Le système de l'intime de conviction autorise donc les juridictions de se faire une opinion sur la pertinence des preuves qui leur sont soumis⁴¹. On dit d'ailleurs que « les faits relèvent de son pouvoir souverain d'appréciation »⁴².

Cette observation nous amène à penser que le juge est libre dans l'appréciation le silence. Selon M. Azoulay, « lorsqu'une personne garde silence en garde à vue et en audience, je me pose beaucoup des questions en termes de transparence et d'honnêteté⁴³ ». On trouve cette tendance également dans la jurisprudence. Le juge n'étant tenu par aucune preuve⁴⁴, il est dès lors libre d'attacher le poids qu'il veut au silence du prévenu et peut tirer toute conséquence utile de cette attitude⁴⁵. Or dans cette logique, le refus de s'exprimer ne se présente pas un bon moyen de défense.

Force est donc de constater une certaine fragilité du droit au silence en droit français.

⁴¹ voir notamment les art. 353 CPP, art 427 CPP, art 536 CPP

⁴² Cass., crim., 3 janvier 1978, n° 1

⁴³ Entretien du M2 Droit pénal et sciences criminelles, 5 janvier 2015

⁴⁴ Cass., crim., 24 janvier 1973, B.C, n° 33 et 34

⁴⁵ Merle Vitu, *Procédure pénale*, 4 édition, n°150, Rev. sc. crim. 1998, 395

2. Le droit au silence n'est pas un droit absolu

De prime abord, il peut paraître étonnant, de dire que le droit au silence souffre de dérogation, puisque ce droit est rattaché à l'article 6 de la CEDH, à savoir le procès équitable qui ne souffre d'aucune dérogation. Cependant la CEDH semble tenir un équilibre entre les droits de défense et les intérêts de la société à ce que les infractions soient poursuivis. En ce sens, le droit au silence ne se présente donc pas comme un droit absolu. La CEDH explique que « d'une part, il est manifestement incompatible avec les interdictions dont il s'agit de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer ». Mais elle précise qu'il s'agit d'une évidence de juger selon le bon sens en affirmant que « d'autre part, il est tout aussi évident pour la Cour que ces interdictions ne peuvent et ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge ».

II. La notification du droit au silence

D'emblée on notera qu'il semble dérisoire d'exercer un droit dont on ignore. La notification du droit au silence reflète donc une importance évidente. En effet, dès le premier interrogatoire, le suspect est dans le danger de s'auto-accuser. La personne interrogée ou auditionnée doit être avertit qu'elle a le choix de parler ou de ne pas s'exprimer pour pouvoir orienter sa défense. Précisons que la notification a pour fonction de faire comprendre à la personne interrogée que la poursuite pénale va dépendre de ses déclarations⁴⁶. Pourtant le droit français a été toujours ambivalent face à la notification du droit au silence. A côté du droit allemand qui incarne ce droit dans un dogmatisme, le droit français a eu un cheminement aléatoire. Dès lors on constate que la notification du droit au silence est conquis en France (A), alors qu'on dira qu'il est plutôt acquis en Allemagne (B).

A. La notification du droit au silence : un droit conquis en France

⁴⁶ S. Gless, « Der Nemo tenetur-Grundsatz- ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht » dans *2000 Jahre Code d'instruction criminelle, Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, dir H.Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz, Nomos, p. 82

L'histoire de la notification du droit au silence est une histoire ambivalente. Après une période d'hésitation (1), la France a été obligé de le reconnaître (2).

1. D'une consécration floue à l'origine

La notification du droit au silence a connu une histoire chaotique en droit français.⁴⁷ On relève que la loi du 15 juin 2000, constitue la première consécration du droit au silence dans l'arsenal juridique français⁴⁸. La notification immédiate a été insérée à l'article 63-2 du CPP qui prévoyait que « la personne gardée à vue est (...) immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs »⁴⁹. Il n'est pas besoin de démontrer que cette formulation sous entend que le droit au silence correspond à un privilège. C'est pourquoi elle a fait l'objet de nombreux critiques syndicales des policiers aussi bien que des magistrats.

La formule utilisé va ensuite être modifiée, le droit au silence se traduit alors comme un choix offert au prévenu et non plus comme un privilège unique⁵⁰. La nouvelle formulation disposait que « *la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire* »⁵¹.

Le droit au silence demeurait donc consacré, dans une expression qui rappelait d'abord la faculté de parler avant d'évoquer le droit au silence. On disait alors que « le gardé à vue est informé de son choix et plus de son droit »⁵².

Le législateur, soucieux de ne pas favoriser chez les suspects des attitudes de repli, avait en définitive abrogé par la loi de 18 mars 2003 relative à la lutte contre la violence routière, les dispositions obligeant la notification⁵³. Donc le droit au silence était supprimé dans les textes, alors

⁴⁷ Serge Guinchard - Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 9e édition, p. 717

⁴⁸ Art. 8 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 (J.O 16 Juin 2000 ; Rect. 8 juill. 2000)

⁴⁹ Art. 8 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 (Journal Officiel 16 Juin 2000 ; Rect. 8 juill. 2000)

⁵⁰ Martine Herzog-Evans, Gildas Roussel, *Procédure pénale*, 5e édition p. 48

⁵¹ La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 (Journal Officiel 5 Mars 2002)

⁵² Serge Guinchard - Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 9e édition, p. 605

⁵³ La loi n° 2003-495 du 18 mars 2003 (Journal Officiel 13 Juin 2003)

même qu'il existait au regard des engagements internationaux. Il faut préciser que la difficulté consistait à appliquer un droit ne reposant sur aucun texte interne. De facto, un droit non notifié, ne peut être exercé. D'une part, on constate que les autorités ne se sentent plus liées par ce droit dont aucun texte n'oblige le respect. D'autre part, le suspect ou le mis en examen ne peut s'en prévaloir, puisqu'il n'était pas reconnu par les autorités de poursuite. La France a été donc obligée de changer sa position réticente après avoir été condamné par la CEDH.

2. À une reconnaissance forcée

Il a fallu attendre la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Brusco pour restaurer le droit au silence. En l'espèce, le requérant a été condamné pour complicité de violences aggravées, pour avoir payé deux personnes afin de "faire peur" au mari de sa maîtresse. Au cours de sa garde à vue, il a été entendu sous serment comme témoin. Il reconnut les faits sans être assisté par un avocat. La CEDH considère que du fait de lourdes soupçons qui pesait à son égard, il devait être entendu en tant que suspect. Nous reviendrons sur la discussion juridique tenant au statut accordé à la personne mise en cause. À cette occasion, la cour rappelle avec force que « que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable »⁵⁴ et condamne la France.

Il faut également citer la décision du conseil constitutionnel qui est évoqué par certains comme « un coup de tonnerre »⁵⁵. Avec cette décision, les sages censurent les dispositions relatives à la garde à vue qui méconnaissaient les droits de défenses.

Face aux exigences conventionnelles et constitutionnelles le législateur a été donc contraint de rétablir le droit au silence par une loi de 14 avril 2011 en prévoyant que « *la personne placée en garde à vue est immédiatement informée (...) du droit lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* »⁵⁶.

⁵⁴ CEDH., 14 oct. 2010, n° 1466/07, Brusco c/ France, § 44

⁵⁵ Le Monde.fr | 30.07.2010 Par Alain Salles, Le Conseil constitutionnel juge inconstitutionnelles les gardes à vue de droit commun.

⁵⁶ La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 (J.O. 15 Avril 2011)

Mais l'adoption de cette loi ne résout pas le problème en soi. La Cour de cassation est amenée à se prononcer sur le sort de des interrogatoires qui n'ont pas fait l'objet d'une décision définitive⁵⁷. Il restait donc à résoudre le sort des des interrogatoires effectuées en méconnaissance du droit au silence avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011.

Il faut rappeler que le droit de se taire étant un droit procédural, il ne saurait recevoir une application rétroactive. Par trois arrêts du 19 octobre 2010, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que certaines règles actuelles de la garde à vue ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme telles qu'interprétées par la Cour européenne. Les effets des décisions ont été reportées au 1 juillet 2011⁵⁸. La chambre criminelle, s'est ainsi alignée ainsi avec la position du conseil constitutionnel qui avait également différé l'application de sa décision à cette date.

Par la suite, la Cour de cassation est revenue sur cette position. Par un série d'arrêt rendu en date du 15 avril 2011⁵⁹ et du 31 mai 2011⁶⁰, la haute cour décide d'appliquer les exigences du procès équitable résultant de l'article 6 de la CEDH sans attendre l'entrée en vigueur de la loi. Il faut noter qu'il ne s'agit pas d'une application de la nouvelle loi, mais l'application immédiate du droit conventionnel. On ne peut que saluer cette solution, puisque la bonne administration de la justice ne peuvent justifier la violation des droits fondamentaux.

B. Un droit acquis en Allemagne

Le droit allemand est fondé sur un dogmatisme qui a connu un rayonnement européen. Cette dogmatique allemande a de grandes répercussions sur les droits fondamentaux (1) et influe la construction du principe du *nemo tenetur* (2).

⁵⁷ Cass., crim., 10 septembre 2014; Cour de cassation, crim.11 mai 2011; Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l'assistance d'un avocat - Cour de cassation, crim.11 mai 2011 - AJ pénal 2011. 371; AJ pénal 2015. p. 99

⁵⁸ Cass., crim., 19 octobre 2010 : n° 5699 ; n° 5700 ; n° 5701

⁵⁹ Cass., Ass., plén., 15 avril 2011 : n° 590 ; n°591; n°592

⁶⁰ Cass., crim., 31 mai 2011 : n° 2674; n°3049 ; n° 3107 ; n° 2673

1. Une construction fondée sur le dogmatique allemand

On relève que le droit allemand donne de manière très claire la structure d'une norme juridique. Cette structure est rigoureuse, carrée. Elle explique le succès à l'exportation du droit pénal allemand dans deux nombreux pays comme l'Autriche, l'Italie ou le Japon. Le Dogmatique n'est pas une philosophie du droit elle travaille dans le système, il faut penser le système comme un tout et rationaliser les concepts juridiques. Dans cette conception le droit pénal se présente comme un instrument de la protection de biens juridiques. Le droit pénal est donc l'arme la plus puissante de l'arsenal juridique pour essayer de protéger les valeurs centrales de la société soit les biens juridiques les plus importants du système.

Par ailleurs, il faut rappeler que le droit pénal doit être lu à la lumière de la Loi Fondamentale. On a une certaine interaction que l'on ne connaît pas en France. Cela provient, sûrement du contrôle de constitutionnalité diffus en Allemagne. Le contrôle de constitutionnalité est confiée à tous les juges quelle que soit leur position dans la hiérarchie juridictionnelle et indépendamment du type de litiges qui relèvent de leur compétence. Ce qui a pour avantage de garantir un contrôle accru des droits de fondamentaux. L'article 20 de la Loi Fondamentale allemande consacre le principe d'état de droit. Ce principe irrigue en particulier le droit pénal. Le droit allemand est donc un système qui s'inscrit certes dans le champ constitutionnel, mais avant tout, c'est un système dogmatique. Cette conception implique qu'il faut étudiée la norme protégée. S'agissant du droit au silence, il est un principe générale qui se rattache au principe de l'État de droit⁶¹. Il est par conséquent un droit constitutionnellement garantie⁶². Ce droit est également l'expression du droit à la personnalité devant les intérêts de la poursuite⁶³. Force est de constater que les normes protégées par ce droit sont des normes substantielles. Ce qui met en lumière la place particulière du droit au silence en droit allemand.

⁶¹ BVerfGE 38, 113; 56, 43 = NJW 1981, 1431; BGHSt 34 45; 37 343; Bosh, Aspekte des nemotenetur - Grundsatzes aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht (1998), 24 ff

⁶² BVerfGE 38, 113; 56, 43 = NJW 1981, 1431; Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, p. 70

⁶³ Rogall, der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S 124FF; BGHSt 38, 214

2. Un droit qui s'est forgé progressivement

Le droit au silence a été consacré pour la première fois en 1950. Cette prise de conscience s'explique pour deux raisons. D'une part, la dignité humaine qui était une évidence pour le législateur de 1877, a été rabaissée à néant par les régimes totalitaires comme le régime nazi. D'autre part, le développement scientifique comme le détecteur de mensonge ou la narco-analyse ont montré la nécessité de consacrer la protection de la dignité humaine dans des textes légaux.

On constate que l'obligation de notification concernait dans un premier temps uniquement l'audition par le juge. Ensuite, elle sera étendue aux autres autorités de poursuite. Pour la première fois en 1964, une autre norme § 163a alinéa 4 élargit l'obligation de notification au MP ou la police. Tous les organes de poursuites doivent donc informer le suspect de son droit au silence⁶⁴. Mais cette obligation de notification s'impose uniquement si le suspect fait l'objet d'une audition au sens formel⁶⁵. Le BGH rappelle que ce doit ne doit pas être négligé même si le suspect connaît son droit ou que son avocat est présent⁶⁶. Cette évolution est satisfaisante, d'une part au regard du principe de l'égalité de droit, il serait défectueux de faire application d'une règle pour certaines infractions et pas pour d'autres. D'autre part, la dignité humaine doit se concevoir de façon universelle, par conséquent il faut établir une protection pour tous.

III. Les destinataires du droit au silence

Un autre point qui mérite d'être approfondi tient aux destinataires du droit au silence. In fine, il est important d'identifier les statuts qui permettent à la personne de se prévaloir de ce droit. Quand on étudie les deux systèmes respectifs, on s'aperçoit que ce droit est reconnu à tout suspect qu'il s'agisse de l'auteur, du coauteur ou du complice d'une infraction. Toutefois, il n'est pas rare que la police ignore l'ingérence d'une personne dans la commission des infractions et l'interroge en

⁶⁴ BGHSt 39, 349

⁶⁵ S. Gless, « Der Nemo tenetur-Grundsatz- ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht » dans *2000 Jahre Code d'instruction criminelle, Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, dir H.Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz, Nomos, p 80

⁶⁶ BGHSt 38, 214, 220

tant que témoin. Dès lors il faut également s'interroger sur les prérogatives accordées à la personne ayant juridiquement le statut de témoin. On s'aperçoit que les deux systèmes se convergent quant au statut accordé au suspect (A), alors que le statut de témoin présente de nombreuses divergences (B).

A. La convergence : le droit au silence à l'égard du suspect

Le droit allemand affirme depuis de longues date que le suspect doit être informé dès les premiers interrogatoires ⁶⁷ qu'il a le choix de s'exprimer ou de ne pas s'exprimer sur un affaire. Ce droit est reconnu aussi bien en phase d'enquête⁶⁸ qu'en phase de jugement⁶⁹. Comme il a été évoqué le §163 a oblige la police comme le ministère public d'informer le prévenu de son droit. Pourtant le droit français admettait la notification du droit du suspect uniquement si une instruction était ouverte. Ainsi le juge d'instruction était tenu de notifier au suspect le droit au silence et ce dans le cadre d'une interrogatoire de première comparution. Cependant rappelons que 90% des affaires étant menées par la police dans le cadre d'une enquête policière, le droit au silence n'était presque jamais notifiée⁷⁰. Par l'effet de la loi 4 janvier 1993, les gardés à vue était même obligée de déposer. Avec les réformes successives, le régime a évidemment changé. Désormais il lie également les autorités de polices⁷¹. Ce progrès s'est poursuivit pour ainsi dire étendre le champ d'application du droit au silence. On ne peut que saluer la loi du de mai 2014 a introduit le droit au silence dans le cadre d'une audition libre (article 61-1 CPP), du témoin assisté devant le juge d'instruction (113-4 CPP) , le mise en examen devant le juge d'instruction (116 CPP), devant la juridiction jugement (328 CPP).

Dans une approche globale, on constate que les deux systèmes répondent aux exigences européennes. Sans entrer dans les différents statuts respectifs, il en ressort que le droit est largement reconnu à la phase de poursuite à la phase finale quant la personne fait l'objet d'une accusation

⁶⁷ BGHSt 39, 349 ; Kühne, *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage , p. 70 et s.

⁶⁸ § 136 I, phrase 2 StPO

⁶⁹ § 243 al 4 StPO

⁷⁰ S. Gless, « Der Nemo tenetur-Grundsatz- ein Erbe Napoleons im deutschen,französischen und europäischen Recht » dans *2000 Jahre Code d'instruction criminelle, Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, dir H.Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz,Nomos,p. 84

⁷¹ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 - art. 3

directe. Or la difficulté tient au statut octroyé à la personne. Il n'est pas rare que l'auteur ou le complice d'une infraction soit interrogé en tant que témoin, sans que les autorités connaissent sa participation aux faits.

B. La divergence : le droit au silence à l'égard du témoin

La question qui se pose c'est l'application du droit au silence à la personne ayant juridiquement le statut de témoin. Une analyse structurelle des dispositifs allemand et français montrent que les deux systèmes ont une réglementation statut de témoin qui est matériellement différente. Le statut du témoin est rigoureusement encadré en droit allemand (1), alors qu'il présente certaines incertitudes en droit français(2).

1. Le statut du témoin en droit allemand

En principe le témoin est tenu de répondre aux questions qui lui sont posées donc de témoigner. D'un point de vue matériel, il est même difficile de concevoir un statut de témoin accordant au témoin le droit de ne pas témoigner. En effet, le témoin est celui qui par définition est tenu de parler. Concevoir une dispense consisterait à vider le statut de tout son sens. Cette dispense se conçoit comme un paramètre qui touche même à l'essence même du témoin. Il n'en demeure pas moins que cette règle de base puisse être adaptée aux droits de la défense. Plusieurs dispositions du droit allemand consacrent des exceptions à l'obligation de témoigner. Il existe divers hypothèse où le témoin n'est pas tenu de témoigner pour des des raison personnelles⁷². Il peut s'agir d'un droit de ne pas témoigner contre le fiancé, l'époux, le compagnon de vie, les parents. Une deuxième exception peut être invoquée pour des raisons professionnelles⁷³. Les personnes astreintes au secret professionnel peuvent également refuser de témoigner.

En plus de ces dispositions, il existe une disposition générale qui donne le droit à chacun de refuser à s'exprimer. Le StPO consacre au § 55 que chacun a le droit de refuser de donner des informations qui seraient de nature à contribuer à l'accuser pour une poursuite pénal ou à

⁷² § 52 StPO, *Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen*

⁷³ § 53 StPO : *Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen*

l'accusation d'un proche au sens du § 52 ⁷⁴. Le deuxième alinéa énonce qu'il faut informer le témoin de ce droit. Il semble que le droit allemand dispose d'une large palette de dispositions réglementant les prérogatives accordées au témoin.

2. Le statut du témoin en droit français

Cette conception juridique du droit allemand n'a pas d'équivalent en droit français. Sur ce plan, force est de constater une différence structurelle. De prime abord, rappelons que l'article 105 CPP interdit d'entendre comme témoin, les personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordant d'avoir participé à une infraction. Il importe d'étudier alors trois hypothèses : le statut témoin assisté (1), le statut témoin (2) et enfin le statut du témoin entendu dans le cadre d'un secret professionnel.

a. Le témoin assisté

Rappelons, un régime particulier tenant au statut du témoin assisté. La personne est dans une situation hybride aussi bien que témoin que suspect d'une infraction. Longtemps, le droit français refusait le droit au silence au témoin assisté. Ce qui a valu à la France de se faire condamner par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Stojkovic⁷⁵. Désormais le témoin assisté a le droit de garder le silence conformément aux dispositions de l'article 116 du CPP⁷⁶.

b. Le témoin

Le droit français ne reconnaît pas au témoin un régime spécifique lui reconnaissant des prérogatives particulières. En revanche, il reconnaît au témoin la possibilité de refuser toute collaboration mais paradoxalement ce refus peut constituer une infraction au sens de l'article 434-15-1. S'agissant des investigations corporelles, l'inviolabilité du corps humain peut être opposé, mais il ne faut oublier que le témoin peut être poursuivi pour ce refus. Il est inutile de

⁷⁴ § 55 al A *Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer OWiG verfolgt zu werden*

⁷⁵ CEDH 27 oct. 2011, Stojkovic c. France et Belgique

⁷⁶ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 - art. 6

souligner que le témoin se trouve alors face à un grand dilemme. Par conséquent l'effectivité de ce refus peut être remise en cause.

À l'analyse du droit français, l'article 434-11 du CPP attire notre attention. Le premier alinéa de cette disposition érige en infraction « le fait, pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage ». Cette disposition prévoit néanmoins des exceptions pour des raisons familiales. Le code pénal prévoit expressément que le conjoint ou les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que ses frères et soeurs et leurs conjoints ne sont pas tenus de témoigner. Mais contrairement au dispositif allemand, cette hypothèse est strictement prévue pour un cas donné. Donc il s'agit d'un cadre bien circonscrit par la loi.

c. Le témoin et le secret professionnel

On sait que le témoin a une obligation de déposer, mais ce principe général peut poser des difficultés lorsque le témoin est astreint au secret professionnel⁷⁷. Dès lors on s'aperçoit que deux dispositions sont en opposition : d'une part la violation du secret professionnel⁷⁸ et d'autre part le refus de témoigner est érigée en infraction⁷⁹. Se pose la question de savoir si le refus de témoigner peut être opposé pour des raisons professionnelles. Dit autrement lequel bénéficie d'une primauté par rapport à l'autre ? Le CPP est muet à ce sujet. La jurisprudence propose une solution au cas par cas. On constate que le régime des secrets professionnels n'est pas régi sous une réglementation unique. Donc le travail revient au juge. Le juge pénal distingue deux catégories⁸⁰. D'une part les confidents nécessaires peuvent refuser de témoigner. Il s'agit des médecins⁸¹, des avocats⁸², des prêtres⁸³ et notaires. D'autre part, les autres personnes qui doivent toujours déposer, le secret étant

⁷⁷ J. Pradel, Procédure Pénale, 16e édition, p 396 et s.

⁷⁸ art. 226-13 CPP

⁷⁹ art. 434-15-1 CPP

⁸⁰ Frédéric Desportes - Laurences Lazerges- Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 3e édition

⁸¹ Crim., 8 mai 1947, aff. Decraene, J.C.P., 1948.II.4141, note A. légal, D., 1948, 109, note Gulphe ; 5 juin 1985, B.C., n°218, D., 1988.106, note H. Féniaux

⁸² C.E., 10 avril 2008, D., 2008, AJ, 1150

⁸³ M. Robine, Le secret professionnel du ministre de culte, D., 1982, chron. 221 ; 5 février 1970, D., 1970.249

alors relatif. Il s'agit des agents bancaires⁸⁴, des fonctionnaires⁸⁵. Il en résulte de cette analyse qu'il n'est pas admis un droit général permettant à s'opposer au témoignage pour des raisons professionnelles. On s'éloigne donc de l'approche que l'on connaît de l'autre côté du Rhin.

Section 2 : Le droit de ne pas participer à sa propre accusation

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne se réduit pas au droit au silence. Il emporte la prohibition de l'obtention d'éléments de preuve matériels par l'exercice de la contrainte⁸⁶. Ce qui présuppose que dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé⁸⁷. Cette conception est partagée dans les deux systèmes étudiés (I) alors même que les instruments qui tendent à son respect sont divergents (II).

I. Une signification convergente

Dans un territoire respectueux des droits d l'homme, il n'est évidemment pas possible d'admettre l'emploi de méthodes coercitifs portant atteinte à la dignité humaine. D'emblée, la torture et tout traitement inhumain sont prohibés dans le sens de l'article 3. Il faut admettre que cette norme protège indirectement la dignité humaine. Rappelons que cette disposition ne conçoit aucune dérogation, en ce sens qu'elle consacre une interdiction absolue. Les dispositifs interne des Etats de droit doivent être en conformité avec les exigences constitutionnelles mais aussi conventionnelles. Partant, il faut lire ce droit à la lumière de la Conv.EDH. La CEDH rappelle que la finalité de ce droit consiste à écarter toute tentation de recourir à la torture et de faire respecter l'article 3. Or la mise en oeuvre de ce droit met en lumière que certains méthodes sont interdits car ils sont susceptibles de porter atteinte au respect de la dignité humaine (A). Cependant, il n'en

⁸⁴ TGI. Lure, 4 novembre 1970, D., 1971.276, note C. Gavalda

⁸⁵ Cass., crim., 6 juillet 1929, D, H., 1929.494

⁸⁶ D. Roets « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » AJP, 2008, 119

⁸⁷ CEDH, 17 décembre 1996, Saunders c. Royaume-Uni, § 68 ; 10, mars 2009 Bykov c. Russie § 92

demeure en pas moins qu'une certaine forme de coercition est autorisée (B). Reste alors à identifier la frontière entre les mesures autorisées et les mesures interdites.

A. Les méthodes d'enquêtes interdites

Selon la jurisprudence constante de la CEDH ces droits mettent « le prévenu à l'abri d'une coercition abusive »⁸⁸. Le suspect ou la personne mise en examen n'est pas donc pas tenue de collaborer avec les autorités de poursuite. Il en ressort que nul ne peut être contraint de s'avouer coupable par le moyen d'une coercition abusive (1). L'utilisation de manœuvres abolissant ou altérant le libre arbitre est également interdite (2).

1. L'interdiction de la coercition abusive

La jurisprudence constante de la CEDH rappelle que le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination tend à protéger contre la torture et le traitement inhumain ou dégradant. Il se dessine autour de cette règle la volonté du juge européen d'écarter toute atteinte à l'article 3 dans la recherche de preuves⁸⁹. Toute contrainte ou pression abusive exercée sur quelqu'un pour obtenir de lui quelque chose est donc interdite.

Toute souffrance aiguë ou répétée de douleurs corporels ou psychologiques constitue une torture⁹⁰. Ce raisonnement implique de caractériser la menace d'une torture en une violation de l'article 3. Dans l'affaire Gäfgen, la CEDH considère que l'utilisation dans un procès pénal de dépositions obtenues à la suite d'une violation de l'article 3 prive automatiquement d'équité la procédure dans son ensemble et viole l'article 6⁹¹. Il en va de même aussi pour l'utilisation de preuves matérielles directement recueillies au moyen d'actes de torture⁹². En l'espèce, la police avait administrer une substance vomitive au suspect afin de recueillir les preuves matérielles. Dans ces deux affaire, l'Allemagne a été condamnée par la CEDH.

⁸⁸ CEDH, 8 févr. 1996, John Murray c/ Royaume-Uni, § 45 ; 3 mai 2001, J.B c/ Suisse : JCP 2001, I, 342, n° 13 obs. Fr. Sudre

⁸⁹ S. Guinchard - J. Buisson, Procédure pénale, 9e édition ,p 521

⁹⁰ Werner Beulke, Strafprozessrecht, Schwerpunkte Pflichtfach, 11. Auflage, p. 78 et s.

⁹¹ CEDH, 1er juin 2010 Gäfgen c. Allemagne, § 166

⁹² CEDH 11 juillet 2006, Jalloh c. Allemagne, § 105 ; CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, § 167

Pourtant le BGH avait également prohibé le recours à ce type de coercition. Dans une affaire déférée devant le BGH un homme était accusé d'avoir tué sa femme, ses beaux parents et son fils de 3 ans. Il a été menacé d'être conduit au cadavre de son enfant, s'il ne reconnaissait pas les faits. Malgré son protestation, il est alors conduit au cadavre de son fils où il s'écroule en larmes. Finalement, il remet son aveu par écrit. Le BGH a considéré qu'il y avait violation art 136 a et que cette pression constituait une torture⁹³.

Le juge français prohibe l'extorsion d'aveux et la consignation des propos tenus officieusement⁹⁴. Cependant le système français n'échappe pas à la condamnation de la CEDH pour violation de l'article 3. L'affaire Selmouni⁹⁵ est une illustration scandaleuse de la violence policière exercée en garde à vue.

2. L'interdiction de porter atteinte au libre arbitre

Le libre arbitre s'oppose au déterminisme ou au fatalisme. Chacun doit pouvoir se déterminer, penser et agir librement. Pourtant cette liberté se trouve parfois compromise, lorsque le suspect ayant choisi de garder le silence pendant l'interrogatoire, les autorités usent d'un stratagème pour lui extorquer des aveux ou d'autres déclarations l'incriminant qu'elles n'ont pu obtenir au cours de l'interrogatoire. La CEDH considère qu'il y a atteinte au droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation lorsque les aveux ou déclarations ainsi recueillis sont produits comme preuves au procès⁹⁶. Cependant lorsque les preuves incriminant ont eu une portée limitée, la CEDH considère qu'il n'y a pas de violation⁹⁷.

Pour sa part, le droit allemand utilise deux notions : *Willensentschließung* pour le fait de fixer la volonté et *Willensbetätigung* pour le fait d'actionner la volonté de quelqu'un. En somme ce-ci reprend l'idée de tout procédé qui cause une aliénation du libre arbitre. Le droit allemand

⁹³ BGHst 15, 187

⁹⁴ Crim. 3 avril 2007 BC n° 102

⁹⁵ CEDH, 28 juillet 1999, Selmouni c. France, n°25803/94

⁹⁶ CEDH, 5 nov. 2002, Allan c. Royaume-Uni, § 50

⁹⁷ CEDH, 10 mars 2009, Bykov c. Russie § 102-103

énumère au § 136a du StPO un certain nombre de procédés qui porte atteinte à la liberté de l'individu à décider sans contrainte. Selon le législateur allemand, la fatigue, la tromperie, la ruse ou encore l'hypnose sont des procédés prohibés qui contreviennent au *nemo tenetur*. On ne trouve pas une disposition équivalente en droit français. Cependant, en dépit d'une disposition expresse la jurisprudence semble interdire ces procédés. Dès lors, il importe de voir les différents procédés prohibés.

Les procédés tenant à la fatigue (a), à la tromperie (b) et aux méthodes scientifiques (c) retiendront spécialement notre attention.

a. La fatigue

La dignité humaine impose aux autorités de poursuite de respecter l'intégrité physique d'une personne. Le législateur français est intervenu en ce sens. Le droit à l'alimentation et à un temps de repos entre les interrogatoires est expressément prévue par la loi⁹⁸. L'officier de police judiciaire doit inscrire sur le procès verbal de la garde à vue les heures auxquelles le suspect a pu s'alimenter ainsi que la durée des interrogatoires et des repos qui ont séparés ces interrogatoires. Cette disposition est importante car une audition qui s'est tenue longtemps a inévitablement des effets de fatigue. Cependant, la jurisprudence française ne semble pas relier ce procédé expressément au droit de ne pas contribuer à sa propre accusation.

Du côté du droit allemand, le BGH affirme de façon constante qu'il est possible que l'article 136a soit appliqué lorsque le suspect est épuisé⁹⁹ ou fatigué à cause de l'audition elle-même ou d'autres causes. Le Cour fédérale allemande rappelle que la fatigue porte atteinte au libre arbitre¹⁰⁰. Il est ainsi lorsque le suspect n'a pas eu l'occasion de dormir durant les 30 dernières heures¹⁰¹. Néanmoins s'il lui a été donné l'occasion de dormir mais qu'il n'a pas pu dormir à cause d'une agitation cette disposition n'est pas violée¹⁰².

⁹⁸ art. 64 du CPP

⁹⁹ BGHSt 12, 332

¹⁰⁰ BGHSt, 1, 376, 379

¹⁰¹ BGHSt, 13, 60, 61

¹⁰² BGHSt 38, 291, 292

b. La tromperie et la ruse

En droit allemand, l'enquêteur n'est pas obligé de dire tout ce qu'il sait, en ce sens le fait de cacher une information n'est pas une tromperie. Cependant, tout ce qu'il a été dit doit être vrai. Toute fausse déclaration telles que « l'autre coauteur est arrêté », « on vous a vu sur les lieux de l'infraction, vous avez beaucoup de preuve à charge, vous n'avez pas de chance » est prohibée¹⁰³. Il est également interdit de faire des fausses déclarations tenant au droit, tel que « le silence vaut comme preuve de culpabilité »¹⁰⁴. Contrairement au droit allemand, le droit français est plus laxiste. Il n'est pas interdit aux autorités de police de mentir à la personne suspecte ou mise en examen, ou faire des fausses déclarations¹⁰⁵.

La ruse consiste en un procédé habile, mais déloyal, dont quelqu'un se sert pour obtenir ou réaliser ce qu'il désire. Par définition la ruse est un procédé qui va à l'encontre de la loyauté. Comme on le verra plus loin, le principe de loyauté lie uniquement les organes judiciaire. Il s'avère que le droit allemand ne prohibe pas totalement la ruse. La tromperie est interdite mais la ruse est autorisée¹⁰⁶. Le BGH considère même que l'interdiction de la tromperie est absolue¹⁰⁷.

En revanche les ruses insignifiantes sont autorisées¹⁰⁸. La justification est qu'elles n'ont pas pour effet d'aliéner le libre arbitre. Ce raisonnement autorise les autorités de police à poser des questions pièges¹⁰⁹. Le BGH est amené à délimiter la frontière entre les deux procédés dans une affaire où la police trouve un cadavre d'un homme dont la tête est décapitée et entend le suspect dans une prétendue affaire de disparue. Le BGH considère que ce procédé constitue un dépassement de la ruse criminalistique autorisée, et qu'il s'agit d'une tromperie intentionnelle¹¹⁰.

¹⁰³ Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 11. Auflage, 2010, p.86

¹⁰⁴ BGHSt 35, 328, 330

¹⁰⁵ S. Gless, « Verbotene Vernehmungsverbote und Beweisverbote – ein Problem der Akteure, der Situation oder der Zielbestimmung? », in *Vers un nouveau procès pénal, Neue Wege des Strafprozesses*, dir. J. Leblois-Happe, Société de législation comparée, 2008, p. 100

¹⁰⁶ K. Volk, *Grundkurs STPO*, 7. Auflage, p 38

¹⁰⁷ Beulke, *StV* 1990, 180, 182

¹⁰⁸ AK Grundlach, § 136a Rn 41

¹⁰⁹ Erb, *FS*, Otto S 876, § 136 a Rn 28

¹¹⁰ BGHSt 37, 48

Il est possible de résumer ces interdictions sous la formule du doyen Carbonnier : « Si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas »¹¹¹.

c. Les méthodes scientifiques

L'audition réalisée sous l'hypnose est jugée irrégulière en ce sens qu'elle compromet les droits de défense. En effet cette forme d'audition neutralise la volonté et on peut s'interroger sur sa compatibilité avec la dignité humaine. Le droit allemand prohibe expressément une audition effectuée sous l'hypnose. Du côté du droit français, la jurisprudence est déjà amenée à se prononcer sur l'audition réalisée sous ces conditions. La chambre criminelle s'est prononcée sur la validité d'une audition effectuée sous hypnose : dans le premier cas l'audition d'un témoin¹¹², et dans le second, de celle d'une personne en GAV¹¹³, les deux avaient donné leur consentement. Le droit français, on a pas de motivation.

Comme le §136a ne prévoit pas une liste exhaustive, il est possible d'inclure d'autres méthodes interdites de l'audition qui portent atteinte au libre arbitre. On peut penser au détecteur de mensonge par exemple, qui permet d'identifier les réactions incontrôlées du suspect. Le BGH sanctionne ce procédé, en arguant qu'il a y atteinte au noyau dur de la dignité humaine et au principe de *nemo tenetur*¹¹⁴. Selon le juge allemand, cette interdiction tend également à éviter l'exercice de contrainte sur les suspects ayant mentis¹¹⁵. Ces modes de preuve sont exclus par ce qu'ils ont la double caractéristique de n'être ni fiable, ni respectueux des droits de la personne poursuivie¹¹⁶. C'est ainsi que le droit français a toujours refusé d'utiliser le polygraphe ou prétendu détecteur de mensonge.

B. Les mesures autorisées

¹¹¹ J. Carbonnier, "Droit civil, Introduction", PUF, Thémis, 26^e éd., 1999, n° 188, p. 363

¹¹² Cass. crim., 12 déc. 2000 : bull. crim., n° 369 ; D. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing.

¹¹³ Cass. crim., 28 nov. 2001 : bull. crim., n° 247

¹¹⁴ BGHSt 5, 332, 333

¹¹⁵ BVerfG NJW 1982, 375 ; OLG Karlsruhe StV 1998, 530

¹¹⁶ Michèle-Laure Rassat, *Procédure pénale*, 2e édition, p. 265

Les mesures indépendantes de la volonté de l'individu sont autorisées (1), cependant la difficulté consiste à délimiter les contours des mesures autorisées (2).

1. Les mesures indépendantes de la volonté de l'individu

Le juge européen semble être tolérant à l'égard de l'emploi de pouvoirs coercitifs pour recueillir des données qui existent indépendamment de la volonté du suspect. Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation ne saurait être étendu à des situations où le prévenu ne participe pas activement à son accusation. La CEDH énonce expressément que « le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »¹¹⁷.

Le droit français se situe dans l'alignée de la jurisprudence européenne. La chambre criminelle affirme que le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation doit s'entendre sur un volet purement procédural. Certes, la personne peut s'opposer notamment à des investigations sur elle-même, prise de sang par exemple mais ce-ci correspond à un droit de fond à savoir le droit à l'intégrité physique. Donc comme il s'agit d'un droit procédural, il ne couvre pas l'hypothèse où un prévenu s'oppose à ce que des données objectives provenant de la personne elle-même ne soient recueillies¹¹⁸.

Du côté du droit allemand, on rappelle également que ce droit n'est reconnu que contre une contribution active du suspect¹¹⁹. Il faudra noter qu'une différence demeure en droit allemand tenant au statut du témoin. Ce dernier peut refuser une expertise sanguine pour les mêmes raisons invoquées pour refuser de témoigner. Ainsi par exemple, un témoin peut refuser de se soumettre aux expertises sanguines pour des raisons familiales. Il peut s'agir d'un frère qui refuse de telle investigation afin de ne pas resserrer les suspicions à l'égard de son frère. Donc les mêmes raisons

¹¹⁷ CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c. Royaume-Uni, § 69 ; voir également CEDH, 29 juin 2007, O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni, § 47

¹¹⁸ Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 13-87.652, F-P+B : JurisData n° 2015-000055 ; A. Maron et M. Haas, *Silence dans le sang*, Droit pénal n° 2, Février 2015, comm. 26

¹¹⁹ Rn 104 und Verrel NSTZ 1997, 361 et 415

qui peuvent être invoquées pour refuser de témoigner peuvent être invoquées pour refuser une expertise sanguine¹²⁰.

1. Un contour flou des mesures autorisées

Il faut noter que toute contrainte exercée afin d'obliger le prévenu à témoigner contre soi-même est interdite. Ce-ci d'autant plus qu'elle conduit à une interdiction d'exploiter la preuve. Ceci étant le principe de base, il ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'un droit absolu¹²¹. Le législateur prévoit des exceptions à ce principe. Ainsi en est-il des situations où la loi autorise expressément le recours à la contrainte dans une certaine mesure. Comme il en est en matière des prises de sang par exemple¹²².

Cette solution n'est pas contredite par la CEDH qui rappelle que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait constituer un droit absolu. En ce sens qu'il n'exclut pas toute contrainte. La doctrine allemande met en avant deux critiques. La première remarque tient à l'article 6 de la CEDH ne prévoit pas d'exception au procès équitable. Dès lors comment justifier les dérogations alors même que *nemo tenetur* fait partie du procès équitable. Deuxièmement, la valeur constitutionnelle accordée à ce droit rend difficile un raisonnement qui tendent à limiter par une loi.

Néanmoins, on peut tenter de répondre à ce que la Cour tente de circonscrire la coercition dans une stricte nécessité. Ensuite il faudrait se pencher sur la raison d'être de ce droit qui éviter les erreurs judiciaires et une contrainte abusive violation article 3.

Une deuxième exception se situe quant aux méthodes interdites¹²³. La ruse constitue une des méthodes prohibées. Il n'en reste pas moins qu'elle puisse faire l'objet d'une légalisation par le législateur. Prenons l'exemple de l'enquêteur dissimulé donc c'est une situation où un fonctionnaire de police qui enquête avec une fausse identité. Le § 110 CII autorise d'établir une

¹²⁰ § 81 c III StPO

¹²¹ Kühne, *Strafprozessrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage p. 71

¹²² voir par exemple § 81e, Unterbringung zur Beobachtung; 81a les expertises corporelles, ou prise de sang

¹²³ Kühne, *Strafprozessrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage p. 72

relation de confidentialité avec le suspect afin qu'il passe aux aveux. C'est le régime de la ruse par exception. L'interdiction de tromperie prévu à l'article 136a est légalisé avec cette disposition.

La police sonne chez B, ils informe qu'ils enquêtent pour fuite après accident de route. Celui ci explique où il était toute la journée. Cette hypothèse où la police est restée passive, constitue néanmoins une audition, mais ces déclarations peuvent être utilisé car il ne sont pas faite par interrogatoire¹²⁴. Mais la police doit l'informer de son droit au silence pour les questions futures.

II. Deux instruments différents

Le droit allemand consacre une interdiction textuelle, le droit français adopte une solution jurisprudentielle. De part leur nature, ces deux instruments ne sont pas de même. Le droit allemand consacre une interdiction légale(A), alors même que le droit français laisse le travail au juge (B). Il faut alors étudier si une consécration légale équivaut à une consécration jurisprudentielle.

A. Une interdiction légale en droit allemand

Le droit allemand consacre une interdiction légale qui est bien ancrée dans un cadre légal. Des hésitations subsistent en dehors du cadre légal (1) ainsi qu'à son étendu (2).

1. Un cadre légal

Le BGH affirme avec force que le principe de l'Etat de droit et l'impératif du respect de la dignité humaine interdit de rechercher la vérité à tout prix¹²⁵. Il en résulte un encadrement légal probatoire. Comme il a été évoqué le § 136a énumère de nombreux méthodes interdit. La cour fédérale allemande considère que la liste des méthodes interdites, ne constitue pas une liste exhaustive¹²⁶. Ces interdictions ne couvrent pas l'hypothèse où un tiers est investie de faire des recherches tel par exemple un détective privé de la victime. Toutefois une violation de la dignité humaine tel que l'emploi de la torture ou encore le fait d'utiliser le tiers comme intermédiaire par la

¹²⁴ BGH StV 1990, 194

¹²⁵ BGHSt 5, 332, 333; 38,215,219, BGH NStZ ,142

¹²⁶ Art 136 a StPO ; BGHSt 5, 332, 334

police conduit à une interdiction d'exploiter la preuve¹²⁷. Il n'en reste pas moins que ces dispositions s'appliquent également quant à l'audition d'un témoin et d'un expert conformément aux dispositions du § 69 III et du § 72. Il en résulte que l'application des règles issues du § 136 a présente une portée étendue.

2. Une hésitation en dehors du cadre légal

Cependant, ce-ci ne va pas pour autant exclure des difficultés quant à son champ d'application. En effet il existe une grande discussion doctrinale consistant savoir si cette interdiction s'applique à toute formes d'auditions qu'elle soit formelle ou dissimulée. Pour certains auteurs les interdiction de 136 a s'appliquent à toute forme d'audition peu importe que l'audition soit simulé et ne soit pas connu de l'intéressé¹²⁸. Alors que d'autres pensent que cette disposition ne vaut que pour les auditions formelles. Donc on a deux grandes tendances doctrinales : la première est plus restrictive alors que la thèse adverse est plus laxiste. Quand on étudie la jurisprudence du BGH, il semble difficile de déterminer une solution jurisprudentielle uniforme. En effet, le BGH semble admettre les deux thèses. Néanmoins on peut admettre que la première est plus dominante. Cette difficulté d'appréciation est plus apparente lorsque la frontière entre les mesures autorisées et les mesures prohibées devient floue et on ne sait plus trop si on est dans le cadre d'une audition formelle. Ce qui s'illustre parfois sur l'exploitabilité des informations issues des situations semblables à une audition formelle telle que les pièges auditifs ou des enregistrements secret ¹²⁹.

Parmi les tromperies non autorisées figurent les pièges auditifs. On a de nombreux illustrations. Par exemple, le policier qui fait une pause lors d'un interrogatoire en laissant la porte ouverte afin que le suspect discute avec un tierce personne. Le comportement du policier qui écoute les propos incriminants derrière la porte constitue un piège auditif. Ici le suspect a été donc trompé. Par conséquent, ce piège auditif constitue un agissement par tromperie qui est prohibée¹³⁰.

¹²⁷ BGHSt 34, 362, 363; strikter AK- Grundlach, § 136a RN 13

¹²⁸ Kühne, Strafprozessrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2010, p. 543

¹²⁹ BGHSt 34 363; LG Hannover StV 1986 521

¹³⁰ voir également KK Diemer, 6 136a Rn 6; LR Gless, § 136 Rn 93 u. § 136 a RN 44 ; Beulke StV 1990, 184

Dans une autre affaire, un homme soupçonné d'avoir commis un viol, la victime ne peut pas l'identifier visuellement car il avait camouflé son visage. La police invite alors le suspect au commissariat et le fait parler afin que la victime cachée derrière la porte puisse identifier sa voix. La question qui s'était posée était celle de son exploitabilité en audience. Le BGH estime qu'il s'agit d'une audition selon des mesures supplémentaires à savoir une piège non autorisé qui contrevient à l'esprit du 136a ¹³¹.

Au contraire le BGH a considéré dans une autre affaire qu'il n'y avait pas de piège lorsque l'écoute téléphonique était autorisée¹³². En l'espèce la correspondance téléphonique de B était surveillée de façon licite. Pour le pousser à faire des déclarations incriminantes, la police appelle son épouse et l'annonce que B est arrêté. B appelle son complice C et fait un discours incriminant. Le BGH considère que les affirmations peuvent être exploitées puisque ce procédé ne constitue pas une audition formelle.

Du côté du droit français, un arrêt récent illustre que le droit français adopte une tendance qui s'approche du droit allemand. En l'espèce deux individus soupçonnés d'un vol avec arme en bande organisée sont placés en garde à vue dans deux cellules contiguës. Sur le fondement de l'article 706-69 du CPP les enquêteurs ont sollicité d'un magistrat instructeur l'autorisation de sonoriser les cellules. La police procède donc à l'enregistrement sonore de deux personnes en garde à vue. La chambre criminelle estime que la combinaison de placement en cellules contiguës et de la sonorisation constitue un stratagème¹³³. Or il est possible de faire un rapprochement avec les pièges auditifs même si cette expression est étrangère au langage juridique français.

B. Une interdiction jurisprudentielle en droit français

En 1861, le juge anglais Crompton affirmait « de quelques façon que vous l'ayez obtenues, même si vous l'avez volé, la preuve sera recevable ». Cette conception utilitariste repose sur l'idée d'un plus grand bien pour un grand nombre et admet les preuves irrégulières. Cette vision est

¹³¹ BGHSt 40, 66, 69

¹³² BGHSt 33, 217

¹³³Cass. crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246, FS-P+B+I : JurisData n° 2014-000004 ; A. Maron et M. Haas, *Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale*, Droit pénal n° 2, Février 2014, comm. 32

aujourd'hui largement dépassée. Le respect des droits de défense emporte la prohibition de certains procédés dans la recherche des preuves¹³⁴.

L'article 6 de la CEHD a pour finalité le respect d'égalité des armes et du contradictoire . Cette conception emporte des conséquences originales, sur la définition des règles admises pour le recueil des preuves. Il faut rappeler que le principe de loyauté ne fait pas l'objet d'une consécration législative, il a été découvert par la jurisprudence. Après avoir étudié sa signification(1), il faut s'intéresser à sa mise en application (2) et délimiter ensuite son champ d'application (3).

1. Le principe de loyauté : signification

Le principe de loyauté n'est mentionné dans aucun texte national ou international. Du moins expressément. Le vocabulaire juridique précise que la loyauté désigne « dans le débat judiciaire, 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 »¹³⁵.

La chambre criminelle se borne à indiquer « qu'il y a eu stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité »¹³⁶. Pour sa part, la doctrine essaye de le définir 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 »¹³⁷. Pour certains auteurs définir la loyauté par son contraire est plus facile : « 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 preuves »¹³⁸. A fortiori, on peut dire que la déloyauté évoque la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces et tout autres agissement réduisant ou supprimant le libre arbitre.

Quand on relie le principe de loyauté avec le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation, on remarque que sa mise en oeuvre a pour finalité d'encadrer le recueil de la preuve. Par

¹³⁴ Frédéric Desportes - Laurences Lazerges- Cousquer, *Traité de procédure pénale* , 3e édition, p.428

¹³⁵ Vocabulaire juridique : Gérard Cornu , Association Henri Capitant, Quadrige, Dicos Poche, 9e édition, 2011

¹³⁶ Cass. Crim 27 février 1996, D., 1996. 346 note Ch. Guéry

¹³⁷ P. BOUZAT, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges L. Hugueney, Sirey, 1964, n° 20 p 72

¹³⁸ J. Pradel , *Procédure pénale*, 16 e édition, éditions Cujas, p 347

conséquent, il semble être un outil efficace pour préserver l'effectivité de ce droit. En mettant la personne à l'abri des conduites déloyales, le libre arbitre de la personne est protégée et donc de surcroît le risque de s'auto-accuser est plus faible.

2. La mise en application du principe de loyauté

Le principe de loyauté des preuves est très ancien puisqu'il a été mis en avant par la Cour de cassation dès la fin du XIX^{ème} siècle, avec le célèbre arrêt *Wilson* dans le cadre de l'instruction. En l'espèce, un juge en dissimulant son identité et sa fonction, avait téléphoné à un suspect pour obtenir une preuve de sa participation à un trafic de décoration¹³⁹. Le fait de se faire passer pour quel qu'un d'autre a été retenu comme un stratagème. Le juge a été alors sanctionné disciplinairement.

Ensuite presque un siècle après, la chambre criminelle l'a étendu à l'enquête de police. Dans l'arrêt « Schuller » rendu le 27 février 1996 elle affirme qu'« une machination de nature à déterminer les agissements délictueux et que par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves »¹⁴⁰. Cette règle sera en suite confirmée dans une autre affaire où un policier se fait passer comme l'ami d'une personne décédée par overdose et déclare vouloir acquérir de la drogue auprès d'un tiers soupçonné d'avoir fourni de la dose mortelle¹⁴¹. Donc il en ressort de cette jurisprudence que la provocation à commettre une infraction constitue un procédé déloyal qui va à l'encontre des droits de la défense. D'ailleurs, la chambre criminelle a décidé qu'une provocation par un agent de l'autorité publique, à commettre l'infraction exonérait le prévenu de sa responsabilité pénale. En l'espèce l'infraction procédait de manoeuvres ayant déterminé les faits délictueux et avait porté ainsi atteinte au principe de loyauté des preuves¹⁴². La CEDH affirme de façon constante que la provocation est licite uniquement si elle ne détermine pas la commission de l'infraction. Mais elle précise que « le droit à

¹³⁹ Cass. crim., 31 janv. 1888, "*Wilson*" : S. 1889, I, p. 241

¹⁴⁰ Cass. crim., 27 fév. 1996 : bull. crim., n° 93 ; JCP 96, éd. G, II-22629, note M.-L. Rassat ; D. 96, p. 346, note Ch. Guéry.

¹⁴¹ Cass. crim., 24 fév. 1999 : D. 1999, p. 560, note J. Coulon

¹⁴² voir notamment Cass. crim., 5 mai 1999 : bull. crim., n° 87

une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité »¹⁴³.

Pourtant le juge français ne mentionne pas expressément le principe de loyauté comme un outil qui va à l'encontre du droit de ne pas s'auto-accuser. Ce qui démontre encore une fois la faiblesse du système français tenant à l'absence de motivation jugements.

3. le champ d'application

Si le principe de loyauté lie indubitablement les autorités de poursuite, il n'est pas aussi évident à l'égard des particuliers. En procédure pénale, il n'y a pas de texte générale régissant les droits ou devoirs des personnes autres que les autorités de poursuite¹⁴⁴. On relève qu'il n'est pas rare que des victimes plaignantes ou des parties civiles qui ont procédé à des enregistrements de voix ou de gestes à produire des éléments de preuve en justice. Se pose évidemment la question de la recevabilité de ces preuves. Les particuliers sont-ils soumis au principe de loyauté ? La réponse semble être négative. La chambre criminelle, de façon constante accueille de telles preuves alors même qu'elles ont recueillies déloyalement. Par exemple, elle a admis un enregistrement vidéo réalisé par un caméra installée dans une officine pharmaceutique afin d'établir les vols numéraires commis par des employés¹⁴⁵. Parfois elle justifie sa décision en considérant qu'« ils ne constituent que des moyens de preuves qui peuvent être discutés contradictoirement ». D'autres décisions soulignent « qu'aucun texte n'interdit la production d'une pièce qui n'est pas un acte d'information susceptible d'être annulé ».

De façon générale la chambre criminelle considère donc que le juge n'a pas le pouvoir de rejeter une preuve obtenue par une partie au seul motif qu'elle a été obtenue de façon illégale¹⁴⁶. On pourrait admettre cette solution. D'une part au regard de la jurisprudence de la CEDH, elle se situe dans l'alignée de la jurisprudence européenne « Schenk c/ Suisse ». Dans cette décision la Cour européenne affirme qu'« on ne saurait exclure par principe in abstracto l'admissibilité d'une

¹⁴³ CEDH 9 juin 1998 ,Teixara de Castro c. Portugal, § 36

¹⁴⁴ J. Pradel, Procédure pénale, 16e éd. Cujas, 2011, p. 356

¹⁴⁵ Cass. crim., 6 avr. 1994 : bull., n° 136.

¹⁴⁶ Cass. crim. 15 juin 1993 : bull. crim., n° 210 .- 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat.

preuve recueillie de manière illégale »¹⁴⁷. D'autre part au regard de la licéité de ses procédés, on constate qu'aucun texte ne s'y oppose. Toutefois au regard de la bonne administration de la justice, il serait inéquitable d'exonérer les parties au respect des droits de la défense. Il peut même paraître surprenant qu'une preuve déloyale puisse se trouver ainsi « blanchie ». Ce qui est d'autant choquant c'est qu'il ne peut se voir opposer une éventuelle atteinte à l'intimité de la vie privée commise au détriment de celui auquel cette preuve fait grief¹⁴⁸. On risque d'avoir une justice à deux échelons. Il est critiquable de replier les droits défense et de rompre l'égalité entre les justiciables.

La doctrine allemande considère que § 136a ne s'applique pas aux particuliers. Le recueil irrégulier de la preuve pénale par les particuliers, ne fait l'objet d'une sanction en droit allemand comme en droit français.

¹⁴⁷ CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, §§ 45-46 ;

¹⁴⁸ A. Merle et A. Vitu, "Traité de droit criminel, Procédure pénale", Cujas, 5^e éd., 2001, n° 159, p. 200 ; E. Molina, op. cit., p. 278.

Chapitre 2 :

La sanction des violations de la règle

Dans les deux systèmes, on connaît le principe de la liberté des preuves mais ce-ci ne signifie pas pour autant qu'il est permis de tout faire. Le recueil des preuves est réglementé, par conséquent il faut respecter le cadre légal. Or il n'est pas rare de voir que ce cadre légal est parfois transgressé. Un vice procédural peut se produire lors de la réalisation de l'acte. Dès lors se pose la question de savoir s'il est possible d'utiliser cet acte dans la procédure ultérieure. Quel serait la sanction d'une irrégularité procédurale ?

De prime abord, il faut relever que ne peuvent être conservées dans un dossier pénal que les preuves obtenues par des moyens admissibles au regard à notre type et notre degré de civilisation. Cela élimine tout ce qui serait le produit de pressions physiques, que ce soit la torture, de la violence policière.

En droit allemand, on met l'accent sur la question de l'exploitation sans s'interroger sur la validité de l'acte qui en est le support. C'est un raisonnement tout à fait étranger au droit français. Ce dernier cherche précisément à sanctionner l'acte irrégulier et d'annihiler par ricochet la preuve qui en découle. Il a été déjà évoqué que le droit allemand s'incarne dans un système dogmatique particulier qui cherche à édifier un système rigoureux. Le droit français n'a pas la même conception. La sanction d'une preuve irrégulière n'est pas régie par une disposition spécifique, comme l'est en droit allemand avec le Beweisverbote. Pour sa part le droit français sanctionne une irrégularité procédurale par la nullité¹⁴⁹. Donc force est de constater qu'il existe deux sanctions formellement divergentes (Section 1) qui tendent néanmoins vers un objectif identique (Section 2)

¹⁴⁹ art. 385 du CPP

Section 1: Des sanctions formellement divergentes

La sanction est une conséquence juridique du non-respect d'une règle de droit. Le juge est souvent amené à prononcer une sanction disciplinaire ou pénale à l'égard des autorités des poursuites qui contreviennent au cadre légal. Mais lorsqu'il s'agit de sanctionner une irrégularité procédurale, la sanction procédurale est sans doute celle qui va nous intéresser le plus.

Le droit français opte pour une méthode qui consiste à annihiler l'acte de procédure (I) alors que le droit allemand régleme une sanction qui consiste à interdire l'exploiter la preuve irrégulière(II).

I.La nullité en droit français

La nullité est définie comme « une sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation »¹⁵⁰. D'un point de vue théorique, la nullité consiste donc à faire retirer un acte du dossier de procédure. De surcroît l'acte litigieux ne pourra pas être utilisé lors de la procédure ultérieure. On dit que « la nullité française n'est pas une sanction spécifique au domaine probatoire comme l'est le Beweisverbot »¹⁵¹. Il s'agit donc d'une sanction qui a vocation à s'appliquer à toute irrégularité procédurale. Par ailleurs contrairement au droit allemand elle ne frappe pas directement la preuve mais le support de cette preuve. C'est l'acte qui se trouve donc à l'origine de la preuve qui va être atteint par la sanction.

Après avoir identifiées les causes de la nullité (A), nous étudierons ses conditions (B) et sa mise en oeuvre (C)

A. Les causes de la nullité

Deux conditions doivent être réunies pour que la nullité d'un acte soit encouru. Dans un premier lieu, il faut établir la violation d'une règle de procédure. Dans un second lieu, il faut

¹⁵⁰ Le lexique des termes juridiques 2014-2015, Dalloz

¹⁵¹ J.Lelieur, La sanction de la preuve pénale irrégulière: comparaison structurelle des dispositifs français et allemand in *Was wird aus der Hauptverhandlung ? Quel avenir pour l'audience de jugement ?* dir. J Leblois-Happe et C. F. Stuckenberg, V& R unipress, 2014, p. 120

démontrer que cette violation a causée un grief à la personne qui s'en prévaut sauf à établir qu'il s'agit d'une violation portant atteinte à l'ordre public.

Le CPP dispose qu'il faut distinguer entre les nullités substantielle et textuelles, et consacre l'exigence d'établir une atteinte à l'article 171. Par conséquent, il convient d'axer notre étude sur ce schéma. Si les nullités textuelles peuvent être facilement identifiées (1), la catégorie des nullités substantielles est plus que malléable (2).

1. Les nullités textuelles

Une nullité textuelle correspond à une nullité qui ne peut être prononcée que si un texte de loi la prévoit de façon formelle¹⁵². Dans cette première catégorie, une disposition légale consacre une formalité procédurale qu'il faut respecter à peine de nullité. Quand on analyse les nullités textuelles, on s'aperçoit qu'elles concernent en particulier les situations régissant le déroulement d'une perquisition ou d'une saisie¹⁵³. Par rapport à notre sujet, aucune disposition textuelle ne régit la sanction du non respect du *nemo tenetur*. Ce qui n'est pas choquant en soi. Comme il n'y pas de disposition qui consacre son respect, a fortiori il n'y a pas de disposition qui consacre sa sanction.

On pourrait néanmoins se pencher sur le droit au silence qui est désormais prévu dans de nombreux situations. Cependant, on constate que le non respect de ce droit n'est également pas sanctionné par un texte légal. Par conséquent, il faut chercher la réponse dans les nullités substantielles.

2. Les nullités substantielles ou virtuelles

La seconde catégorie correspond aux nullités dite substantielles. Cette nullité peut être prononcée alors qu'aucun texte ne le prévoit expressément et que l'on déduit par interprétation de l'importance de la disposition transgressée. Il s'agit d'une sanction tenant à une irrégularité grave qui permet de pallier les lacunes de la loi. Elle résulte une création jurisprudentielle où le juge pénal est amené à apprécier la valeur des textes qu'il qualifie alors comme des formalités substantielles.

¹⁵² voir note 159

¹⁵³ J. Pradel, Procédure pénale, 16 éd. Cujas, 2011, p.685

Cette pratique a été ensuite validée par le législateur. L'article 171 C.P.P prévoit expressément qu'« il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne. »

En l'absence de tout texte légal, la Cour de cassation a considéré que l'absence de notification du droit au silence constituait une formalité substantielle.¹⁵⁴

B. Les conditions de la nullité

Qu'il s'agisse d'une nullité substantielle ou textuelle, il faut démontrer soit que la nullité est d'ordre public ou alors qu'elle a porté atteinte aux droits de la défense¹⁵⁵. La nullité est donc prononcée à deux conditions alternatives : soit la violation est d'ordre public (1) soit elle a porté préjudice à la défense (2).

1. Les nullités d'ordre public

Une nullité textuelle n'est pas nécessairement une nullité d'ordre public. En ce sens que le juge est censé vérifier le caractère du l'intérêt protégé par la loi. Ainsi, une norme substantielle peut s'avérer être une norme d'ordre public en l'absence même de tout texte légal.

Récemment, la cour de cassation a réaffirmé par deux arrêts le caractère de plein droit de la nullité des auditions effectuées en garde à vue, résultant de l'absence de notification du droit à l'avocat et du droit de garder le silence, sans qu'il y ai lieu de rechercher si ces auditions contiennent ou non des propos auto-incriminants¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Cass., crim., 6 déc. 2000, n° 00-86.221 et n° 00-82.997

¹⁵⁵ E. Vérges, Procédure pénale, 3e éd. Lexisnexus, 2011, p. 265

¹⁵⁶ Cass., Crim., 14 mai 2014, n° 13_82.274 et n° 12-84.075

2. L'exigence d'un grief

L'exigence d'un grief est posée par le CPP. Il revient à la partie qui invoque de prouver qu'il y a un grief qui est souvent assimilé aux droits de la défense. Ce n'est pas la gravité de l'irrégularité qui va conditionner le prononcé de la sanction mais l'importance du préjudice causé du fait de cette irrégularité.

La partie doit prouver que la violation a porté préjudice à ses intérêts. Ce préjudice doit être suffisant. En pratique, la preuve du préjudice est difficile à établir. Le juge apprécie au cas par cas si le préjudice est suffisamment fondé pour prononcer la nullité. La cour de cassation présume parfois le grief¹⁵⁷. Elle déclare que tout retard injustifié dans la notification des droits portent nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne. En l'espèce, il y avait violation de l'article 63-1 régissant les règles de la garde à vue. Le gardé à vue n'avait pas été informé de ses droits, ni de la nature ou la date de l'infraction pour laquelle il était interrogé. Il en résulte de cette analyse que l'établissement de l'irrégularité procédurale, emporte présomption d'un grief. Cependant il n'est pas rare que le juge refuse de prononcer la nullité pour insuffisance du préjudice.

C. La mise en œuvre de la nullité

Avant même de s'intéresser à la sanction proprement dite qui sera prononcée, il faut s'interroger sur la compétence des juridictions qui vont prononcer cette sanction(1). C'est la question de la juridiction compétente. Au fil du déroulement du procès, toute juridiction peut elle se prononcer sur un acte irrégulier ? Existe-il un monopole ? Plus important la juridiction de jugement pourra-t-elle revenir sur les acte d'enquête. Ensuite il faudra délimiter l'étendu (2) ainsi que l'effet de la nullité (3).

1.La juridiction compétente

Il est surprenant de constater que de nombreux ouvrages du droit pénal considère la chambre de l'instruction comme la seule juridiction compétente à se prononcer sur la nullité. En effet la compétence de la chambre de l'instruction est limitée aux affaires complexes et l'ouverture

¹⁵⁷ Cass., crim., 24 juin 2009, n° 08-87.241; *Droit pénal* 2010,chron. 7 , n°15

procédure d'instruction. Ce qui correspond uniquement en terme de statistiques à 5% des affaires pénales¹⁵⁸.

Par conséquent la compétence est partagée entre la chambre d'instruction (a) et la juridiction de jugement (b). On notera par ailleurs que le juge d'instruction est exclu au chef de compétence. La justification va de soi, un auteur d'un acte irrégulier ne peut pas défaire ce qu'il a fait. En ce sens qu'on ne peut exiger de ce dernier de s'auto-censurer.

a. La compétence de la chambre d'instruction

La chambre de l'instruction de la cour d'appel est compétente pour statuer sur la nullité d'une affaire qui a fait l'objet d'une instruction¹⁵⁹. La saisine pourra être le fait des parties, du parquet et du juge d'instruction. On notera que la mise en oeuvre est limitée dans le temps. En effet les nullités de l'instruction doivent être soulevées avant la clôture de celle-ci. L'article 173-1 dispose que l'intéressé doit agir dans les 6 mois à compter de la notification de sa mise en examen. Il peut ainsi demander l'examiner les irrégularités tenant aux interrogatoires. A l'expiration du délai, l'intéressé est forclos pour présenter tout moyen de nullité.

Après la clôture de l'instruction, l'article 175 al2 prévoit un délai de d'un mois si le requérant est détention provisoire ou trois mois s'il est libre pour invoquer les nullités encore recevable.

Il faut également être vigilant quant au moyens de nullités invoqués. En effet l'article 174 Al 1 dispose que le recours doit viser l'ensemble des moyens de nullités. Les parties doivent soulever devant elle, toutes le causes de nullité dont elles ont connaissance; une fois que la juridiction s'est prononcée, tous les vices qui étaient connus des parties mais qui n'ont été soulevées, sont désormais couverts. Les parties ne seront plus recevables à les soulever. On dit alors que l'instruction est purgée des nullités.

¹⁵⁸ J.Lelieur, La sanction de la preuve pénale irrégulière: comparaison structurelle des dispositifs français et allemand in *Was wird aus der Hauptverhandlung ? Quel avenir pour l'audience de jugement ?* dir. J Leblois-Happe et C. F. Stuckenberg, V& R unipress, 2014, p. 123

¹⁵⁹ S. Guinchard et J. Buisson, Procédure pénale 9e éd. Lexisnexus, 2013, p. 1336

Enfin la purge définitive des nullités s'effectue également avec l'ordonnance de renvoi ou de mise en accusation¹⁶⁰.

b. La compétence de la juridiction du jugement

Lorsqu'il n'y a pas d'instruction, ces différentes nullités peuvent être soulevées devant le tribunal avant toute défense au fond ¹⁶¹. Cependant on s'aperçoit que les juridictions de jugement ont un rôle modeste, voire infime. Sans doute dans la crainte de ne pas retarder le cours de la justice. Les nullités se trouvent purgées dans le dernier acte de l'instruction. Mais il ne faut pas oublier que les nullités d'ordre public doivent être soulevées d'office et ce-ci à quelque stade du procès.

2. L'étendue de la nullité

Le domaine de l'action en nullité est restreint aux actes qui ne sont susceptibles d'appel. Ainsi les actes juridictionnels sont exclus.

Une fois l'annulation prononcée, l'acte est retiré du dossier à l'égard de toutes les parties¹⁶². Mais il faut noter que l'effectivité de l'annulation sera acquise si l'annulation entraîne par ricochet l'annulation de tous les actes subséquents. Dès lors se pose la question de savoir si la nullité est limitée à l'acte irrégulier ou doit-elle s'étendre à la procédure ultérieure ? Doit-on appliquer la théorie de l'arbre emprisonné ?

Le législateur apporte des précisions via les articles 174 al 2 et 206 CPP. Le juge a une grande liberté : il peut soit sanctionner une partie de l'acte ou l'acte dans son intégralité. Il a aussi la possibilité de sanctionner l'acte irrégulier et une partie de la procédure ultérieure. Enfin il peut annuler toute la procédure. La Cour de cassation considère que les actes dérivés sont en principe affectés par la nullité¹⁶³. Ainsi le vice qui touche à un acte de procédure substantiel va affecter tous

¹⁶⁰ CPP art 178 al 2; 179 al 6 ; 181 al 4.

¹⁶¹ art 356 ; Cass, crim 3 mai 2012 n° 11-82.252

¹⁶² Martine Herzog-Evans, Gildas Roussel, *Procédure pénale*, 5e édition, Vuibert, 2014 p. 381

¹⁶³ Ass, crim 4 oct.1994 Bull Crim n°313

les autres actes qui ont leur fondement sur le dit-acte¹⁶⁴. En principe doivent être annulé tout les actes qui dépendent exclusivement de l'acte irrégulier ou qui puisent leur racine dans celui-ci. Ainsi pour certaine irrégularité, la cour de cassation prononce la nullité de la procédure toute entière. Il en ai ainsi de la violation de la loyauté de la preuve ayant porté atteinte au libre arbitre de la personne¹⁶⁵. Cependant il faut rappeler qu'il est rare que de voir la totalité d'une procédure annihiler pour ne pas retarder le cours de la justice. Le législateur laisse donc le juge souverain dans l'appréciation de l'étendue de la nullité¹⁶⁶.

3. L'effet de la nullité

C'est l'enlèvement matériel ou la cancellation qui est prévue art 174 al . La nullité n'a pas pour conséquence de clôturer le dossier. Il faudra alors reprendre les actes d'instructions ab initio. Il faudra tout refaire. On comprend pourquoi le juge est souvent incité à prononcer une nullité partielle.

II. L'interdiction d'exploiter la preuve irrégulière en droit allemand : Das Verwertungsverbot

Après avoir observé la nullité du droit français, on pourrait s'attendre à ce que le registre pertinent soit le Nichtigkeit en Allemagne. Pourtant telle n'est pas la solution du droit allemand, qui consacre une sanction spécifique qu'on appelle Beweisverbot.

Cette sanction présente deux principales distinctions. Beweiserhebungsverbote est afférent à la réglementation des actes d'enquête qui encadre le pouvoir des enquêteurs dans le recueil de la preuve. Alors que le Beweisverwertungsverbot concerne l'interdiction pour le juge d'utiliser la preuve irrégulière. Le constat est simple mais aussi étonnant pour un juriste français, le droit allemand régleme l'élément probatoire à deux niveaux. La preuve est encadrée au moment de

¹⁶⁴ B. Bouloc « Observation sur les nullités, *Mélange offert à Pierre Couvrat. La sanction droit*, PUF, 2011 p.417

¹⁶⁵ Cass, crim 27 févr 1996 bull crim n° 93; D 1996 p 346 Note c. Guéry

¹⁶⁶ Cass, crim, 6 mai 1996, Procédures 1996, comm n° 302 obs. J. Buisson

son prélèvement mais aussi au moment de son utilisation. In fine on peut penser qu'il existe une double souche de protection.

On relèvera que toute violation d'une disposition procédurale réglementant le mode de recueil de la preuve fait l'objet d'un contrôle dans un cadre bien défini. On distingue les sanctions autonomes qui sont indépendantes du mode de recueil (A) et les sanctions qui sont subordonnées au mode de recueil (B). L'effet de cette sanction (C).

A. Une sanction subordonnée au mode de recueil de la preuve

L'interdiction probatoire met l'accent sur l'idée que dans un État de droit la recherche de la vérité dans une affaire pénale n'est pas une valeur suprême qui pourrait couronner toutes les autres valeurs. En ce sens qu'il ne serait avoir une hiérarchie entre les différents principes directeurs du procès pénal. Lorsqu'une enquête est menée sur une infraction donnée sans respecter les droits fondamentaux, on risque de créer de nouveaux dommages¹⁶⁷. L'interdiction probatoire se présente alors comme une limite à l'obligation de rechercher la vérité (die Aufklärungspflicht) imposée aux autorités policière et au procureur (§ 163, 160 StPo) et à la juridiction (§ 244 II StPo).

La StPO consacre légalement certaines interdictions d'utiliser la preuve. En ce qui concerne le droit de ne pas participer à sa propre accusation, une interdiction particulière résulte du § 136a III 2 StPO pour le cas d'une audition effectuée selon des méthodes interdits. Cette norme s'applique aussi bien à l'audition d'un suspect que d'un témoin. Elle prévoit expressément une interdiction d'exploiter la preuve. Nous avons vu qu'il s'agit d'une interdiction absolue qui ne serait en aucun cas être légalisée notamment par le consentement de la personne concernée.

Pour le reste, il n'y a pas de disposition expresse qui prévoit une interdiction afférente à l'utilisation de la preuve obtenue en méconnaissance des prescriptions légales. Cependant il existe des catégories où la jurisprudence considère que la preuve obtenue de façon irrégulière ne peut être exploitée. On notera que la jurisprudence considère que l'absence de notification des droits résultants du § 136 I 2 StPO conduit à une interdiction d'exploiter la preuve. Le BGH rappelle de

¹⁶⁷ Kühne, *Strafprozessrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, p.532 et s

façon constante que notification défailante du droit au silence rend les déclarations inexploitable¹⁶⁸. La jurisprudence du BGH, montre qu'il est également interdit d'exploiter les preuves résultant d'une violation des règles établies au § 52 III 1 StPO pour l'audition d'un témoin. Cette solution s'étend également au pièges auditifs et à l'enregistrement téléphonique illicite prohibés aux § 100 c StPO § 100 a StPO respectivement.

Cependant il faut noter que le Beweisverbot n'est pas une sanction automatique. La doctrine utilise divers critères pour justifier ou écarter le prononcé d'une sanction¹⁶⁹. Il faut alors se poser la question au cas par cas pour déterminer le sort de la preuve irrégulière. Trois théories sont utilisées à cette fin.

La théorie du but protecteur de la norme (Schutzzweck Theorie) signifie qu'il faut étudier le but recherché par la norme violée. Si le but recherché par l'interdiction de recueil consiste à empêcher son utilisation, sa violation entraîne alors un Beweisverwertungsverbot - une interdiction d'exploiter la preuve. La doctrine considère que cette théorie est tombée en désuétude.

La théorie de la sphère juridique (Rechtskreistheorie) invite à identifier la sphère juridique de la violation qui doit correspondre à la sphère juridique du demandeur. Si l'irrégularité est commise à l'égard d'un tiers, elle n'a pas vocation à s'appliquer. On constate que cette théorie a fait l'objet de lourdes critiques. Cependant la jurisprudence continue à l'appliquer. Dès lors on se demande si elle n'a pas toujours une actualité. La cour fédérale a appliqué cette théorie pour apprécier les déclarations du suspect faites devant le juge sans l'assistance de son avocat pour la condamnation du coauteur¹⁷⁰.

Enfin, **la théorie de la mise en balance des intérêts (Abwägungslehre Theorie)** consiste à confronter d'une part les intérêts tenant aux objectifs de la poursuite pénale, à savoir élucider les faits et rendre la justice effective et d'autre part les intérêts individuels des citoyens. Ce qui implique également de prendre en considération la gravité de l'infraction avec le poids de la

¹⁶⁸ BGHSt 38,214

¹⁶⁹ Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, Schwerpunkte Pflichtfach, 11. Auflage, p 296

¹⁷⁰ BGHSt 53, 191, Gless, NStZ 2010, 98

violation procédurale. La norme protégée doit être par conséquent étudiée à la lumière de ses deux intérêts.

La doctrine critique ce procédé qui consiste à renouveler l'analyse de la norme protégée¹⁷¹. Pourquoi remettre en cause la prescription posée par le législateur ? L'encadrement légal n'est-il pas un moyen pour préserver une célérité dans le procès ? D'une part en posant une prescription, le législateur cherche précisément à prévenir des violations. D'autre part, au regard de la norme protégée, pourrait-on admettre que sa valeur puisse varier en fonction de la gravité d'une infraction ou de la dangerosité d'un délinquant ? Ce qui d'autant plus critiquable au regard de l'égalité des justiciables devant l'application de la loi. En dépit de ces critiques, cette théorie continue à s'appliquer.

B. Une sanction autonome

A l'observation du droit allemand, on remarque que la sanction probatoire n'est pas conditionnée au mode de recueil. Même en l'absence de disposition légale consacrant l'interdiction d'exploiter la preuve, il est possible d'écarter certaines preuves. Une preuve recueillie de façon régulière peut parfois être sanctionnée si elle contrevient aux droits fondamentaux. Cette sanction se dit alors une sanction autonome ou indépendante. Les causes d'irrégularité de la preuve ne sont donc pas limitées à son mode de prélèvement. L'irrégularité de la preuve n'est pas cantonnée à l'irrégularité de son support. Cette technique vise notamment à protéger l'intimité de la vie privée.

Il est possible de sanctionner un élément probatoire qui contrevient au droit de la personnalité. La jurisprudence allemande montre ainsi qu'il est interdit d'exploiter les preuves qui relèvent de la sphère intime de la vie privée. L'exemple le plus courant est celui du journal intime. Le BGH considère que les éléments de preuve qui porte atteinte à l'intimité de la vie privée est inexploitable. Les conditions sont posées dans les arrêts du BGH du 21 février 1964 et du 9 juillet 1987¹⁷². La juge allemand applique la théorie de la mise en balance des intérêts pour déterminer le sort de l'élément probatoire. Dans une affaire A est poursuivie pour faux témoignage. Les preuves à

¹⁷¹ Voir notamment G. Kerckhoff, op. cit., p.207; K. Amelung, op. cit., P. 53 et suivantes

¹⁷² Tout d'abord les inscriptions doivent concerner la vie privée et présenter un caractère confidentiel pour l'intéressé. Enfin l'infraction ne doit pas être d'une gravité justifiant à ce qu'elle soit réprimée.

charge résulte de son journal intime. La question était donc de savoir si on peut l'utiliser cet élément de preuve. Le BGH a refusé d'exploiter ces preuves en considérant que le journal intime relève du noyau dur de la vie privée¹⁷³. En appliquant la théorie de la balance entre les intérêts de la poursuite et les intérêts individuels, elle considère que l'infraction n'est pas d'une extrême gravité justifiant d'écarter la protection constitutionnelle¹⁷⁴. Quant à protéger ses secrets, qui en voit en l'espèce n'ont pas une importance significative pour faire tomber la protection. Le BGH conclut qu'il est interdit d'exploiter les preuves contenues dans le journal intime¹⁷⁵.

Dans un autre arrêt, elle adopte une solution inverse. Un tueur en série retranscrit les crimes qu'il a commis dans son journal intime. Le juge allemand rappelle que les déclarations faites dans le journal intime font partie de la vie privée, et qu'ils sont en principe inexploitable. Cependant, en appliquant la théorie de la balance des intérêts, le BGH conclut les lourdes accusations sont en faveur d'une exploitation du journal intime¹⁷⁶. Ce qui montre encore que la théorie de la mise en balance des intérêts fait varier la solution judiciaire.

Du côté du droit français, il semble que cette forme de protection sous l'angle de la vie privée est totalement inconnue. La vie privée est certes un droit à valeur constitutionnelle mais il n'a aucune primauté face aux droits de la défense.

C. L'effet de l'interdiction

Les déclarations obtenues en méconnaissance de 136a ne doivent pas être exploitées. Il s'agit d'un principe général expressément consacré au § 136a III 2. Cette disposition signifie que l'exploitation des déclarations obtenues en violation des dispositions du § 136a. Cette interdiction est absolue en ce sens que le consentement de l'intéressé ne peut être retenu comme un motif de régularisation de la preuve. Néanmoins il faut noter que la doctrine préconise une interprétation téléologique de cette disposition en admettant une application ad favorem. Le BGH n'a pas exclu cette interprétation a ouvert la possibilité de contourner le caractère absolu de la nullité prévue par

¹⁷³ BGHSt 19, 325

¹⁷⁴ Droit général de la personnalité (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), art. 2 al 1 de la Loi fondamentale

¹⁷⁵ BGH, 22 Dezember 2011 - 2 StR 509/10

¹⁷⁶ BGHSt 34, 397

l'alinéa 3-2 de l'article 136a¹⁷⁷. Le BGH prescrit un contrôle de proportionnalité entre ces deux principes. L'accusé ne pourra disposer de la protection que lui offre l'article 136a alinéa 3-2, qu'à la condition que sans cet aménagement, l'accès à une défense effective lui soit fermée. Sous cette double condition, le BGH laisse ouverte la possibilité, dans une jurisprudence future, de reconnaître des exceptions à une nullité que le législateur avait prévue absolue.

Section 2 : Un objectif matériellement identique

On dit souvent qu'un dispositif juridique ne se définit pas par sa définition, mais par sa fonction¹⁷⁸. Pour comprendre la signification matérielle d'un dispositif juridique il faut alors opérer une comparaison juridique sur le plan fonctionnel. Dans cette logique, il est possible de faire un rapprochement entre les systèmes juridiques des deux pays. En effet, on constate que les finalités poursuivies sont identiques. Il s'agit d'une part la protection des droits fondamentaux (A) et d'autre part la prévention des erreurs judiciaires (B).

A. Protéger les droits fondamentaux de l'individu

Comme il a été déjà évoqué, *nemo tenetur* s'intègre dans un processus qui tend au respect des droits de l'homme. Il faut alors lire ce droit comme un droit qui tend également à éviter qu'il y ait atteinte à d'autres droits. C'est un droit qui fait partie article 6. Dès lors, il convient de s'attacher aux résultats voulus par l'article 6. Seront étudiés le procès équitable (1), les droits de défense (2) et la présomption d'innocence (3).

1. Le procès équitable

Le procès équitable, le mot « équité vient de la du latin « *aequus* », qui signifie équilibre. C'est donc bien un équilibre entre les intérêts de la poursuite et les intérêts individuels des parties qu'il faut garantir dans une procédure pénale. Au sens étroit cette notion implique que « chacune

¹⁷⁷ BGH 05.08.2008- 3 StR 45/08-StV 2009, 113 note Roxin

¹⁷⁸ S. Gless, « Der Nemo tenetur-Grundsatz- ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht » dans *2000 Jahre Code d'instruction criminelle, Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle*, dir H.Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz, Nomos, p.80 et s.

des parties au procès puisse soutenir sa cause dans des conditions qui ne la désavantage pas substantiellement par rapport à la partie adverse »¹⁷⁹.

La cour rappelle de façon constante que pour apprécier l'équité d'une procédure il faut prendre en compte « l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne »¹⁸⁰. Le procès équitable implique non seulement le respect des droits de l'homme mais aussi le respect de règles procédurales. Ces deux aspects trouvent leur source dans l'article 136 a et le principe de loyauté¹⁸¹. Cependant, le non respect d'une garantie formelle ne signifie pas qu'il y a violation du procès équitable. Il faut alors vérifier si l'intéressé a eu la possibilité de remettre en cause l'élément de preuve obtenue en méconnaissance des règles procédurales. Ce qui implique de vérifier le respect des droits de défense.

2. Les droits de défense

L'administration de la preuve ne serait méconnaître les droits de défense. On relève que pour garantir l'équité de la procédure dans son ensemble, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. La CEDH considère généralement que la recevabilité des preuves relève essentiellement du droit interne¹⁸². Pourtant, elle n'en demeure pas à ce constat en affirmant qu'il importe de vérifier si le requérant a eu la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation¹⁸³. À cet égard, la Cour attache aussi de l'importance au point de savoir si l'élément de preuve en question était ou non déterminant pour l'issue du procès pénal¹⁸⁴. Il s'agit donc de vérifier si cet élément de preuve a influé la décision rendue par le juge.

3. La présomption d'innocence

¹⁷⁹ J.C Soyer et M. de Salvia, in L.E PETTETI et autres, La Convention européenne des droits de l'homme, Economica, Paris 1999, p.265

¹⁸⁰ CEDH, 2 mars 1987, Monnel et Morris c/ R.U, n°115

¹⁸¹ S. Gless

¹⁸² CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, §§ 45-46

¹⁸³ CEDH, 10 mars 2009, Bykov c. Russie, § 89 ; CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c. Allemagne, § 96

¹⁸⁴ CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c. Allemagne

On dit souvent qu'il vaut mieux libérer un coupable que condamner un innocent. Cette conception était déjà développée au 3^e siècle par Ulpian dans le Digeste¹⁸⁵. La présomption d'innocence est l'expression de l'Etat de droit. Elle repose sur l'adage *Actori incumbit probatio* : la charge de la preuve incombe au demandeur. Les autorités de poursuites doivent donc prouver l'élément constitutif de l'infraction ainsi que l'intention coupable de la personne accusée. Dans cette conception, le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation présente toute son importance. Il faut préciser que le doute profite à l'accusé et le fardeau de la preuve repose sur les autorités de poursuite. L'intéressé ne doit pas être contraint de parler et d'apporter des preuves à sa charge. Cependant, il arrive parfois que le principe soit renversé. Il existe des présomptions de culpabilité qui jouent en défaveur de l'accusé et ce sera au prévenu « de battre les preuves ». L'accusé doit prouver qu'il n'est pas coupable lorsqu'il est dans un état de légitime défense ou dans un état de nécessité. On parle alors de renversement de la charge de la preuve.

La présomption d'innocence peut parfois constituer un obstacle dans la poursuite des infractions pénales. Mais il faut préciser que l'auto-limitation de l'Etat ne se justifie non seulement d'un point de vue moral mais elle sert aussi à asseoir sa fonction tenant aux poursuites pénales. Il faut donc essayer de concilier une balance des intérêts entre l'obligation pour l'Etat de rechercher la vérité et la protection des intérêts individuels et éviter ainsi la condamnation des innocents. « Il découle de l'article 9 de la déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser »¹⁸⁶.

B. Éviter les erreurs judiciaires

Un sociologue affirme que « la moitié des erreurs judiciaires reposent sur des aveux »¹⁸⁷. Il n'est pas rare que des personnes placées en garde à vue en viennent à s'accuser de crimes qu'ils n'ont pas commis. Selon une étude américaine 25 % des personnes disculpées après des analyses ADN ont été conduits à faire de faux aveux¹⁸⁸. Dans l'histoire des erreurs judiciaires, l'affaire

¹⁸⁵ Digestes 48. 19.5

¹⁸⁶ Cons. Const, déc. 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 110

¹⁸⁷ Lucie Juvet, sociologue, in Interview par Sonya Faure, Libération, 9 juillet 2010

¹⁸⁸ Ian Herbert, « The psychology and power of false confessions », *APS Observer*, vol. XXII, n° 10, décembre 2009.

Patrick Dils est une parfaite illustration de la possibilité pour la justice de se tromper. Dans son cas, Patrick Dils passe aux aveux en garde à vue pour le meurtre de deux enfants. Il sera condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour homicide volontaire en 1989. Plus tard, la justice reconnaîtra son erreur et annulera la condamnation prononcée en 2002.

Cette célèbre affaire montre que les aveux de Patrick Dils ont été suggérés par les enquêteurs. A la question de savoir pourquoi avouer et réitérer ses aveux sans explication rationnelle, Patrick Dils explique qu'il était dans un univers qu'il ne connaissait pas, avec des gens terrifiants, déterminés, qui voulaient à tout prix entendre certaines choses. Il était « dans leur univers (celui des enquêteurs), mais tout seul sans personne pour le conseiller ». C'est dans ce contexte que *nemo tenetur* prend tout son sens. On permet d'éviter les erreurs judiciaires qui proviendrait des aveux forcés.

Il n'y pas de doute que le droit français aussi bien que le droit allemand tend à éviter un dysfonctionnement dans le déroulement de la procédure. In fine, un aveu irrégulier qui s'infiltre dans le procès risque de compromettre l'ensemble de la procédure pénale. Afin d'éviter une telle intrusion, il été vu plus haut que deux techniques sont respectivement utilisé du côté de l'autre du Rhin. Mais on s'aperçoit que l'un comme l'autre tendent au même objectif. Le suspect ne doit pas penser qu'il est obligé de répondre aux questions de l'enquêteur. C'est de cette erreur que protège le *Belehungspflicht* ¹⁸⁹. In fine éviter les erreurs judiciaires, éviter les incriminations par contrainte , n'est pas obliger de faire des témoignages ou de répondre à des questions¹⁹⁰.

Les deux concepts juridiques ont le même objet. Ils tendent à éviter une atteinte au libre arbitre de l'individu. D'un côté ils cherchent à ce qu'une information obtenue de façon irrégulière ne s'immisce pas dans le procès pénal. La question de l'admissibilité des moyens de preuves doit donc être résolue au regard des droits fondamentaux dont doit bénéficier chacun, abstraction fait son comportement. et de préserver l'efficacité de la bonne administration de la justice dont l'erreur judiciaire.

¹⁸⁹ BGHSt ,GrS 42, 139, 147

¹⁹⁰ K.Volk,Grundkurs STPO,7. Auflage, p 38

Conclusion

Cette étude montre qu'une comparaison structurelle des dispositifs allemand et français ne permet pas de faire une analyse adéquate des deux systèmes. Une comparaison fonctionnelle permet au contraire de cerner les divergences et les convergences des systèmes juridiques. On dit que « c'est le cheminement intellectuel lui même qui semble différer d'un côté à l'autre du Rhin ».¹⁹¹

¹⁹¹ J.Lelieur, La sanction de la preuve pénale irrégulière: comparaison structurelle des dispositifs français et allemand in *Was wird aus der Hauptverhandlung ? Quel avenir pour l'audience de jugement ?* dir. J Leblois-Happe et C. F. Stuckenberg, V& R unipress, 2014, p. 119

Bibliographie

I. Ouvrages

- Ouvrages généraux

- BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, 11. Auflage, 2010
- DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurences, Traité de procédure pénale, 3e éd. Paris, Économica, 2013
- GUINCHARD, Serge - BUISSON, Jacques, *Procédure pénale*. 9e éd. LexisNexis, 2013
- HERZOG-EVANS, Martine, ROUSSEL, Gildas, 5e éd. Vuibert, 2014
- KÜHNE, *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2010
- MERLE Roger et VITU André, "Traité de droit criminel, Procédure pénale », 5° éd. Cujas, 2001
- PRADEL, Jean, *Procédure Pénale*, 16 éd. Cujas, 2011
- RASSAT Michèle-Laure, *Procédure pénale*, 2e éd., Paris, Ellipses, 2013
- VERGÈS, Étienne, *Procédure pénale*, 3e éd. LexisNexis, 2011

- Ouvrages spéciaux

- BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines* , Traduction et notes de P. Audegean,

- P. Gérard, Michel van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publication des facultés universitaires Saint -Louis,
- CARBONNIER Jean, "Droit civil, Introduction", PUF, Thémis, 26° éd., 1999
- CORNU Gérard, Vocabulaire juridique : , Association Henri Capitant, Quadrige, Dicos Poche, 9e édition, 2011
- BOUZAT Pierre., *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges L. Hugueney, Sirey, 1964
- Le lexique des termes juridiques 2014-2015, Dalloz
- BOULOC Bernard « Observation sur les nullités, *Mélange offert à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, PUF, 2011
- VOLK. K, Grundkurs STPO, 7. Auflage
- J.C Soyer et M. de Salvia, in L.E PETTETI et autres, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Economica, 1999
- BOSH, Aspekte des nemotenetur - Grundsatzes aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998
- H. Henrion, *La nature juridique de la présomption d'innocence, Comparaison franco-allemande*, Faculté de droit de Montpellier, Collection Thèses, 1996, n° 541
- Elsa Monceaux, *Quel droit au silence en procédure pénale ?*, Université Panthéon-Assas, Banque des mémoires, 2011
- 2000 Jahre Code d'instruction criminelle, Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, dir H.Jung, J. Leblois-Happe, C. Witz, Nomos,
- Vers un nouveau procès pénal, Neue Wege des Strafprozesses, dir. J. Leblois-Happe, Société de législation comparée, 2008
- *Was wird aus der Hauptverhandlung ? Quel avenir pour l'audience de jugement ?* dir. J Leblois-Happe et C. F. Stuckenberg, V& R unipress, 2014

II. Articles de doctrine

- Albert MARON et Marion HAAS, Droit pénal n° 2, Février 2015, comm. 26 Silence dans le sang,
- Garde à vue : information sur le droit de se taire – Cour de cassation, crim. 17 janvier 2012 – D. 2012. 503
Recueil Dalloz 2012 p. 503

- André Giudicelli – Droit à l'assistance effective d'un avocat au cours de la garde à vue : l'Assemblée plénière rappelle au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme – RSC 2011. 410; RSC 2011 p. 410

- V. Peltier , *Droit de ne pas s'auto-incriminer et aggravation de la peine prononcée*, Droit pénal n° 9, Septembre 2013, comm. 136

- A. Maron et M. Haas, *Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale* , Droit pénal n° 2, Février 2014, comm. 32

- Valeur probatoire des déclarations incriminantes du prévenu faites sans l'assistance d'un avocat - Cour de cassation, crim.11 mai 2011 - AJ pénal 2011. 371; AJ pénal 2015. p. 99

- M. Robine, Le secret professionnel du ministre de culte, D., 1982, chron. 221; 5 février 1970, D.,1970.249

- D. Roets « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » AJP, 2008, 119

- J. Lelieur, C. Saas et T. Weigend, « Chronique de droit pénal constitutionnel allemand », *Revue de science criminelle* 2012, p.677-680

- Rogall, der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S 124FF

- Beulke, StV 1990, 180, 182

- KK Diemer, 6 136a Rn 6; LR Gless, § 136 Rn 93 u. § 136 a Rn 44 ; Beulke StV 1990, 184

- AK Grundlach, § 136a Rn 41

-

- Erb, FS, Otto S 876, § 136 a Rn 28

III. Textes de lois

- Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes J.O 16 Juin 2000

- La loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 , J. O 5 Mars 2002

- Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, J.O. 13 Juin 2003

- Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, J.O. 15 Avril 2011

- Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales

IV. Jurisprudence

- Jurisprudence européenne :

- CEDH, 26 mars 1982, *Adolf c. Autriche*, Requête n°8269/78 § 30
- CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*. Requête n°10588/83. Série A n° 256-A. D. 1993 p 457
obs. J. Pannier
- CEDH, Gr. ch., 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-I. RSC 1997 p. 476 obs.
Koering-Joulin
- CEDH, Gr. ch., 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*. Rec. 1996-VI. RSC 1997 p. 478
obs. Koering-Joulin
- CEDH, 20 octobre 1997, *Serves c. France*. Requête 82/1996/671/893. JCP 1998, I, 107, n° 23,
obs. Sudre
- CEDH 9 juin 1998 ,*Teixara de Castro c. Portugal*, Requête n° 25829/94
- CEDH, 6 juin 2000, *Averill c. Royaume-Uni*, Requête n° 36408/97
- CEDH, 21 déc. 2000, *Heaney et McGuinness & Quinn c. Irlande*, Requête n°34720/97
- CEDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*. Rec.2001-III. JCP 2001, I, 342, n° 13, obs. Sudre
- CEDH, 5 nov. 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, Requête n°48539/99
- CEDH, Gr. ch., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, Requête n° 54810/00
- CEDH, Gr. ch., 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*. Dr. pén. 2008, Chron. 3,
obs. Dreyer
- CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*. Requête n° 36391/02
- CEDH, 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, Requête n° 4378/02

- C.E.D.H., 13 octobre 2009 , Dayanan c. Turquie,n° 7377/03
- CEDH, Gr. ch., 1er juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, Requête n° 22978/05
- CEDH, 5e Sect. 14 octobre 2010, *Brusco c. France*. Requête n° 1466/07
- CEDH 27 oct. 2011, Stojkovic c. France et Belgique, n°25303/08
- CEDH, 24 oct., 2013,Navone et autres c. Monaco, Requêtes n° 62880/11, 62892/11 et 62899/11
- CEDH, 2 mars 1987, Monnel et Morris c/ R.U, n°115
- CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, §§ 45-46 ;

• **Jurisprudence française :**

- Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010
- Cass. crim., 31 janv. 1888, "*Wilson*" : S. 1889, I, p. 241
- Cass. crim 6 juillet 1929, D, H.,1929.494
- Cass. crim., 8 mai 1947, aff. Decraene, J.C.P.,1948.II.4141, note A. légal, D., 1948, 109, note Gulphe ;
- Cass., crim., 9 février 1955, 29 mars 1955, n°116
- TGI. Lure, 4 novembre 1970, D., 1971.276, note C. Gavalda
- Cass., crim., 24 janvier 1973, B.C, n° 33 et 34
- Cass., crim., 3 janvier 1978, n° 1
- Cass., crim.,3 avril 1984, B.C., n°130
- Crim, 5 juin 1985,B.C., n°218, D., 1988.106, note H. Fénaux
- Cass. crim. 15 juin 1993 : bull. crim., n° 210 .- 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat.

- Cass. crim., 6 avr. 1994 : bull., n° 136.
- Ass, crim 4 oct.1994 ull crim n°313
- Cass. crim., 27 fév. 1996 : bull. crim., n° 93 ; JCP 96, éd. G, II-22629, note M.-L. Rassat ; D. 96, p. 346, note Ch. Guéry.
- Cass, crim 27 févr 1996 bull crim n° 93; D 1996 p 346 Note c. Guéry
- Cass., crim., 30 avril 1996, bull., crim., n° 182
- Cass, crim, 6 mai 1996, Procédures 1996, comm n° 302 obs. J. Buisson
- Cass. crim., 24 fév. 1999 : D. 1999, p. 560, note J. Coulon
- Cass. crim., 5 mai 1999 : bull., crim., n° 87
- Cass. crim., 12 déc. 2000 : bull., crim., n° 369 ; D. 2001, p. 1340, note D. Mayer et J.-F. Chassaing.
- Cass., crim 30 jan. 2001, bull., crim., n° 1026
- Cass. crim., 28 nov. 2001 : bull., crim., n° 247
- Cass crim., 11 mai 2006, bull., crim., n° 132, R.P.D.P. 2006.859, obs. P. Maistre du Chambon, A. J. pénal 2006.354 obs E.Vergès
- Cass., crim., 9 aout 2006, 06-83219
- Cass., crim. 3 avril 2007 bull., crim.,n° 102
- C.E,10 avril 2008, D., 2008, AJ, 1150
- Cass., crim., 24 février 2009, bull.,crim.,,n° 46; D. 2009, 1017, obs. Léna; A.J. pénal 2009 obs. Lasserre-Capdeville
- Cass., crim., 19 octobre 2010 : n° 5699 ; n° 5700 ; n° 5701
- Cass., Ass., plén., 15 avril 2011 : n° 590 ; n°591; n°592
- Cass, crim.11 mai 2011, n° 10-84251
- Cass., crim., 31 mai 2011 : n° 2674; n°3049 ; n° 3107 ; n° 2673
- Cass, crim 3 mai 2012, n° 11-82.252

- Cass. crim., 4 avril 2013, n° 12-83.224 ; JurisData n° 2013-017651
- Cass. crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246, FS-P+B+I : JurisData n° 2014-000004
- Cass., crim., 10 septembre 2014, n°14-84186
- Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 13-87.652, F-P+B

• Jurisprudence allemande:

- BVerfG 38, 113; 56, 43 = NJW 1981,1431; BGHSt 34 45; 37 343;
- BVerfG EUGRZ 1981, 311 ;
- BGHSt 20, 281, 282f ; LR/ Gless , § 135 StPO Rn 37 ff
- BGHSt 32, 140, 144 ; BGHSt 25, 365, 368 ; 34, 324, 326
- BGHSt 38, 214
- BGHSt 39, 349
- BGHSt 38, 214, 220
- BGHSt 15, 187
- BGHSt 12, 332
- BGHST, 1, 376, 379
- BGHSt, 13, 60, 61
- BGHSt 38, 291, 292
- BGHSt 35, 328, 330
- BGHSt 37, 48
- BGHSt 5, 332, 333
- BVerfG NJW 1982, 375 ;
- OLG Karlsruhe StV 1998, 530

- Rn 104 und Verrel NSTZ 1997, 361 et 415
- BGH StV 1990, 194
- BGHSt 5, 332, 333; 38,215,219, BGH NSTZ ,142
- BGHSt 5, 332, 334
- BGHSt 34, 362, 363; strikter AK- Grundlach, § 136a RN 13
- BGHSt 34 363; LG Hannover StV 1986, 521
- BGH 34, 39, 46 ; BGH 1 StR 364/03
- BGH StV 1993, 458
- BGHSt 40, 66, 69
- BGHSt 33, 217
- BGHSt 16,164, 166f; BGH NSTZ 2008, 643; OLG Hamburg NJW 2005, 2326
- BGH StV 2008, 113
- BGHSt 38,214
- BGHSt 53, 191, Gless, NSTZ 2010, 98
- BGHSt ,GrS 42, 139, 147

V. Article de presse

- Le conseil constitutionnel juge inconstitutionnelles les gardes à vue de droit commun
http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/07/30/le-conseil-constitutionnel-juge-inconstitutionnelles-les-gardes-a-vue-de-droit-commun_1394146_823448.html#mlpUeXR9yaFq0M7J.99
- «La moitié des erreurs judiciaires reposent sur des aveux» _
http://www.liberation.fr/societe/2010/07/09/la-moitie-des-erreurs-judiciaires-reposent-sur-des-aveux_664964

V.I. Sites Internet

- Communiqué relatif aux arrêts rendus le 19 octobre 2010 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arrets_rendus_17837.html

- Principe de loyauté et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination :

<https://www.contrepoints.org/2015/03/12/200881-principe-de-loyaute-et-droit-de-ne-pas-contribuer-a-sa-propre-incrimination>

- La loyauté de la preuve - à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle-par M. Pascal Lemoine, conseiller référendaire à la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/travers_quelques_6401.html

- Les aveux surpris ou la preuve obtenue par l'auto-incrimination involontaire du suspect – par Omblin Masfayon :

<http://m2bde.u-paris10.fr/content/les-aveux-surpris-ou-la-preuve-obtenue-par-lauto-incrimination-involontaire-du-suspect---par>

- Le silence est d'or ? Analyse comparée du droit de ne pas participer à sa propre incrimination en droit anglais, français et européen - Pauline Danjou :

<http://m2bde.u-paris10.fr/content/«-le-silence-est-d'or»-analyse-comparée-du-droit-de-ne-pas-participer-à-sa-propre-incrimination?destination=node%2F1619>

- Nullité de la preuve obtenue par l'emploi de méthodes coercitives lors d'un interrogatoire en France et en Allemagne – par Lucie Ménard :

<http://m2bde.u-paris10.fr/content/nullité-de-la-preuve-obtenue-par-l'emploi-de-méthodes-coercitives-lors-d'un-interrogatoire-e?destination=node%2F1618>

- Auskunftsverweigerungsrecht § 55 StPO :

<http://www.ihr-anwalt-hamburg.de/tatigkeitsbereiche/ao-bis-az/auskunftsverweigerungsrecht.html>

Introduction.....	5
Chapitre 1 : La consécration de la règle en droits français et allemand.....	15
Section1 : Le droit au silence.....	16
I. Une signification concordante du droit au silence.....	16
A. Le contours du droit au silence.....	16
1. La signification du droit au silence.....	16
2. Un droit indissociable du droit à l’avocat.....	
B. Les conséquences du silence.....	18
1. Le silence ne peut être retenu comme seul fondement de condamnation ou comme une circonstance aggravante.....	19
a. Une solution concordante en théorie dans les deux systèmes.....	19
b. Mais formaté sous la règle de l’intime conviction en France.....	21
2. Le droit au silence n’est pas un droit absolu.....	22
II. La notification du droit au silence.....	22
A. La notification du droit au silence : un droit conquis en France.....	22
1. D’une consécration floue à l’origine.....	23
2. À une reconnaissance forcée.....	24
B. Un droit acquis en Allemagne.....	25
1. Une construction fondée sur le dogmatique allemand.....	26
2. Un droit qui s’est forgé progressivement	27
III. Les destinataires du droit au silence.....	27
A. La convergence : le droit au silence à l’égard du suspect.....	28

B. La divergence : le droit au silence à l'égard du témoin.....	29
1. Le statut du témoin en droit allemand	29
2. Le statut du témoin en droit français	30
a. Le témoin assisté	30
b. Le témoin	30
c. Le témoin et le secret professionnel	31
Section 2 : Le droit de ne pas participer à sa propre accusation.....	32
I. Une signification convergente.....	32
A. Les méthodes d'enquêtes interdites.....	33
1. L'interdiction de la coercition abusive.....	33
2. L'interdiction de porter atteinte au libre arbitre.....	34
a. La fatigue.....	35
b. La tromperie et la ruse.....	36
c. Les méthodes scientifiques.....	37
B. Les mesures autorisées.....	38
1. Les mesures indépendantes de la volonté de l'individu.....	38
2. Un contour flou des mesures autorisées.....	39
II. Deux instruments différents.....	40
A. Une interdiction légale en droit allemand.....	40
1. Un cadre légal.....	40
B. Une interdiction jurisprudentielle en droit français.....	43
1. Le principe de loyauté : signification.....	43
2. La mise en application du principe de loyauté.....	44
3. le champ d'application.....	45

Chapitre 2 : La sanction des violations de la règle.....	47
Section 1: Des sanctions formellement divergentes.....	48
I. La nullité en droit français.....	48
A. Les causes de la nullité.....	48
1. Les nullités textuelles.....	49
2. Les nullités substantielles ou virtuelles.....	49
B. Les conditions de la nullité.....	50
1. Les nullités d'ordre public.....	50
2. L'exigence d'un grief.....	51
C. La mise en œuvre de la nullité.....	51
1. La juridiction compétente.....	51
a. La compétence de la chambre d'instruction.....	52
b. La compétence de la juridiction du jugement.....	53
2. L'étendue de la nullité.....	53
3. L'effet de la nullité.....	54
II. L'interdiction d'exploiter la preuve irrégulière en droit allemand : Das Verwertungsverbot.....	54
A. Une sanction subordonnée au mode de recueil de la preuve.....	55
B. Une sanction autonome.....	57
C. L'effet de l'interdiction.....	58
Section 2 : Un objectif matériellement identique.....	59
A. Protéger les droits fondamentaux de l'individu.....	59

1. Le procès équitable.....	59
2. les droits de défense.....	60
3. La présomption d'innocence.....	60
 B. Éviter les erreurs judiciaires.....	 61
Conclusion.....	63