

PREUVES HYBRIDES

L'ADMINISTRATION DE
LA PREUVE PÉNALE SOUS
L'INFLUENCE DES TECHNIQUES
ET DES TECHNOLOGIES
(FRANCE, ALLEMAGNE, GRANDE-BRETAGNE)

Fabien JOBARD

Niklas SCHULZE-ICKING

2004 – n° 96

CESDIP

Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales

Immeuble Edison - 43, boulevard Vauban - F-78280 GUYANCOURT

☎ : 33.(0)1.34.52.17.00 - ☎ : 33.(0)1.34.52.17.17

🌐 : <http://www.cesdip.com>

CONVENTION MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR / CESDIP-CNRS

RECHERCHE SUBVENTIONNÉE PAR LE CENTRE D'ÉTUDES ET DE PRÉVISIONS.

SUR APPEL D'OFFRES DU GIP.

S O M M A I R E

* _ * _ *

INTRODUCTION	9
I - TROIS ORDRES JURIDIQUES : FRANCE, ALLEMAGNE, GRANDE-BRETAGNE.....	10
II - UN EFFET DE L'HARMONISATION EUROPÉENNE : UNE "NOUVELLE PREUVE PÉNALE" ? ..	10
III - PRINCIPES GÉNÉRAUX DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE : ALLEMAGNE, GRANDE-BRETAGNE, FRANCE	12
1°) <i>L'Allemagne</i>	12
2°) <i>La Grande-Bretagne</i>	13
3°) <i>La France</i>	15
IV - LA COMPOSANTE TECHNIQUE DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LE MODÈLE CONTRADICTOIRE	15
PREMIÈRE PARTIE : LES EMPREINTES GÉNÉTIQUES	19
I - LES PISTES EUROPÉENNES.....	20
II - L'USAGE JUDICIAIRE DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN ALLEMAGNE.....	22
1°) <i>D'un droit commun à des lois particulières</i>	22
2°) <i>Un encadrement strict du prélèvement des empreintes et des traces et de leur usage</i>	24
3°) <i>Libre consentement et coercition</i>	27
A) La notion de "mis en cause" (" <i>Beschuldigte</i> ").....	27
B) Faut-il entendre la personne au préalable ?.....	28
C) Les enquêtes de population.....	28
D) Portée et limites du libre consentement	30
4°) <i>Les prélèvements et la conservation des empreintes en vue d'exploitation ultérieure à l'affaire en cours</i>	31
A) La notion d'infraction d'une particulière gravité (" <i>Straftat erheblicher Bedeutung</i> ")	32
B) La notion de nécessité.....	33
C) Le risque de réitération	33
D) Prévenus, condamnés, acquittés et exonérés de responsabilité pénale	36

5°) <i>Le fichier des données génétiques de la BKA</i>	36
6°) <i>Conclusion</i>	38
III - L'USAGE JUDICIAIRE DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN FRANCE	38
1°) <i>Les lois bioéthiques de 1994 et leurs conséquences</i>	39
2°) <i>Le libre consentement</i>	40
3°) <i>Liberté de la preuve et égalité des armes</i>	44
4°) <i>Le Fichier national des empreintes génétiques (FNAEG)</i>	46
5°) <i>Conclusion</i>	50
IV - L'USAGE JUDICIAIRE DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN GRANDE-BRETAGNE.....	51
1°) <i>L'introduction du PACE et la levée du droit de ne pas s'auto-incriminer</i>	53
2°) <i>Le degré de l'atteinte au corps et l'incidence sur le consentement</i>	54
3°) <i>La liberté de collecte et ses effets sur l'abondance du fichier</i>	55
4°) <i>Conclusion</i>	59
V - CONCLUSION SUR LA PREUVE GÉNÉTIQUE.....	60
DEUXIÈME PARTIE : LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES	63
I - LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES EN ALLEMAGNE	64
1°) <i>Un catalogue étendu d'infractions visées</i>	66
2°) <i>Encadrement de l'autorisation judiciaire</i>	68
3°) <i>L'information des personnes visées</i>	70
4°) <i>Les découvertes incidentes</i>	71
A) <i>Écoutes incidentes révélant d'autres infractions ("sachliche Grenze")</i>	71
B) <i>Écoutes révélant d'autres suspects ("personelle Grenze")</i>	74
C) <i>Découvertes et découvertes incidentes : l'efficacité des écoutes judiciaires</i>	77
5°) <i>Conclusion</i>	80
II - LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES EN FRANCE.....	80
1°) <i>La loi du 10 juillet 1991, conséquence des injonctions européennes</i>	81
2°) <i>La lecture restrictive de la notion d'interception par la jurisprudence</i>	82
3°) <i>La décision d'interception et ses composantes</i>	83
A) <i>La gravité de l'infraction</i>	83
B) <i>Les personnes susceptibles d'être visées</i>	84
4°) <i>L'exécution de la mesure</i>	86
5°) <i>Les écoutes téléphoniques et la lutte contre "les infractions de délinquance et criminalité organisées"</i>	86
6°) <i>Conclusion</i>	89

III - LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES EN GRANDE-BRETAGNE	89
1°) <i>Considérations de fond</i>	91
2°) <i>Considérations procédurales</i>	93
3°) <i>Voies de recours et information des personnes visées</i>	96
4°) <i>Conclusion</i>	101
IV - CONCLUSION SUR LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES	101
TROISIÈME PARTIE : TECHNIQUES DE SONORISATION	103
I - LA SONORISATION DES LIEUX PRIVÉS EN ALLEMAGNE	104
1°) <i>Définitions</i>	107
2°) <i>Conditions de fond</i>	108
A) Le principe de subsidiarité	108
B) Le catalogue d'infractions	109
C) Le seuil d'intervention (" <i>Eingriffsschwelle</i> ")	110
D) Personnes protégées	111
E) Objet de la sonorisation et découvertes incidentes	113
3°) <i>Conditions procédurales</i>	114
A) La décision de mise en œuvre de la mesure (§ 100d StPO)	114
B) Le devoir d'information (§§ 100e et 101 StPO)	115
4°) <i>Un moyen rare... et menacé !</i>	115
5°) <i>La sonorisation comme mesure de police</i>	117
6°) <i>La petite sonorisation : un cadre procédural strict</i>	120
A) Conditions de mise en œuvre	121
B) L'adoption de la loi	121
C) Nouvelles incertitudes jurisprudentielles autour des opérations sous couverture	122
7°) <i>Conclusion</i>	126
II - LA SONORISATION DES LIEUX PRIVÉS EN FRANCE	126
1°) <i>La "petite sonorisation" : une jurisprudence vacillante</i>	127
2°) <i>La sonorisation du domicile et du véhicule</i>	129
3°) <i>Conclusion</i>	133
III - LA SONORISATION DES LIEUX PRIVÉS EN GRANDE-BRETAGNE	133
1°) <i>Conditions d'emploi</i>	135
A) Les moyens techniques de sonorisation	135

B) L'autorisation policière de moyens policiers.....	135
C) Degré d'intrusion dans l'intimité	137
3°) <i>Valeur probante</i>	139
A) Portée effective de la section 78 du PACE et du HRA.....	140
B) Le principe de non incrimination de soi.....	142
4°) <i>L'écoute et l'infiltration</i>	144
5°) <i>Conclusion</i>	147
IV - CONCLUSION SUR LA SONORISATION	148
QUATRIÈME PARTIE : LES PREUVES TIRÉES DE	
LA VIDÉOSURVEILLANCE	151
I - LES PREUVES TIRÉES DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN FRANCE	151
II - LES PREUVES TIRÉES DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN ALLEMAGNE.....	154
III - LES PREUVES TIRÉES DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN GRANDE-BRETAGNE	157
IV - CONCLUSION SUR LA VIDÉOSURVEILLANCE	161
CINQUIÈME PARTIE : L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES	163
I - L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES EN ALLEMAGNE.....	164
1°) <i>Un dispositif de protection des acteurs fragiles</i>	164
2°) <i>La vidéo au regard des principes fondamentaux de la procédure pénale allemande</i>	165
II - L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES EN GRANDE-BRETAGNE	167
III - L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES EN FRANCE.....	172
IV - CONCLUSION SUR L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES.....	176
CONCLUSION	177
I - LA PREUVE TECHNIQUE, PREUVE PLUS FIABLE ? OU : DES RAPPORTS DU HARPON ET DU FILET.....	177
II - LA PREUVE TECHNIQUE : PREUVE MI-JUDICIAIRE, MI-SCIENTIFIQUE ? OU : DE L'ÉMERGENCE DES ÊTRES HYBRIDES	181
III - LA PREUVE TECHNIQUE, PREUVE ÉQUITABLE ET DOUCE ? OU : DU PROCÈS, DU THÉÂTRE ET DE SES COULISSES.....	185
IV - PROPOSITIONS DE RECHERCHE	188
1°) <i>Examen de la fiabilité des techniques</i>	189
2°) <i>Examen des effets de la juridicisation et de la technicisation de l'enquête sous-couverture</i>	189

3°) Examen des effets de l'introduction de la technique sur les pratiques d'interrogatoire dans l'enquête de police.....	189
4°) Examen des effets de disciplinarisation et de dissuasion de la généralisation du recueil préventif d'empreintes génétiques.....	189
SYNTHÈSE.....	191
I - LA TECHNIQUE N'A PAS INTRODUIT DE NOUVEAU RÉGIME DE LA PREUVE PÉNALE.....	192
II - LES TECHNIQUES ET LA GARANTIE DES DROITS.....	193
BIBLIOGRAPHIE	197

INTRODUCTION

Incontestables, deux mouvements sont aujourd'hui à l'œuvre dans les modes d'établissement, au sein de nos systèmes pénaux européens, de la culpabilité. D'abord, les modes de connaissance du délit et de son auteur se trouvent pris dans les capacités techniques et technologiques nouvelles qui pénètrent les répertoires judiciaires. Mais aussi, une plus grande protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au premier rang desquelles la liberté ou la dignité, enserme désormais la procédure pénale, notamment sous l'effet du recours individuel direct devant la Cour européenne des droits de l'homme.

La preuve pénale, et plus précisément ses modes d'administration, s'affirment comme points privilégiés de concentration de ces deux forces, qui semblent toutefois s'exercer en une seule et même direction. La technologisation de la preuve pénale (pensons ici à l'enregistrement audio ou vidéo des interrogatoires de police) est ainsi pensée comme le moyen par lequel la preuve se trouve protégée contre l'erreur, et la personne interrogée (témoin voire mis en examen) protégée des pressions des enquêteurs.

Une seule et même technique, au service de deux garanties : celle de la validité de preuve recueillie et celle de la liberté et l'intégrité de la personne entendue. L'importance prise par la technique dans l'administration de la preuve pénale amène donc la réflexion sur deux terrains :

- est-il juste de penser que la technologisation de l'administration de la preuve pénale contribue à cette double garantie ?
- y a-t-il un nouveau régime de la preuve pénale, et lequel, lorsque celle-ci se voit ainsi soumise à une exigence croissante de perfection ?

Ce sont ces deux ordres de problématiques que nous poursuivrons ici : interroger la double assomption selon laquelle la technique contribue à la validité de la preuve pénale en même temps qu'au renforcement de la garantie des droits individuels ; interroger l'économie nouvelle des pratiques pénales induite par l'importance croissante des techniques dans l'administration de la preuve.

L'angle d'approche retenu dans le présent projet est radicalement hypothético-déductif, au sens où nous testerons des hypothèses précises à partir d'exemples particuliers, "concrets et effectifs", tirés du répertoire des actes d'administration de la preuve pénale. Premier instrument

de cette démarche hypothético-déductive : la comparaison internationale. Nous verrons si de mêmes instruments d'administration de la preuve pénale emportent de mêmes conséquences selon les ordres juridiques internes dans lesquels ils sont à l'épreuve. Les trois ordres juridiques internes seront, pour des raisons que nous allons immédiatement développer, la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne. Ils seront essentiellement analysés au crible de l'état des législations, des discussions doctrinales et des voies jurisprudentielles. Second instrument, moins développé que le premier compte tenu du faible nombre de travaux disponible en la matière : une exploitation des recherches sociologiques qui portent sur les effets observables de l'emploi des différents instruments de preuve sur la décision judiciaire finale.

I – TROIS ORDRES JURIDIQUES : FRANCE, ALLEMAGNE, GRANDE-BRETAGNE

Nous l'avons dit en un mot : une part essentielle des transformations de l'administration de la preuve pénale en Europe est l'importance croissante prise par l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'est d'ailleurs que de mentionner les raisons d'être de la loi française de juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques pour souligner à quel point, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, évolutions techniques et protections de la liberté individuelle semblent désormais aller de pair.

Aussi, porter un regard comparatif sur la preuve "technique" comme lieu de manifestation de la garantie des libertés fondamentales impose d'engager la réflexion à partir des leçons tirées du facteur déterminant en la matière : l'eupérisation de la jurisprudence, et l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme.

II – UN EFFET DE L'HARMONISATION EUROPÉENNE : UNE "NOUVELLE PREUVE PÉNALE" ?

Mireille Delmas-Marty a insisté sur l'erreur de perspective consistant à croire que la Convention européenne des droits de l'homme exerce en Europe des effets à l'avantage de l'un ou l'autre des deux systèmes européens, le modèle accusatoire (anglo-saxon) ou le modèle inquisitoire (romano-germain). Selon elle, l'application en Europe de la Convention conduit à un dépassement de ces deux systèmes et l'émergence d'un modèle "contradictoire" de procès¹. En

¹ Cf. essentiellement DELMAS-MARTY, 1992, 1995 et 1996 ; et plus récemment DELMAS-MARTY, IZORCHE, 2000, 753-780.

matière de preuve, selon Mme Delmas-Marty, ce modèle "ne prépare pas à l'harmonisation générale du droit de la preuve, mais paraît accentuer plutôt la spécificité de la preuve pénale, à mi-chemin entre la preuve judiciaire et la preuve scientifique".

La preuve pénale serait donc pour partie preuve scientifique, et la Cour européenne des droits de l'homme tendrait à ce qu'elle le devienne toujours plus, laissant le répertoire des actes d'administration s'ouvrir toujours plus largement aux instruments techniques de recueil et de validation des indices. Mais la preuve pénale reste preuve judiciaire, et ce plus encore sous le poids de la Convention européenne des droits de l'homme, du fait de l'importance prise par le respect de la dignité et de l'intégrité individuelles (art. 3 Convention européenne), par la présomption d'innocence (art. 6 Convention européenne), par la protection de la vie privée, dispositions qui renforcent les règles de légitimité de la preuve pénale (art. 8 Convention européenne). Cette situation nouvelle des formes contemporaines de la preuve bouleverserait la procédure pénale, en même temps qu'elle façonnerait une nouvelle économie des rapports de la preuve pénale à la vérité, des rapports de la vérité substantielle à la vérité formelle.

Pourtant, en dépit de cette incontestable forme "contradictoire" de procès, les moyens employés pour recueillir les preuves restent d'abord soumises aux règles propres à chaque ordre juridique interne. Selon que les principes, formels ou non, préfèrent le pragmatisme au légalisme, selon que le juge n'intervienne dans l'administration de la preuve, selon qu'il dispose de pouvoir de sanction à l'égard des agents chargés de l'enquête ou qu'il soit lié à la légalité de la preuve, l'homogénéité de ce modèle contradictoire s'effrite, dessinant des lignes de fracture qui cependant ne recourent pas nécessairement l'ancien partage accusatoire/inquisitoire. Les spécificités nationales en la matière ne sont ainsi pas nécessairement des résistances de formes anciennes ou abolies par l'harmonisation européenne. C'est pourquoi elles doivent être étudiées, non comme archaïsmes, mais comme tableaux comparés des schèmes de "traduction", en droit interne, des contraintes externes. Or, c'est dans le domaine des moyens techniques, et au sein de ces trois pays, qu'apparaissent peut-être avec le plus d'acuité, sinon de clarté, les nouvelles redistributions des cartes entre les moments et les acteurs de la chaîne pénale.

C'est là la raison pour laquelle nous avons retenu ces pays, et ces techniques, les mieux à même de montrer quelles marges d'interprétation (des jurisprudences européennes), puis d'action (laissée aux acteurs judiciaires et policiers de l'enquête) l'émergence de ce modèle de procès contradictoire concède encore.

III – PRINCIPES GÉNÉRAUX DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE : ALLEMAGNE, GRANDE-BRETAGNE, FRANCE

Les trois pays ont été retenus en raison des fondements juridiques qui encadrent sous le double jour des techniques et des libertés individuelles, l'administration de la preuve pénale : soumis à l'homogénéisation européenne, ils frappent néanmoins l'observateur par une grande diversité, qui est l'élément majeur pour lequel ils seront convoqués dans notre étude.

N'évoquons que les traits les plus généraux de cette diversité (en évinçant ici le cas français, que l'on considérera comme connu). En Grande-Bretagne, la procédure pénale, accusatoire, dépourvue de fondement constitutionnel, ne s'est dotée de principes fondamentaux en la matière que par le *Human Rights Act* de 1998, applicable au 2 octobre 2000, qui inclut les dispositions de la convention européenne dans le droit interne. En Allemagne, la procédure pénale, inquisitoire, est contrainte à une stricte conformité à la Loi fondamentale et se trouve soumise à un très fort encadrement légal. En France, la procédure pénale, là aussi inquisitoire, ne dispose cependant pas des mêmes garanties constitutionnelles internes (en raison principalement de la saisine du Conseil constitutionnel par voie d'action et du fait que la loi ne fixe que les règles générales en la matière).

Ces trois ordres juridiques diffèrent donc essentiellement selon l'ancrage constitutionnel de l'administration de la preuve et, en conséquence, selon l'influence distincte qu'y exercent respectivement ces deux facteurs majeurs des transformations de l'administration de la preuve pénale que sont la jurisprudence européenne et le recours aux moyens techniques.

1°) L'Allemagne

En Allemagne, tout ce qui est essentiel doit être fixé par la loi : tel est le principe jurisprudentiel ("*Wesentlichkeitsprinzip*") autour duquel se construit l'administration de la preuve pénale. Celle-ci étant considérée, par définition, comme un mode d'intervention de l'État dans la sphère des libertés individuelles, elle relève du principe de l'essentialité (art. 2 Loi fondamentale – *infra* "LF") et se voit fixée par la loi. Autre principe fixé par la loi, le principe d'immédiateté ("*Unmittelbarkeitsprinzip*") établit que le juge doit trancher sur la foi de sa conviction personnelle, exempte de doute, pour prononcer une condamnation (§ 261 code de procédure pénale – "*Strafprozeßordnung*", *infra* "StPO"), principe selon lequel, par exemple, l'interrogatoire policier d'un témoin n'annule pas sa déposition à la barre, seul moment, *in fine*, sur lequel se fonde le juge (§§ 155 et 244-2 StPO).

Différents moyens de preuve peuvent être mobilisés selon leur degré de coercition en fonction du degré de soupçon que cristallise contre elle une personne donnée. La notion de soupçon ("*Verdacht*" ou bien "*Tatverdacht*") est définie en droit allemand de manière essentiellement procédurale. Chaque degré de soupçon ouvre droit à une procédure particulière. On distingue ainsi :

- ***Anfangsverdacht*** – simple soupçon

Le "simple soupçon" (en allemand : "début de soupçon") est constitué d'un nombre suffisant d'éléments faisant raisonnablement croire qu'une infraction a été commise. En vertu du principe de légalité, le procureur doit engager des poursuites (§ 152 StPO).

- ***Hinreichender Tatverdacht*** – soupçon étayé

Le "soupçon étayé" (en allemand : "soupçon suffisant") vise une personne particulière, sur laquelle pèse une présomption de culpabilité telle qu'elle est l'objet d'une procédure judiciaire ("*Hauptverfahren*").

- ***Dringender Tatverdacht*** – soupçon impérieux

Le "soupçon impérieux" vise celui sur lequel pèse une forte présomption de culpabilité, manifestée par le fait qu'elle peut être placée en détention provisoire (§ 112 StPO).

Enfin, on notera ces deux fondements des rapports entre police et autorité judiciaire : principe de légalité, obligation faite de poursuivre tout ce que la loi définit comme infractions ; principe de stricte séparation entre police administrative (*Gefahrenabwehr*), régie par le *Polizeirecht*, et police judiciaire, encadrée par le *StPO*. Cela a pour conséquence, en ce qui touche à l'administration de la preuve, que, formellement, toute administration de preuve qui ne relève que de l'enquête, sans intervention du procureur, n'est pas admis : on pense ici aux surveillances par infiltrations, aux informations recueillies par informateurs, aux écoutes de véhicules et de domiciles individuels ("*großer Lauschangriff*"), aux installations de surveillance vidéo des espaces publics... Or ce sont tous ces éléments, précisément, par lesquels les enquêtes sociologiques sur le travail de police judiciaire en Allemagne n'hésitent plus à conclure à la tombée en désuétude des deux fondements énoncés plus haut, principe de légalité et surtout partage entre police administrative et police judiciaire.

2°) La Grande-Bretagne

De ce point de vue, la spécificité remarquable de la Grande-Bretagne consiste en l'absence de garantie constitutionnelle, voire législative, des procédures visant l'administration de la preuve

pénale. Le *Human Rights Acts* de 1998, appliqué à partir d'octobre 2000, confère désormais à la loi le soin de définir ces pratiques, autrefois seulement encadrées par la jurisprudence. Autre spécificité, là encore principalement au regard de l'Allemagne : il n'est en Grande-Bretagne pas de distinction formelle entre les activités de police administrative et les activités de police judiciaire, ce qui n'est pas sans conséquences, par exemple, sur la valeur probante d'images tirées de la vidéosurveillance des espaces publics ou bien sur le régime des écoutes téléphoniques.

À cela, bien sûr, il faut ajouter le caractère accusatoire de la procédure pénale, qui induit une bien plus grande importance donnée aux preuves rassemblées par les parties en présence, et à la phase d'audience. Enfin, le droit de la preuve est tout entier commandé par le fait que des éléments n'acquièrent leur statut (juridique) véritable de preuve qu'au stade de l'audience, devant le juge qui apprécie avec une grande liberté le matériel probant soumis à son examen. Cette phase est soumise au principe de l'oralité, premier garant de l'équité du procès ("*fairness of proceedings*"). Le juge doit ici être en mesure de contrôler les preuves en vue de déterminer leur valeur probante.

Le "*Police and Criminal Evidence Act*" de 1984 a été la première loi visant la codification de la procédure pénale, notamment dans son volet visant l'enquête de police, ce aux fins de mieux équilibrer les objectifs tenant à la réduction de la criminalité, ceux tenant à la protection des libertés individuelles et ceux réduisant le risque d'erreur judiciaire. La conséquence a été double. D'une part, la police s'est vue acquérir des moyens plus importants, permettant la consolidation de la valeur probante des preuves qu'elle collecte. Mais d'autre part, la légalité des moyens de la preuve s'est vue renforcée (même si, en matière d'aveu par exemple, le juge conserve la liberté de retenir une preuve irrégulière), soumise à une nécessaire conformité au "*Code of practices*" tiré du PACE. Et aujourd'hui, complétée par le PACE de 1991, le "*Criminal Justice and Public Order Act*" de 1994 et le PACE de 1997, ainsi que les *Codes of practices* qui en accompagnent les rédactions successives, l'administration de la preuve pénale britannique voit désormais son régime de plus en plus soumis à tout un ensemble de règles qui, avec le "*Human Rights Act*" de 1998, viennent à bouleverser les rapports entre moyens et valeur de la preuve et à redéfinir les rapports de force, dans la chaîne pénale, entre le juge et les autres intervenants de l'enquête. Tout récemment, le "*Criminal Justice Act*" adopté le 20 novembre 2003 est venu modifier le régime de la preuve, et encadrer un peu plus le pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge.

3°) La France

Trois principes guident le droit de la preuve en France : le principe de légalité, la liberté de la preuve, l'intime conviction du juge. Le principe de légalité veut que le code de procédure pénale définisse à peine de nullité tout un ensemble d'actes d'enquête, comme les auditions et interrogatoires, les perquisitions et les saisies, ou encore les écoutes téléphoniques. Toutefois, l'art. 427 CPP énonce la liberté de la preuve en matière pénale : "hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve". Le juge, précise le même article, rend ses décisions selon son intime conviction.

IV – LA COMPOSANTE TECHNIQUE DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE ET LE MODÈLE CONTRADICTOIRE

Nous avons esquissé à la fois le modèle que dessine l'impact de l'eupérisation sur la procédure pénale et les traits généraux des trois modes d'administration de la preuve en Allemagne et en Grande-Bretagne. De ces deux esquisses ressortent une indéniable convergence des modes d'administration de la preuve : importance croissante de la légalité de la preuve (et déclin subséquent de la liberté d'appréciation du juge) ; renforcement de la part prise par la phase pré-pénale, que vient consolider en même temps que contrebalancer la codification renforcée de l'administration de la preuve et du travail de police judiciaire. Mais cette ressemblance couvre des foyers de tension, d'intensité inégale, précisément, selon la constitution des ordres juridiques internes.

Tension entre l'exigence accrue de validité de la preuve et la défense de la liberté de la preuve, que l'on retrouve sous une forme manifeste en Grande-Bretagne, sous une forme atténuée en Allemagne et en France. Tous les instruments techniques de collecte d'information ont pour effet d'attiser cette opposition. Tension, également, autour de l'aveu. Il reste, notamment dans la procédure de "plaider-coupable" britannique (et bientôt française ?), la preuve reine, et le souci accru de protection des libertés individuelles qui consolide la validité de l'aveu et renforce, au final, sa valeur probante. Mais c'est cette même exigence de validité des preuves qui conduit la preuve technique ou l'expertise, au cours de cette phase d'enquête dont l'importance grandit, à occuper une place de premier ordre dans la valorisation des preuves, et donc en retour à négliger la part de l'aveu.

Ces deux tensions se greffent autour des techniques d'administration de la preuve ; et leur intensité diffère selon l'ordre juridique dans lequel elles se manifestent. Ainsi, l'examen exhaustif

de quelques moyens techniques de preuve, que nous déclinerons dans chacun des pays en question, permettra de mesurer ces foyers de conflits et d'incertitudes et, par là, la place respective laissée aux différents acteurs de la chaîne pénale dans l'administration des preuves.

Sur chacun des domaines évoqués ci-dessous, l'étude a été menée sur trois fronts :

1°) Les actes d'administration de la preuve que nous avons évoqués ont souvent fait l'objet de décisions jurisprudentielles ou législatives très récentes. Nous avons donc procédé à une présentation actualisée (au 1^{er} octobre 2004) de l'état de l'administration de la preuve dans chacun de ces domaines.

2°) Sur chaque technique retenue, nous avons maintenu une attention forte à l'égard de la réception du droit européen, veillant à contrôler l'hypothèse d'émergence d'un modèle contradictoire à l'échelle européenne.

3°) Nous avons ensuite tenté, là où des études empiriques existent, d'évaluer les effets de l'introduction ou de la consécration de ces pratiques sur le travail de police judiciaire (ces techniques sont-elles employées, et selon quel volume ?) et sur la décision judiciaire (y a-t-il alignement de la décision judiciaire sur la scientificité de la preuve ?).

Ces trois questionnements ont été menés à l'aune de cinq dispositions techniques, de degrés divers, du reste (et c'est ce qui fait l'intérêt de leur mobilisation ici), de "technicité" ou plutôt de pureté à l'égard du "facteur humain" : les empreintes génétiques (première partie), les écoutes téléphoniques judiciaires (deuxième partie), les techniques de sonorisation ou de captation d'images des lieux privés (troisième partie), l'usage judiciaire des images tirées de la vidéosurveillance des espaces publics (quatrième partie), l'enregistrement sonore ou vidéo des interrogatoires policiers (cinquième partie).

À divers degrés, ces dispositifs visent à garantir de leur onction la fiabilité (technique) et, par voie de conséquence, la validité (judiciaire) des preuves recueillies. Notre étude porte, on le voit bien, sur les techniques existantes et, on pourrait dire, "réellement existantes", au sens où elles ont eu, dans l'un ou l'autre des droits internes au moins de ces trois pays, le temps d'être accueillies, adoptées voire transformées par les décisions juridictionnelles et les avis doctrinaux. Nous ne travaillons pas sur les techniques les plus en pointe, parfois expérimentées ailleurs (comme les outils d'enquête en cyber-criminalité ou divers instruments de détection de mensonges), mais sur les techniques déjà connues et éprouvées.

En réalité, nous avons pu distinguer à plusieurs reprises ce qui se trouve modifié par les transformations de l'administration de la preuve : les rapports entre les différents acteurs de la chaîne pénale (principalement police et autorité judiciaire), sur lesquels viennent peser le

législateur et la jurisprudence européenne : victime, mis en cause, juge et procureur, policier, expert.

Nos outils de travail ont donc été, sur chacun des points, les trois suivants :

- débats parlementaires ;
- étude de la jurisprudence, puisque l'examen des actes d'administration de la preuve pénale et des conflits qu'ils suscitent ne peut se lire qu'à travers les cas concrets dont sont saisies les juridictions ;
- recherches sociologiques visant la mesure (quantitative) de l'emploi de ces instruments, les contextes de leur utilisation et leurs effets (qualitatifs) sur la décision judiciaire finale (encore rares en France, ces travaux sont amplement développés dans les deux autres pays de notre comparaison, élément qui a contribué à arrêter ce choix).

Le travail porte donc exclusivement sur des textes : doctrine juridique et littérature sociologique ; lois et documents préparatoires ; jurisprudence. À travers eux seront identifiées les marges de manœuvre des acteurs que nous avons cités, afin que soient tirés au clair, sur chacun des cas retenus, quels acteurs font quoi, dans quel contexte, avec qui et à quelle fin.

Problème posé, avant tout, au praticien de l'enquête pénale, l'administration de la preuve sera ici, donc, examinée pour l'essentiel sous l'angle de l'action concrète des intervenants placés en situation d'avoir à trouver le vrai au moyen d'instruments toujours plus fiables et plus codifiés, dans un contexte de contrôle accru des pratiques.

Là est posé tout l'enjeu épistémologique d'un examen comparé de l'administration de la preuve pénale. Si les sociologues contemporains des sciences font une place toujours plus grande aux logiques de situation, à "la vie de laboratoire", entrelacs d'interactions humaines avant d'être lieu neutre de production d'une science pure et désintéressée, si la preuve pénale se fait toujours plus surveillée, mais aussi toujours plus scientifique, alors notre conclusion aspirera-t-elle, au moyen de ces textes, à mettre au clair les rapports spécifiques des hommes et de la technique lorsque se fait la nécessité d'identifier et de juger le criminel.

PREMIÈRE PARTIE

LES EMPREINTES GÉNÉTIQUES

L'identification par ADN fut employée en Grande-Bretagne dans l'élucidation d'une affaire de cambriolage et viol, en 1987. Elle permet l'identification de corps (prélèvements à partir des cellules osseuses), l'identification du père ou de la mère biologiques, l'identification de l'ADN agresseur à partir des cellules laissées sur les lieux du crime². La fiabilité des prélèvements est liée au fait que l'ADN est une propriété non modifiable au cours de la vie et que dix répétitions d'une séquence ADN sur un même prélèvement assurent une quasi-élimination de toute répétition d'un individu à l'autre ; cette fiabilité fait aujourd'hui de l'ADN, sous la plume de nombreux professionnels, la "reine des preuves"³, dont la force probante a tout autant le pouvoir de disculper que d'inculper. "Le corps humain et ses produits (cellules, sang, sécrétion, sperme, haleine), se transforment en supports d'une preuve que l'on peut appeler corporelle"⁴. Effet de cette euphorie pour la technique, on compte aujourd'hui dans le monde une quarantaine de bases policières ou judiciaires de données génétiques, la moitié d'entre elles en Europe⁵.

Cette consécration de la preuve génétique, soutenue aujourd'hui par la presse et l'opinion publique, menace toutefois la liberté de la preuve pénale et l'intime conviction du juge. La suprématie apparente de l'ADN comme moyen de preuve repose en outre seulement sur sa fiabilité technique ; reste le volet de l'interprétation des résultats de l'expertise, qui relève, elle, de la confrontation aux moyens de preuve traditionnels de l'enquête judiciaire. Si une "trace" génétique, en effet, indique bien qu'un individu a été en contact, à un moment ou un autre, avec un autre individu ou avec un objet quelconque, rien n'est dit sur les circonstances de la rencontre : telle relation sexuelle fut-elle forcée, ou consentante ? Tel cheveu prélevé dans la pièce du meurtre est-il suffisant pour imputer l'acte au porteur du cheveu en question ? S'est-on assuré, avant l'expertise et les conclusions, d'une absence absolue de "pollution" du prélèvement par des

² DOUTREPEMUICH, DOUTREPEMUICH, 2001, 25-32. Nous ne traiterons pas ici de la preuve génétique en matière civile (reconnaissance ou déchéance de paternité, etc.), domaine dans lequel par exemple le refus de consentir à un prélèvement semble offrir selon la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation un outil substantiel d'incrimination (*cf.* MILANOVA, 2003, 1776-1777).

³ NECCHI, 2001, 35. Dans le même recueil, c'est un juge d'instruction qui loue la "sécurité judiciaire" renforcée par le recours à la génétique, dont l'avantage consiste en "un changement salubre des habitudes d'enquête avec une priorité donnée à la preuve scientifique sur les autres modes de preuve" (PIOT, 2001, 120).

⁴ MILANOVA, 2003, 1756.

⁵ INTERPOL DNA UNIT, 2003.

tiers, ou par de mauvaises manipulations, qui ont conduit au mélange de deux traces sanguines ? La fiabilité technique de la preuve génétique est en effet devenue telle, notamment depuis l'analyse mitochondriale, que les expertises peuvent être menées sur des fragments infimes, par exemple sur la trace résultant du contact entre la peau et une surface quelconque (une poignée de porte, un clavier d'ordinateur), ce qui multiplie les génomes prélevés et complexifie l'appréhension des faits par le juge ou les enquêteurs⁶.

Au delà de la question de la fiabilité du moyen, les questions cette fois de protection de l'intégrité individuelle et de protection de la vie privée se posent, relatives au consentement de la personne au prélèvement dont elle peut être l'objet, ainsi qu'aux fichiers d'enregistrement et de conservation des identités génétiques. On gardera également à l'esprit le coût financier actuel de cette technique : si l'analyse d'une empreinte génétique coûte actuellement entre 50 et 100 €uros, le recueil et l'analyse de traces sur une scène de crime coûte jusqu'à vingt fois ce montant⁷.

I – LES PISTES EUROPÉENNES

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 10 février 1992 une recommandation R (92) 1 sur l'utilisation des analyses de l'ADN dans le cadre du système de justice pénale. Cet instrument sans force contraignante indique toutefois un certain nombre de problèmes et quelques pistes pour les résorber⁸. En particulier, le point n° 3 recommande de ne pas utiliser, dans le cadre pénal, des prélèvements effectués à des fins médicales. Les échantillons prélevés doivent faire l'objet d'utilisations ciblées. Le point n° 8 porte sur la conservation des prélèvements et des informations produites par l'analyse. Il est recommandé de ne pas les conserver après une décision finale. Données et informations doivent être détruites ; mais le Comité envisage la possibilité de les conserver si la personne le demande, si aucun individu n'est reconnu coupable ou bien si on ne peut les attribuer à personne. En outre, lorsque la sûreté de l'État est en jeu, le droit interne peut prévoir la conservation. Le fichier qui viendrait conserver et ordonner les résultats doit faire l'objet d'une loi. Le point n° 9 évoque l'égalité des armes devant la procédure pénale (principe de procès équitable – art. 6 Convention européenne des droits de l'homme) : "Les États devraient assurer que l'analyse de l'ADN en tant que moyen spécifique de preuve soit accessible de la même manière à la défense, soit par décision d'une autorité judiciaire,

⁶ Cf. les points de vue convergents du praticien (*Kriminalistik*, 2003, 497-499) et de l'analyste (NOGALA, 2003, 29-30).

⁷ NOGALA, 2003, 31. Les coûts sont appelés à baisser, toutefois, ou bien les facilités techniques à s'accroître : la société allemande "Nanogen" propose ainsi aujourd'hui des instruments portables de recueil et analyse d'empreintes, dont le temps de travail total est de vingt minutes... Ces instruments ne sont toutefois pas encore employés.

⁸ TAK, VAN EIKEMA HOMMES, 1993, 679.

soit par l'intermédiaire d'un expert indépendant. Lorsque la quantité de substances disponibles pour des analyses est limitée, il y a lieu de veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée aux droits de la défense". Le point n° 10 vise à encourager la normalisation des techniques.

Une résolution adoptée le 9 juin 1997 par le Conseil des ministres de l'Union européenne encourage cette fois la création de bases de données ADN nationales et l'échange des résultats des analyses fondées sur des segments non codants dans le but d'établir une base de données européenne.

La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, a été amenée à préciser tout un ensemble de principes en matière d'usage des sources ADN dans des procédures pénales. Ces principes découlent bien sûr de l'art. 6 de la Convention européenne, et appellent d'une part à l'égalité des armes (qui sous-entend le respect des droits de la défense et la nécessité d'un débat contradictoire) et d'autre part à la loyauté des preuves (qui sous-entend notamment le principe du contradictoire dès le stade de l'expertise pénale, notamment lorsque cette expertise a des incidences décisives sur la procédure)⁹.

CEDH "Barbera, Messegué et Jabardo", 6 décembre 1988, impose de manière générale le principe de l'équité dans la poursuite pénale et fait du juge le garant ultime, y compris contre la technique, de ce principe : "S'il revient, en principe, aux juridictions internes d'apprécier les éléments de preuve recueillis par elles, il lui appartient de rechercher si la procédure dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve à charge et à décharge, a revêtu un caractère équitable". Dans CEDH "Saunders c/ Royaume Uni", 17 décembre 1996, la Cour ne s'oppose pas, au regard des articles 2-1 et 8-1 de la Convention européenne, à des prélèvements forcés, mais précise que ces "pouvoirs coercitifs" doivent être prévus et encadrés par la loi, laquelle devra offrir les garanties minimales en matière de protection de l'individu et de son intégrité. Bien entendu, en ce qui concerne les traces recueillies sans intervention sur le corps de la personne, donc indépendamment de sa volonté, la Cour pose dans la même décision que le "droit à ne pas s'incriminer soi-même" ne saurait s'opposer à l'expertise. CEDH "Sanders" établit ainsi une distinction entre le consentement à l'identification, qui n'est pas requis, et le consentement au prélèvement, qu'une loi expresse peut contredire.

⁹ RENUCCI, 2001, 242-246. La France est souvent l'objet de décisions de la CEDH en la matière, puisque le système français a consacré le caractère non contradictoire de l'expertise (par exemple : *Montovanelli c/ France*, JCP, 1998-I-107 n°24 (obs. Renucci), cf. RENUCCI, 2001, 244, ainsi que MARGUÉNAUD, 2000, 111 *et suiv.*).

II – L'USAGE JUDICIAIRE DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN ALLEMAGNE

1°) *D'un droit commun à des lois particulières*

Les expertises génétiques ont toujours été conduites sur la base de § 81a StPO, qui assimilait les expertises génétiques aux expertises visant l'identification des groupes sanguins à partir de traces relevées sur les scènes de crime. Une telle assimilation reposait sur le fait que l'expertise génétique porte sur des secteurs non codants du génome¹⁰.

Cette pratique fut admise par la "Cour de justice fédérale " ("*Bundesgerichtshof*" – *infra* "BGH") dans une décision du 21 août 1990¹¹. Le BGH considérait cependant les inquiétudes exprimées par une partie de la doctrine à l'égard d'un emploi étendu et incontrôlé de ces analyses génétiques¹², mais s'appuyait cependant sur le caractère non codant du génome pour attester de la conformité aux principes généraux du droit allemand, notamment relatif au secret des données individuelles. Cette considération s'étendait alors également aux enquêtes de population ("*Reihenuntersuchungen*"), comme celle engagée auprès de 750 conducteurs recensés de véhicules de marque Porsche, dans la région de Stuttgart, en 1996 (*cf. infra*).

Toutefois, cette assurance tranchait avec l'inquiétude publique quant à une utilisation extensive des empreintes génétiques par l'autorité judiciaire, au recueil d'informations touchant à la partie codante, et de manière générale à la matière génétique et la multiplicité de ses usages. § 81a StPO ne semblait pas, aux termes de la discussion publique ou des positions de l'opposition d'alors (SPD et Verts), offrir les garanties suffisantes de protection de l'intégrité corporelle et de la dignité humaine. Le gouvernement introduisit un projet de loi le 26 novembre 1993 visant simplement à consacrer ces pratiques d'enquête par la loi, permettant ainsi à l'esprit public de se saisir de cette question. L'opposition SPD déposa également une proposition de loi en ce sens, en novembre 1995, qui s'opposait à la création de fichiers d'empreintes génétiques. Les deux textes furent examinés par la Commission des lois ("*Rechtsausschuß*"), qui soumit en février 1996 une proposition aux deux assemblées, aux termes de laquelle elle acceptait le texte gouvernemental par elle amendé et rejetait la proposition de l'opposition emmenée par le SPD et les Verts.

Dans sa proposition, le SPD avait souhaité voir engagée une expertise moléculaire uniquement en cas de "soupçons impérieux" ("*dringender Tatverdacht*")¹³. Le groupe entendait par là

¹⁰ LG* Heilbronn JR 1991, 31 : la richesse d'informations personnelles dévoilées par l'expertise est "à peu près nulle".

¹¹ *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2944.

¹² *Cf.* notamment KELLER, 1989, 2289 ; GÖSSEL, 1991, 31. La doctrine acceptait toutefois en majorité le caractère conforme au droit d'expertises ne visant pas la partie codante du génome (KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 81a Rn. 36 ; LÜHR, 1992, 929).

¹³ Sur les différentes notions de soupçons, *cf.* encadré 1.

éviter que le "silence corporel" en cas d'enquête de population, fondée sur le libre consentement, ne se transformât en indice de culpabilité ouvrant droit à la voie coercitive (BT-Drs. 13/3116, 7). Au cours de la discussion parlementaire, toutefois, le SPD se rangea à la position gouvernementale.

La loi dite "loi sur l'analyse ADN" ("*DNA-Analysegesetz*"), adoptée le 22 mars 1997, créa les §§. 81e et 81f StPO. La loi, conformément à un amendement du *Bundesrat* en ce sens, précisait de manière explicite que les expertises génétiques ne pouvaient être menées qu'à partir de secteurs non codants. Par ailleurs, dans tous les cas, le prélèvement devait être soumis à une ordonnance préalable du juge de l'instruction ("*Ermittlungsrichter*", juge chargé des conditions de légalité des enquêtes¹⁴).

Très vite, cependant, le législateur a recherché les moyens de constituer un fichier de données génétiques visant les recoupements en vue de recherches sur des affaires à venir, et non plus seulement de l'élucidation d'affaires pendantes. Ce fut l'objet de § 81g StPO introduit par la "Loi sur l'identification par l'ADN" ("*DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes*" – *infra* "DNA-IFG"), promulguée le 11 septembre 1998 (l'une des dernières lois prises sous un gouvernement Kohl). Là encore, la loi introduite par le groupe parlementaire CDU-CSU en mai 1998, sur proposition du Land de Bavière au *Bundesrat*, trouva le soutien des parlementaires SPD et CDU-CSU, et l'hostilité des Verts et des néo-communistes PDS.

Le 17 novembre 1998, par une proposition de loi, le groupe CDU-CSU (qui venait de regagner les bancs de l'opposition, pour la première fois depuis 1983) entreprit de modifier la DNA-IFG. Le texte envisageait de confier aux autorités régionales de police et aux Länder d'une part le pouvoir de consulter le fichier, et d'autre part de définir, chacun pour les crimes jugés dans les juridictions de leur territoire, les délits qui ouvraient droit à l'enregistrement. L'appréciation de la gravité requise des infractions resterait ainsi à l'appréciation *ad hoc* des Länder. Par ailleurs, le texte souhaitait l'enregistrement massif de l'ensemble des personnes déjà condamnées, et ce, sans limitation très précise des infractions commises. Le gouvernement Schröder donna la priorité à l'examen d'une proposition émanant en mars 1999 du groupe SPD-Verts, qui permit en effet le relevé d'empreintes sur les personnes déjà condamnées ("*rechtskräftige Verurteilte*") en vue de la résolution d'affaires futures, mais qui entoura cette possibilité de conditions de fond extrêmement précises.

¹⁴ Le "*Ermittlungsrichter*" ne conduit pas les investigations, qui restent confiées au ministère public ("*Staatsanwaltschaft*"). Il veille à la régularité des actes d'instruction qui lui sont soumis, voire accorde par ordonnance au procureur le pouvoir de mener un certain nombre d'actes qui nécessitent son autorisation préalable, comme c'est le cas, ici, en ce qui concerne le prélèvement puis l'analyse génétique. De manière générale, sa compétence vise l'ensemble des actes qui touchent à la liberté individuelle.

Au final, la force probante des expertises génétiques est élevée au rang de ce que l'on appellerait en français un "indice grave" ("*bedeutsames Indiz*"), et ce autant aux fins d'identification d'un auteur que de disculpation (BGH JZ 1993 p. 102). Il s'agit donc d'un élément plus probant qu'un simple soupçon ("*Tatverdacht*"), mais qui ne revêt pas le caractère d'une preuve définitive, qui par essence dispenserait bien sûr de la recherche d'autres moyens, comme le rappelle là encore la jurisprudence du BGH¹⁵. L'opportunité de l'analyse génétique est mesurée à l'aune de la gravité du délit et de la proportionnalité des moyens d'enquête aux faits constatés ; ce dernier principe ayant été posé avant même l'adoption de la DNA-IFG par le tribunal constitutionnel¹⁶. Toutefois, il n'est pas requis que les autres moyens d'enquête aient été épuisés¹⁷.

Les débats sur la criminalité sexuelle relancent épisodiquement des discussions autour des empreintes génétiques en matière judiciaire et notamment du fichier des empreintes en vue des affaires à venir¹⁸, sans pour autant toucher désormais à la substance de textes qui semblent pour l'essentiel être stabilisés. Ainsi, le 19 décembre 2003, le Bundestag a adopté de nouvelles dispositions législatives en matière de lutte contre la délinquance sexuelle ("*Sexualstrafrecht*"), qui modifient les règles visant le recueil des empreintes en vue de l'élucidation d'affaires à venir.

2°) Un encadrement strict du prélèvement des empreintes et des traces et de leur usage

Rappelons que le système allemand de la liberté de la preuve laisse une moindre part à la libre admissibilité des preuves que le droit français, et souscrit tend à exclure toute preuve non expressément autorisée par la loi : c'est la technique, notamment, "de l'énumération des preuves recevables"¹⁹.

Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle a très tôt précisé, pour mieux le protéger, le domaine de l'intégrité corporelle, et ce notamment par la "théorie des sphères", qui distingue une "sphère intime" (d'où toute force publique doit être exclue) et une "sphère privée" (où des services d'enquête peuvent seulement intervenir lorsqu'est respecté le principe de la

¹⁵ BGH, 1994, *NS/Z*, 554.

¹⁶ BVerfG, 1996, *NJW*, 771.

¹⁷ EISENBERG, 1999, Rn. 1687a.

¹⁸ Pour donner un ordre d'idée de l'état de l'opinion publique sur cette question, une sorte de sondage dépourvu de valeur scientifique, effectué auprès des usagers d'un service Internet (<http://www.gmx.de>) le 15 mars 2001, montrait que, sur 25 261 personnes qui répondirent à l'une des cinq réponses possibles à la question "les empreintes génétiques de tous les hommes doivent-elles être enregistrées ?", un quart préféraient la réponse "oui, cela simplifierait l'élucidation des crimes sexuels et dissuaderait", un autre quart souhaitait l'enregistrement de "seulement les données des condamnés", un troisième quart répondait "Quoi ? Tous les hommes sont donc des criminels potentiels ?", 14 % s'y déclaraient opposés ("Non, les données pourraient trop facilement tomber en de mauvaises mains") et 4 % se contentaient de choisir la réponse "De toutes façons, ça ne sera jamais voté".

¹⁹ HUNERFELD, 1992, 59-60.

proportionnalité des moyens de preuve). Ni le principe de proportionnalité, ni l'intérêt supérieur de la collectivité n'autorisent l'intrusion dans la sphère intime, par quelque moyen que ce soit. En ce qui concerne les cellules prélevées aux fins d'expertises génétiques, le tribunal constitutionnel considère ainsi que les éléments non codants du prélèvement relèvent en réalité de la sphère privée ; au contraire des éléments codants qui, dès lors qu'ils permettent d'isoler des informations relatives au patrimoine génétique, relèvent de la sphère intime. Le tribunal constitutionnel a très tôt posé l'exigence de destruction de tout matériel permettant la connaissance du patrimoine génétique²⁰.

Toutefois, la loi récemment prise sur la répression des actes de délinquance sexuelle (loi du 19 décembre 2003) autorise désormais, et sans autorisation préalable du juge de l'instruction ("*Ermittlungsrichter*"), l'analyse de traces génétiques en vue l'identification du sexe de la victime, lorsque les autres outils ne permettent pas cette identification (*cf.* modification du § 88 StPO, sur l'autopsie)²¹. Cette possibilité rompt, à la suite de ce qui fut introduit dans les législations suisse et néerlandaise, avec le principe fondamental d'interdiction des analyses de génomes codants²².

De même, la loi prévoit un strict encadrement des procédures visant le prélèvement, puis l'usage des cellules. Tout prélèvement non consenti doit être fondé sur une décision judiciaire, sous peine de nullité : la loi soumet le prélèvement forcé d'éléments corporels (détachement d'un cheveu ou prise de sang) à l'autorisation du juge de l'instruction ("*Ermittlungsrichter*"). Lorsque les nécessités de l'enquête l'exigent ("*Gefahr im Verzug*"), le procureur ou des policiers hauts gradés peuvent procéder au détachement d'un cheveu ou à une prise de sang, mais le juge de l'instruction doit ensuite donner son accord en vue des expertises. Ainsi, si §§ 81a Abs. 2 et 81c Abs. 5 StPO prévoient une compétence exceptionnelle du parquet et de ses auxiliaires pour décider du prélèvement de substances aux fins de recherche moléculaire génétique, la décision de procéder à un examen sur ces prélèvements incombe seulement au juge, qui désigne l'expert habilité à y procéder. Cette désignation doit figurer dans l'ordonnance écrite d'examen produite par le juge.

En ce qui concerne la collecte d'éléments corporels laissés sur la scène de crime, cas de figure dans lequel, par définition, le consentement n'est pas en jeu, les traces peuvent être recueillies et analysées, seulement, là encore, sur autorisation du juge ("*Richtervorbehalt*"). Dans les deux cas (prélèvement forcé ou collecte de traces anonymes), il n'y a pas de limitation en termes

²⁰ BVerfG, 1996, NJW, 771-772 ; BVerfG, 2001, NJW, 879-880.

²¹ Cette mesure, prise dans le train de celles visant à réformer le code des infractions de nature sexuelle ("*Sexualstrafrecht*"), allège donc le formalisme entourant la collecte des traces génétiques, pourtant accru un an auparavant (loi du 6 août 2002 – *cf. infra*), qui exigeait l'intervention du juge afin d'autoriser l'analyse de traces sur les lieux de crimes.

²² NOGALA, 2003, 32.

de types d'infractions commises : seule joue l'appréciation du juge de la pertinence de la mesure aux fins d'identification de l'auteur. Ainsi, ces cinq dernières années, 87 % des environ 11 000 ordonnances de collecte de traces prises par les juges concernaient des traces trouvées sur les lieux de vols et vols avec effraction commis sans acte de violence²³.

Ces précautions ont été prises afin de garantir la plus grande fiabilité technique du recueil des matières corporelles, mais aussi pour soumettre l'expertise aux normes fondamentales de la procédure pénale. Si bien que toute collecte qui n'est pas menée selon une ordonnance judiciaire et, en conséquence, selon toutes les règles techniques requises (§§ 81a et 81c StPO), ne peut se prêter à l'analyse génétique. Cette disposition vise le recueil d'empreintes sans le consentement de la personne : un cheveu recueilli dans la cellule de garde à vue, voire la salive prélevée sur le mégot de la cigarette fumée par la personne interrogée en garde à vue, ne peuvent se prêter à l'expertise. La même disposition vise également, depuis la loi du 6 août 2002, les traces recueillies sur une scène de crime ou de délit : désormais, l'ordonnance du juge est donc également nécessaire pour le recueil de matériels génétiques encore non identifiés (§ 81f al. 1 StPO, deuxième phrase)²⁴. Le juge compétent reste bien entendu, dans ce cadre, le juge de l'instruction.

Ces prélèvements ne sont pas des empreintes "recueillies, conservées et scellées" au sens des dispositions de la procédure pénale et doivent donc être détruits. Si les analyses étaient menées, elles se verraient frappées de nullité, de la même manière que toute preuve obtenue en violation des prescriptions légales ("*Verwertungsverbot*" – nullité). Le droit allemand soumet donc, à la différence du droit français, non seulement le prélèvement, mais aussi l'identification, à un strict formalisme ; en l'espèce, du reste, mieux protégés par les textes et principes fondamentaux visant la protection des droits des personnes poursuivies, que par les lois relatives à l'ADN en matière pénale, qui n'évoquent pas de nullités textuelles²⁵. Il est toutefois possible que ce haut degré de formalisme cède sous la pression politique visant à abroger l'autorisation préalable du juge à l'analyse des traces anonymes, non plus seulement en matière d'infractions sexuelles, mais pour toutes les infractions²⁶.

²³ Communiqué de presse de la *BKA*, 7 avril 2003, *in* NOGALA, 2003, n. 4.

²⁴ Ce surcroît de formalisme a suscité l'opposition du Bundesrat (où les Länder CDU/CSU tiennent la majorité), mais l'initiative a échoué (BR-Drs. 780/00).

²⁵ SENGE, 1997, 2411, BGHSt, 37, 30 (32). Toutefois, le préambule de la proposition de DNA-IFG rappelle, dans ses motivations, les principes fondamentaux, notamment en matière d'ADN codant, causes de nullité.

²⁶ *Cf.* la proposition CDU/CSU, 9 décembre 2003 – BT-Drs. 15/2169.

3°) Libre consentement et coercition

A) La notion de "mis en cause" ("Beschuldigte")

§ 81a StPO permet le prélèvement forcé de preuves sanguines et les examens corporels des personnes poursuivies dans le but de l'établissement des faits pertinents pour la procédure, autrement dit pour ceux qui contribuent à établir le fait criminel, l'identité de l'auteur et la culpabilité de la personne poursuivie, ou qui peuvent influencer de quelque manière la décision judiciaire. La procédure pénale vise, dans ce cadre, le "*Beschuldigte*"²⁷, c'est-à-dire celle visée par un acte formel du ministère public²⁸. Protégée ainsi par les droits spécifiques du mis en cause, la personne ne peut s'opposer à un prélèvement, sauf si les moyens du prélèvement portent atteinte aux bonnes mœurs ou à sa dignité. Effet de ces droits de l'accusé, seul le juge peut ordonner un tel prélèvement : le parquet, qui supervise les conditions d'application de la décision du juge de l'instruction, ne peut lui-même ordonner le prélèvement que dans les cas d'urgence ("*Gefahr im Verzug*").

La législation qui précisa la portée des expertises génétiques au delà du simple recours à § 81a StPO (DNA-Analysegesetz et DNA-IFG) n'a pas entendu se prononcer de manière explicite sur la question des prélèvements volontaires dans le cadre de § 81g StPO, aux fins d'enregistrement en vue de confrontations ultérieures. § 81a StPO, en raison de la garantie des droits du mis en cause qu'il assure, avait estimé être suffisant face aux partisans d'une autorisation du juge même dans le cas du consentement préalable de la personne sollicitée. La doctrine se borne simplement à considérer qu'en cas de refus du mis en cause de se livrer à un prélèvement buccal (le seul envisageable en l'espèce, en raison du principe de proportionnalité des moyens de preuve), le juge pourra ordonner un prélèvement et faire entrer la manœuvre sous la tutelle des droits du prévenu²⁹.

²⁷ Par souci de commodité, nous emploierons pour désigner le "*Beschuldigte*" le terme de "mis en cause", bien que la notion française de mis en cause ne recoupe pas exactement ce qu'est le "*Beschuldigte*" de la procédure pénale allemande. Cf. l'encadré en annexe.

²⁸ Cf. la décision BGH, 1997, *NStZ*, 398.

²⁹ C'est en tous cas la proposition avancée par exemple par VOLK, 1999, 169.

B) Faut-il entendre la personne au préalable ?

Un point particulier vise la question de l'audition de la personne visée par un prélèvement prévu par § 81g StPO. § 33 p. 3 StPO, conformément au droit constitutionnel appelant l'audition préalable de tout "*Beschuldigte*" avant toute intervention empêchant la jouissance de ses droits (art. 103 § 1 LF), prévoit en effet l'audition de la personne avant que ne soit engagée à son désavantage toute action matérielle d'enquête visant l'élucidation (sauf si cette audition est de nature à menacer l'enquête – § 33 p. 4 StPO)³⁰. Toute la question porte en l'occurrence sur la notion de dispositions d'enquête menée "au désavantage" de la personne, certains estimant que le prélèvement par voie buccale en vue de la conservation pour rapprochements ultérieurs ne pèse pas sur la jouissance immédiate des droits fondamentaux³¹. Une solution envisagée consisterait à prévoir l'audition de la personne devant le procureur, qui l'informerait du sens du prélèvement effectué et de la possibilité qui lui serait accordée de faire valoir devant le juge, dans un certain délai, sa position sur ce prélèvement³².

Cette discussion reste toutefois très théorique, la doctrine n'ayant jamais eu de décisions judiciaires portant sur ce type de difficultés.

C) Les enquêtes de population

Si la jurisprudence semble s'accorder sur le fait que la procédure pénale actuelle ouvre droit aux enquêtes de population, la doctrine semble plus réservée. En 1996, dans le cadre d'une enquête sur un meurtre avec acte sexuel commis sur une jeune femme, 750 conducteurs de Porsche immatriculés à Munich ont été soumis à des prélèvements génétiques, des témoins ayant aperçu un véhicule semblable sur les lieux du crime au moment des faits. Les services de police judiciaire de Bavière furent en charge de ces prélèvements, fondés sur le libre consentement. Toutefois, la police judiciaire prévint la population concernée qu'en cas de refus, elle transmettrait au parquet une demande d'ordonnance de prélèvement forcé par voie sanguine. Un seul refusa de se soumettre au prélèvement et contesta la réquisition du procureur devant la cour d'appel bavaroise, puis devant le tribunal constitutionnel qui, comme l'instance d'appel, refusa de lui donner droit au refus de se soumettre au prélèvement³³.

³⁰ L'extension de cette disposition à l'audition avant tout prélèvement sous art. 81g StPO est notamment défendue par VOLK, 1999, 169.

³¹ SENGE, 1997, 2411.

³² VOLK, 1999, 170 ; LR-Wendisch § 33 Rn. 33.

³³ NJW, 1996, 3071.

La base juridique mobilisée fut également § 81a StPO, ce que conteste pourtant une partie de la doctrine, au motif que celui-ci ne prévoit d'actes d'enquête qu'auprès de personnes mises en cause, définies par la procédure comme "*Beschuldigte*"³⁴. Or, le "*Beschuldigte*" reste par définition la personne considérée comme un auteur possible de l'infraction par l'autorité poursuivante, considération étayée par des raisons sérieuses ("*mutmaßlicher Täter*")³⁵. On peut considérer que seul le résultat d'une expertise génétique fonde le soupçon : l'enquête de population portant non pas sur des "suspects", mais sur des "soupçonnables", ne vise donc pas des "*Beschuldigte*", aux termes de quoi § 81a StPO s'avère une base insuffisante en vue d'enquêtes de population³⁶.

Toutefois, le tribunal constitutionnel a précisément estimé que la notion de culpabilité suffisante n'appelle pas, en l'espèce, des raisons de croire particulièrement étayées, et l'objet de ces enquêtes est justement de valider des raisons, même vagues, de supposer une culpabilité³⁷. Cette décision aligne ainsi, au regard des enquêtes de population, suspects et suspects possibles, et rejette ainsi en pleine connaissance de cause la jurisprudence établie quant aux traits distinctifs du prévenu et du simple soupçonné³⁸.

Cette position a donné lieu à d'importantes controverses, notamment au regard du cas des conducteurs de Porsche, étant donné, d'une part, qu'une seule personne devait en l'occurrence être soupçonnée (et non 750) et que par ailleurs l'auteur éventuel du crime pouvait s'avérer n'être pas le propriétaire immatriculé de la Porsche en question. Au delà, bien souvent, le parquet dispose de moins de critères discriminants encore que "propriétaire d'une Porsche immatriculée 'M-'" , et l'enquête vise dans ce cas l'ensemble des hommes d'une aire d'habitation donnée... Beaucoup considèrent alors le simple critère de l'aire d'habitation tout à fait aléatoire au regard du principe de la matérialité des raisons de soupçonner³⁹.

En l'état actuel du droit, de telles enquêtes, fondées sur un libre consentement que peut toutefois contredire tout TGI sans avancer les raisons du soupçon, rompt sans habilitation légale avec les principes fondamentaux définissant les pouvoirs d'enquête judiciaire. Cette situation, garantie par la jurisprudence constitutionnelle, ouvre-t-elle alors un droit sans limite aux services d'enquête de solliciter le consentement des personnes par le juge de l'instruction, voire sans son autorisation ?

³⁴ BACKES, GUSY, 2003b.

³⁵ Cf. en ce sens le commentaire de § 81a StPO in KK-Pelchen § 81a Rn. 2.

³⁶ BENFER, 1999, 402-403.

³⁷ BVerfG, 1996, *NSiZ*, 606-607.

³⁸ BGHSt (Recueil de décisions le BGHdu BGH en matière pénale), 10, 8 ; 34, 138 ; 38, 228.

³⁹ *Ibid.*, 402-403.

D) Portée et limites du libre consentement

Le consentement offert par un individu au prélèvement de ses empreintes génétiques semble rendre l'autorisation du juge superfétatoire, du moins selon la doctrine et, semble-t-il, les pratiques retenues par les tribunaux⁴⁰. § 81a StPO prévoit qu'en cas de consentement libre et éclairé, notamment sur les raisons et les fins de l'acte d'enquête, ainsi que sur ses possibilités de rétractation et d'appel⁴¹, la décision du juge n'est plus nécessaire. Toutefois, une partie de la doctrine défend la nécessité, même toutes conditions réunies du libre consentement, d'une autorisation judiciaire en cas de prélèvement génétique⁴².

Le premier argument concerne la volonté du législateur, qui, nous l'avons vu, s'est montré très attentif à l'encadrement par le juge de tout prélèvement⁴³. Certains considèrent ainsi que le libre consentement de la personne ouvre seulement droit à une sollicitation du juge. D'autres mettent toutefois en avant que le législateur, précisément, ne s'est pas exprimé sur la question du préalable du juge au prélèvement ouvert spécifiquement par libre consentement ; au contraire, les dispositions législatives ne visent que le prélèvement par voie coercitive ("*die hobeitliche Anordnung*"), rendant ainsi § 81a StPO suffisant⁴⁴.

Une autre voie d'argumentation s'appuie sur la lettre de la loi, qui précise que les enquêtes génétiques ne peuvent être conduites que sur la foi de l'ordonnance du juge précisant les conditions de prélèvement et leur objet⁴⁵. Mais d'autres auteurs font valoir qu'il faut distinguer en l'espèce la réquisition ("*Anordnung*") du simple mandat ("*Beauftragung*") : la réquisition est coercitive, source d'obligation, tandis que le mandat se borne à préciser les conditions et les fins du prélèvement⁴⁶, si bien que le libre consentement ouvre le champ au principe "*volenti non fit injuria*" selon lequel la réquisition est en l'espèce superflue (le mandat, en revanche, qui précise les conditions de réalisation du prélèvement, resterait nécessaire)⁴⁷. La doctrine s'accorde toutefois à préciser qu'en l'espèce la réquisition doit toujours émaner du juge de l'instruction⁴⁸.

Une troisième voie prend appui sur les principes fondamentaux du droit pénal, selon lesquels les moyens employés portent par définition atteinte à l'intégrité individuelle et motivent

⁴⁰ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 81a Rn. 3.

⁴¹ Cf. le commentaire *StPO-Rogall*, § 81a Rn. 18.

⁴² VOLK, 1999, *NSIZ*, 165-169, ainsi que OHLER, 2000, 326-328.

⁴³ Cf. notamment les débats parlementaires de 1997, in *BT-Drs. 13/667*, 7. GRAALMANN-SCHEERER, 1999, *JR*, 453-455 ; VOLK, 1999, *NSIZ*, 169.

⁴⁴ SPRENGER, FISCHER, 1999, 1831, not. en référence aux débats parlementaires sur la loi de 1997 (*BT-Drs. 13/667* ; *13/10791*).

⁴⁵ GRAALMANN-SCHEERER, 1999, *JR*, 453-455 ; SENGE, 1997, 2409-2411 ; SENGE, 1999, 253-255.

⁴⁶ SPRENGER, FISCHER, 1999.

⁴⁷ C'est également le sens du commentaire de KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 81g Rn. 12.

⁴⁸ SK-Rogall, § 81 f, Rn 6 ; KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 81 f, Rn 3 ; GRAALMANN-SCHEERER, 1999, *JR*, 455 ; SENGE, 1997, 2409-2411.

ainsi nécessairement l'autorisation du juge⁴⁹. Rappelons que le principe de proportionnalité des preuves ne vise pas seulement la matérialité de l'acte d'enquête (par exemple l'atteinte à l'intégrité du corps – prélèvement, ou l'enregistrement d'informations personnelles – conservation), mais aussi l'intensité des conséquences de droit que peut emporter l'acte d'enquête en question. Ainsi, même un simple prélèvement par voie buccale, dès lors qu'il entraîne l'enregistrement de données ADN dans un fichier de police, peut être considéré comme disproportionné s'il est effectué sur une personne contre laquelle ne pèsent pas de soupçons particuliers. Mais la doctrine considère en l'occurrence que les informations recueillies, qui portent sur la partie non codante du génome, ne portent pas plus atteinte à la libre disposition de soi que les empreintes digitales ou les données propres à l'iris oculaire⁵⁰.

Enfin, il est avancé que le libre consentement est toujours plus supposé que réel, compte tenu des soupçons qu'éveille nécessairement la défense du silence corporel... C'est pour cette raison que la réforme du fichier BKA de données génétiques entend ne conserver que les données ouvertes par une réquisition du juge.

4°) Les prélèvements et la conservation des empreintes en vue d'exploitation ultérieure à l'affaire en cours

La loi prise en 1998 limite de manière stricte le recours à l'expertise génétique à l'élucidation d'affaires constatées et enjoint de détruire les empreintes une fois l'affaire jugée.

On se souvient de l'opposition du groupe Verts, qui entendait voir le fichier entièrement défini par la loi, et non pas par un simple texte réglementaire, notamment quant aux modalités et à la durée de la conservation des informations. Les Verts souhaitaient également qu'un tel fichier ne contienne que les données relatives aux prévenus et condamnés définitifs, ayant commis soit des crimes sexuels, soit des délits d'une particulière gravité, strictement définis par la loi, comme l'exige selon eux le principe de proportionnalité des moyens de preuve⁵¹. L'amendement fut rejeté par une majorité CDU-CSU et FDP, les parlementaires SPD s'étant abstenus.

§ 81g StPO, adopté en septembre 1998, prévoit que des cellules corporelles peuvent être également prélevées par voie buccale sur une personne déjà condamnée ("*rechtskräftige Verurteilte*") – ou sur un prévenu tant qu'il n'a pas été acquitté, déclaré non coupable ou exonéré de

⁴⁹ GRAALMANN-SCHEERER, 1999, JR, 453 ; LR-Dahs, StPO, 24. Aufl., § 81 a Rn. 9 m.w.N.

⁵⁰ SPRENGER, FISCHER, 1999, 1833.

⁵¹ Dossier d'amendement, groupe Verts, *Antrag zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für Gen-Datei*, BT-Drs. 13/10656.

responsabilité pénale, ou que l'affaire n'a pas été classée⁵²) en vue de permettre l'élucidation "d'affaires à venir".

Cette mesure s'étend également, il faut le noter, aux personnes exonérées de responsabilité pénale ou impropres au jugement. Lorsque les conditions sont réunies, les empreintes peuvent être conservées au delà de deux ans après leur collecte. Le juge compétent pour autoriser l'enregistrement est là encore le juge de l'instruction (§ 81g al. 3). Trois conditions sont alors requises :

- a) le fait commis est d'une particulière gravité,
- b) la mesure doit être nécessaire,
- c) le risque de réitération est attesté.

A) La notion d'infraction d'une particulière gravité ("Straftat erheblicher Bedeutung")

L'infraction visée par § 81g StPO doit au minimum être attribuée au registre de la "criminalité moyenne", celle qui vient sensiblement heurter l'ordre public et est capable d'attenter considérablement au sentiment de sécurité juridique de la population. Ce sont donc les circonstances du cas particulier qui doivent fonder la décision du juge. Toutes les infractions criminelles sont visées par ces dispositions : les coups et blessures n'ouvrent droit à de tels enregistrements que s'ils sont dits "dangereux", c'est-à-dire commis par exemple avec arme à feu ou poison ("*gefährliche Körperverletzung*" définis par § 224 StGB - Code pénal, "*Strafgesetzbuch*").

La loi du 19 décembre 2003 portant réforme du droit pénal visant la répression des atteintes sexuelles ("*Sexualstrafrecht*") a toutefois levé la notion de particulière gravité en ce qui concerne les infractions à caractère sexuel. Ainsi, seules étaient auparavant visées les infractions délictuelles qui ont mis en péril de manière sensible le libre consentement sexuel d'autrui, si bien que les infractions dites "sexuelles mineures" (comme l'exhibition sexuelle, § 183 StGB ou la prostitution, § 183 a StGB)⁵³ ne pouvaient contraindre leurs auteurs à des prélèvements d'empreintes génétiques. Il n'en est plus de même avec la réforme récente du droit pénal visant les infractions sexuelles (la proposition du groupe CDU/CSU au Bundestag, visant à ce que cette disposition moins contraignante soit adoptée sur l'ensemble des infractions, et non plus seulement les infraction sexuelles, n'a pas été retenue – BT Drs. 15/ 29).

⁵² KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 81 g Rn. 12.

⁵³ Pour une présentation générale, en français, des infractions à caractère sexuel, cf. KLOPP, 2002, 565-579. L'auteur montre pourtant la très grande stabilité de la délinquance sexuelle constatée en Allemagne depuis la Réunification.

B) *La notion de nécessité*

La mesure, précise § 81g StPO, doit être nécessaire ("*erforderlich*"). En réalité, la loi entend par là que prélèvement et analyse doivent se révéler utiles à l'identification du suspect d'une affaire ultérieure. § 81g StPO distingue ainsi des délits ordinaires, à l'occasion desquels l'auteur ne dégage aucun élément corporel probant (cas établis "selon l'expérience criminalistique", c'est-à-dire par la connaissance usuelle en matière de police technique – par exemple, pour les faux témoignages, la complicité, l'escroquerie et la prévarication) et les délits dont les circonstances prêtent à l'analyse ADN⁵⁴. Bien entendu, le profil d'identification génétique ADN obtenu en vue de § 81g StPO n'est pas retenu si son obtention a été décidée de manière arbitraire ou contraire aux dispositions de § 81a StPO. Le prélèvement est inadmissible lorsqu'un résultat d'examen obtenu selon § 81e StPO existe déjà.

C) *Le risque de réitération*

Pour finir, un risque de réitération doit exister. Ce risque est évalué à l'aune de la nature de l'acte lui-même ou du mode opératoire, de la personnalité de l'individu requis ou bien de tout autre motif particulier : ces critères doivent amener à supposer que des procédures pénales pour infraction d'une particulière gravité sont susceptibles d'être de nouveau conduites, à l'avenir, contre la personne. L'infraction de la procédure à venir dans laquelle le profil d'identification ADN obtenu selon § 81g StPO doit être exploité pour l'établissement de la preuve doit correspondre aux faits prévus dans les dispositions sur les expertises ADN de la procédure pénale. Pour confirmer ce pronostic de danger et le prouver en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier, les condamnations antérieures, tant qu'elles n'ont pas été effacées du casier judiciaire, ont une portée déterminante.

La question de l'établissement du pronostic de réitération fait bien sûr l'objet de controverses, à la fois au sein de la doctrine et de la jurisprudence, controverses que n'éclairent pas les discussions parlementaires, qui se sont contentées de mentionner les critères aujourd'hui déposés dans la loi. Pour une partie de la doctrine, la plus restrictive, le pronostic doit s'établir en vertu de critères stricts, validés par des décisions judiciaires ou médicales antérieures ; en somme sur le fondement des §§ 63, 64 et 66 StGB, relatifs au "diagnostic de dangerosité" ("*Gefährlichkeitsdiagnose*") et prévoient, à des fins préventives, les conditions de placement en

⁵⁴ SENGE, 1999, 253-254.

institution psychiatrique, en centre de désintoxication ou en réclusion ("*Sicherungsverwahrung*")⁵⁵. Prolongeant notamment § 66 StGB, seraient exigées, en vue d'une conservation dans le fichier des données génétiques, une analyse d'ensemble de la personnalité, ainsi qu'une évaluation criminologique du fait commis, au terme desquelles il serait établi qu'un risque de réitération n'est plus seulement possible, mais bien probable ("*nicht nur möglicherweise, sondern wahrscheinlich*")⁵⁶.

Une autre partie de la doctrine soutient en revanche un argument relevant de la cohérence de la phase pré-pénale et souligne que, puisque l'enregistrement dans le fichier relève de préoccupations préventives, le seul critère du placement en "réclusion préventive", prévu par § 112a StPO et prononcé par le juge du siège, doit être pris en compte comme grille d'analyse du danger de réitération, comme il est d'usage, du reste, dans d'autres secteurs relevant de la prévention de la criminalité.

Cette réclusion préventive est une modalité très particulière de la détention provisoire (§ 112 StPO). Les motifs usuels de la détention provisoire sont, on le sait, d'ordre pénal : soit de nature matérielle (la gravité du fait soupçonné exige le placement en détention provisoire), soit de nature procédurale (l'obscurcissement de l'enquête, la crainte de voir des preuves détruites ou falsifiées lors du maintien en liberté). La "réclusion préventive" est en revanche strictement définie comme une mesure de police administrative ("*Gefahrenabwehr*") : il existe un danger concret que l'individu répète son acte s'il est maintenu en liberté, l'exemple classique étant celui du buveur invétéré maltraitant sa compagne ou ses enfants. Or, la décision de placement en réclusion préventive est très strictement encadrée : conviction intime très ferme du juge, fondée sur des caractéristiques propres aux mobiles et aux circonstances de l'acte commis, à la personnalité et à l'environnement social de la personne visée.

La jurisprudence témoigne de ces incertitudes quant à l'analogie à tirer de § 63 StGB ou de § 112a StPO, un certain nombre de tribunaux estimant relativement maigres les incitations à fonder de manière approfondie le pronostic de danger, considérant la rédaction relativement lâche de § 81g StPO sur cette question, qui se contente d'ouvrir droit au juge à la conservation des données génétiques "lorsqu'il y a matière à supposer que..."⁵⁷. Il est vrai que l'alimentation du fichier sur la base de § 81g StPO souffrirait d'être subordonnée à une décision de détention

⁵⁵ C'est par exemple l'avis soutenu par SENGE, 1999, 253-254, notamment sur la foi de la décision rendue par GERA, 1999, 589.

⁵⁶ Cf. le commentaire de TRÖNDLE sous art. 63 et 66 StGB.

⁵⁷ Par exemple, THÜRINGER OLG ("*Oberster Landesgericht*" – juridiction d'appel du Land), 2001, *StV*, 5.

⁵⁸ *Bundeskriminalamt*, 2002, 409. Ce qui signifie, toutefois, que le nombre de personnes ayant fait l'objet de cette mesure (stocks cumulés, et non pas stock à une date t), reste supérieur ; mais marginal au regard des besoins que prétendent couvrir ces fichiers. Si l'on ajoute le nombre de personnes objets d'un placement préventif en institution psychiatrique et en centre de désintoxication, le nombre est de l'ordre de 6 500 personnes.

préventive, comme seul critère de détermination du "pronostic de danger" : on recensait, en mars 2000, moins de 250 personnes "préventivement détenues" au motif de § 112a StPO⁵⁸...

D'autres, en revanche, ont été prompts à considérer qu'une décision rendue antérieurement à propos de la personne visée et l'autorisant à bénéficier d'un sursis à l'exécution de la peine ("*Strafaußsetzung*") vaut diagnostic négatif quant au risque de réitération, §56 StGB fondant toute décision de sursis sur une enquête de personnalité ("*Sozialprognose*")⁵⁹. Toutefois, le tribunal constitutionnel a estimé que le juge qui a recours au § 81g StPO pour fonder sa décision doit donc s'appuyer sur des critères propres, différents de ceux utilisés pour justifier une décision portant uniquement sur la question de la détention⁶⁰. Le tribunal constitutionnel estime ainsi que doivent entrer en ligne de compte dans la décision fondée sur § 81g StPO la durée écoulée depuis l'infraction précédemment commise, le comportement du concerné pendant la durée de l'enquête, l'état de ses motivations à l'infraction présente, sa propre situation sociale et sa personnalité.

Le prélèvement et la conservation de matériels génétiques en vue de rapprochements futurs est la disposition qui cristallise l'essentiel de la discussion publique autour de l'ADN, les questions relatives au fichier lui-même ne se distinguant pas des discussions généralement menées autour des fichiers administratifs (et ce depuis l'établissement des données de recensement de la population de la République fédérale en 1983 – *cf. infra*). Ainsi, certains témoignages rapportent des cas de conservation de données génétiques pour des infractions mineures ou dont le risque de réitération était loin d'être avéré⁶¹. Dans d'autres cas⁶², des mesures de prélèvement et de conservation furent ordonnées par le TGI, alors que les faits commis ne pouvaient amener à croire que la personne ne pût jamais laisser des traces d'ADN en cas de réitération. L'un des faits qui se prêtaient en l'occurrence à la controverse visait un cas de revente de cocaïne...

Enfin, et ces témoignages proviennent surtout des défenseurs, il peut être constaté que le prélèvement buccal soit systématiquement ordonné, la réquisition du juge se bornant pour tout exposé des justifications à énoncer les impératifs énoncés dans la loi, sans les rapporter à une évaluation précise de la personne ou des faits. En effet, il s'est révélé que les ordonnances prises par le juge de l'instruction et visant à l'enregistrement des données génétiques en vue de résolution d'éventuelles affaires ultérieures étaient le plus souvent en réalité très peu motivées. En l'occurrence, le juge se contentait le plus souvent de recopier, bien sûr à l'affirmative, ou à l'indicatif, les demandes émanant des services du procureur, qui elles-mêmes s'efforçaient de

⁵⁹ Cf. en ce sens GERA, 1999, *StV*, 589 ; LÜNEBURG, 1999, *StV*, 421 ; FREIBURG, 1999, *StV*, 531.

⁶⁰ BVerfG, 2001, *NJW*, 882.

⁶¹ KAUFFMANN, URETA, 2000, 103 ; SEIBEL, GROSS, 1999, *StraFo*, 117 ; KAMANN, 1999, 10.

⁶² KAUFFMANN, URETA, 2000, 103 ; SEIBEL, GROSS, 1999, *StraFo*, 117.

qualifier la personne visée selon les critères exigés par la loi (de souligner, sans plus d'arguments, que les faits étaient "d'une particulière gravité" et que la mesure est "nécessaire").

Pour contraindre le juge, dans l'esprit de la loi de 1998, à motiver son jugement au regard des faits, la loi du 19 décembre 2003 a certes baissé le registre de gravité des faits d'atteinte sexuelle ouvrant droit à l'enregistrement des empreintes, mais a, de manière générale, exigé que le juge se prononce chaque fois selon les circonstances matérielles "de l'espèce" ("*einzelfallbezogen*"). Cette contrainte de motivation vise en particulier l'examen du degré de gravité de l'acte commis et l'examen du risque de réitération (deuxième phrase, in § 81g al. 3).

D) Prévenus, condamnés, acquittés et exonérés de responsabilité pénale

Les personnes déjà condamnées ("*rechtskräftig Verurteilte*") peuvent également se voir prélevées et enregistrées dans les conditions de § 81g StPO. Cette disposition, introduite par art. 2 DNA-IFG, vaut également pour des faits commis il y a "très longtemps", et la doctrine estime ainsi maximal le délai de quinze ans, qui est celui ouvrant à l'effacement des données inscrites au casier judiciaire ("*Tilgungsfrist BZRG*"). Toutefois, et notamment lorsque les faits sont anciens, les motifs laissant croire au danger de réitération doivent être examinés de la manière la plus attentive.

L'exploitation et la conservation du profil d'identification génétique en vue de procédures ultérieures sont également prévues lorsque la personne est poursuivie pour une infraction "d'une particulière gravité", mais ne se trouve finalement condamnée que pour une infraction moins grave. Il en va à l'inverse en cas d'acquittements définitifs, sauf lorsque l'acquiescement renvoie aux dispositions prévues par l'art. 2 DNA-IFG qui autorisent des prélèvements en vue d'élucidations futures auprès des personnes qui ne se sont pas vues condamner "seulement en vertu d'une irresponsabilité pénale attestée ou supposée, ou d'une incapacité médicale à subir le procès ou de tout autre cause d'exonération de la responsabilité pénale".

5°) Le fichier des données génétiques de la BKA

La conservation des empreintes recueillies dans le cadre de § 81g StPO (résolution d'affaires à venir) est assurée grâce à un fichier créé le 17 avril 1998 et administré par la police judiciaire fédérale, le "*Bundeskriminalamt*" (*infra* "BKA") (art. 3 DNA-IFG). Hors les cas prévus à

§ 2 DNA-IFG (cas d'irresponsabilité pénale ou d'impossibilité de soutenir le jugement), les entrées au fichier sont détruites si le prévenu est acquitté.

La loi allemande sur le "*Bundeskriminalamt*" (dite "*BKA-Gesetz*" – *infra* "BKA-G") prévoit que le BKA ("police judiciaire fédérale") administre chacun des fichiers de police dont elle a la responsabilité selon un règlement propre, qui prévoit les principales caractéristiques desdits fichiers. Le fichier central de conservation des empreintes génétiques échappait initialement à cette règle commune des fichiers BKA, mais la loi modificatrice de la DNA-IFG a prévu de placer la responsabilité des empreintes et traces conservées aux termes de § 81g StPO par la BKA. Aussi, le règlement, qui vise les personnes susceptibles d'être fichées, les données pouvant être enregistrées, les conditions de transmission et durée de conservation des données, etc. relève désormais du droit commun : il doit être approuvé par le ministre fédéral de l'Intérieur et soumis au contrôle du Délégué fédéral pour la protection des données ("*Datenschutzbeauftragter*" – directeur d'un équivalent de "CNIL" fédérale). La loi prévoit aussi une durée de conservation des données variable en fonction de la nature de ces données et de l'âge de la personne concernée, mais toujours inférieure à dix ans. De plus, les personnes fichées disposent du droit d'accès aux données les concernant. La loi du 20 décembre 1990 sur la protection des données, modifiée ultérieurement, a remplacé la loi du 21 janvier 1977 portant protection contre l'emploi abusif de données d'identification personnelle dans le cadre du traitement des données.

Avec la loi fédérale de 1977, l'Allemagne avait été le premier pays à se doter d'un texte général sur la protection des données personnelles. L'abrogation de la loi de 1977 fut notamment la conséquence de l'arrêt rendu par le tribunal constitutionnel en 1983 sur la loi relative au recensement de la population. Le tribunal constitutionnel dégagea à cette occasion un nouveau droit constitutionnel : le droit à "l'autodétermination informationnelle", c'est-à-dire le droit pour chaque individu de décider lui-même de la communication et de l'emploi des informations le concernant, sauf si loi contraire. La loi de 1990 protège en effet les données personnelles relatives aux personnes physiques dans la mesure où elles ne font pas l'objet de dispositions particulières dans d'autres lois. Or, de nombreuses lois fédérales sectorielles, comme le code de la route ou la BKA-G, s'appliquent spécifiquement à certaines catégories de données. Chaque Land possède en outre sa propre législation applicable aux personnels de la fonction publique (traitements automatisés, documents nominatifs, etc.). En vertu du principe de finalité, cette dernière n'est licite que si la connaissance des données est nécessaire à l'exécution des missions de l'organisme concerné. En revanche, pour le secteur privé, la protection est limitée aux seuls fichiers automatisés ou manuels. Les informations à caractère personnel gérées sous une autre forme (listes) se trouvent en dehors du domaine de la protection des données. Pour les enregistrements,

la loi venant transposer impose la notion de "stricte limitation de l'enregistrement à ce qui est nécessaire".

Selon les dernières estimations de la BKA⁶³, le fichier contenait au 30 mars 2003 environ 310 000 données, dont 85 % d'empreintes (la proportion est la même en France et en Grande-Bretagne). Depuis la création du fichier, 10 000 ordonnances de croisement ont été données, ce qui a donné lieu à l'identification d'environ 4 500 traces collectées sur ordonnance du juge recueillies, rappelons-le, sur des lieux de vols sans violence.

6°) Conclusion

Conformément à la tradition juridique allemande (notamment : constitutionnalité de la procédure pénale, système des preuves recevables), la preuve judiciaire génétique est fortement encadrée, et ce aux fins de limiter l'intrusion dans le domaine de la sphère intime, élevée au rang constitutionnel. On retiendra avant tout, dans cet ordre d'idées, la nécessité d'une autorisation judiciaire préalable en vue d'un prélèvement de simples traces, sous peine d'irrecevabilité des recherches incidentes, ainsi que les nombreuses restrictions portées à l'enregistrement des données en vue d'affaires futures, toutes centrées sur un examen au cas par cas de la personnalité de l'auteur et de son acte. Dans ce cadre, l'enregistrement des empreintes relève d'une démarche considérablement plus compliquée que le simple relevé à des fins d'élucidation d'une enquête en cours ; ce qui ne présage pas, loin s'en faut, de la mise en place hégémonique, en Allemagne, d'un régime de surveillance des corps par fichage de leurs caractéristiques singulières, comme le soutiennent de nombreux sociologues ou philosophes actuels⁶⁴.

III – L'USAGE JUDICIAIRE DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN FRANCE

En France, le souci de la protection individuelle contre l'intrusion de la puissance publique n'est pas aussi forte qu'en Allemagne, pays marqué par le souvenir de deux dictatures (hitlérienne et stalinienne) ; en sorte que les procédures judiciaires par le génétique ne relèvent pas si immédiatement de prescriptions constitutionnelles. Toutefois, le besoin ressenti par les gouvernements récents de constituer toutes sortes de fichiers en vue de l'élucidation des affaires

⁶³ Communiqué de presse 7 avril 2003, *in* NOGALA, 2003, n. 4 (*cf. infra*).

⁶⁴ Dans des registres ici très différents : HAGGERTY, ERICSON, 2000, 227-248 ou bien, dans un sens autrement plus imprécatoire, AGAMBEN, 2003, 33, voire, plus récemment encore, à propos de l'enregistrement de l'iris et des empreintes digitales par les compagnies aériennes : "Non au tatouage biopolitique", *Le Monde*, 11 janvier 2004.

pénales a conduit la France à se doter de lois qui, tout en encourageant les prélèvements et enregistrements, définissent les personnes et les circonstances recevables.

1°) Les lois bioéthiques de 1994 et leurs conséquences

La légalité du recours à l'ADN a d'abord été fondée par l'art. 16-11 du code civil (lois dites "bioéthiques" du 29 juillet 1994 – complétées par le décret 97-109 du 6 février 1997), qui précisait que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou scientifiques⁶⁵.

Puis, la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs a permis la création de l'article 706-54 C. de procédure pénale (ci-après CPP), qui introduit le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). C'est ce fichier qui cristallise la plupart des débats sur l'emploi de l'ADN à des fins pénales en France : succédant aux avis de la CNIL et du Conseil d'État, le décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 fut adopté (art. R 53-9 à R 53-21 CPP), qui précise les conditions de mise en œuvre et d'utilisation du FNAEG (Circulaire DACG, 10 octobre 2000). Des problèmes étaient apparus en termes de gestion des scellés et de densité des réseaux de circulation de l'information entre les différents intervenants, et appelèrent la mise en place d'un groupe de pilotage interministériel. La circulaire DACG du 20 juillet 2001 synthétisa les arbitrages rendus par le groupe de pilotage et servit les différents intervenants (diffusion d'un kit de prélèvement, formulaires d'identification des personnes selon qu'elles sont condamnées, condamnées et détenues ou simplement suspectes, normalisation des procédures de recueil et de scellé des prélèvements...). Aux termes de ces textes, une distinction est établie entre les "traces" (personne non identifiée) et les "empreintes" (personne identifiée). Surtout, le groupe de pilotage rendit des arbitrages décisifs sur la question controversée du FNAEG.

De son côté, la fiabilité scientifique de l'expertise génétique avait fait l'objet d'un rapport requis par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, confié au député Christian Cabal. Ce rapport estimait l'apport de l'ADN à l'enquête judiciaire "nettement positif", M. Cabal expliquant même durant son audition par l'Office que "l'analyse de l'ADN constitue l'outil d'identification le plus perfectionné dont disposent aujourd'hui policiers et

⁶⁵ MICHAUD, 2001, 99. Nous évoquons dans le cadre de notre rapport uniquement les préoccupations immédiatement liées à l'usage des techniques en matière de preuve pénale ; l'accueil de l'identification génétique dans le code civil est fondé bien entendu sur les nécessités de protection ou de garantie de l'indisponibilité de l'état civil et de la filiation, la sécurité du lien de parenté dans l'intérêt de l'enfant, l'équilibre et la paix des familles ; ainsi que le secret de la vie privée, la non-discrimination, la liberté du travail (*ibid.*, 102).

magistrats" (rapport parlementaire enregistré le 7 juin 2001). Le rapport rappelle que les marqueurs utilisés pour les expertises judiciaires ne portent que sur la partie non codante du génome et ne peuvent ainsi fournir d'indication sur un trait génétique extérieur à l'objectif visé (origine ethnique, maladie, prédispositions pathologiques). Il conclut donc à la compatibilité du FNAEG à l'exigence de garantie des droits fondamentaux de la personne et recommande, de ce fait, l'extension du fichier à de plus larges catégories d'infractions et aux personnes non plus seulement condamnées, mais suspectées.

2°) Le libre consentement

Dans son rapport destiné à préparer la réforme de la procédure pénale, le professeur Mireille Delmas-Marty rappelait à propos de l'ADN la nécessité de sauvegarder la liberté de la preuve et exigeait que la collecte des segments, qui touche à l'intégrité corporelle, fût soumise à un encadrement légal⁶⁷. En réalité, les questions sont intimement liées, tant la force probante de ces expertises à la fois incite les services enquêteurs à la collecte la plus large (et empêche donc la liberté du consentement) et peut enfermer le juge dans sa liberté d'appréciation de la preuve.

La protection de la liberté physique est en jeu, en effet, du fait du consentement ; lequel, par ailleurs, touche également à la règle selon laquelle nul n'est tenu de produire des preuves contre soi. En France, les débats parlementaires montrent une clôture précoce des discussions sur ce point. Lors de la discussion de la loi de 1994, il n'avait finalement pas été fait suite à l'amendement précisant que le consentement n'est pas requis en matière pénale (à la différence du droit civil – cf. art. 16-11 code civil). L'amendement disparut lors de l'examen au Sénat, "l'absence de mention explicite étant censée valoir, dans le cadre pénal, absence de nécessité d'un consentement"⁶⁸. Le prélèvement "de force", soit sans consentement, semblait acquis par tacite entendement.

Mais cette position ne satisfaisait manifestement pas la doctrine, ni le ministère de la Justice, qui précisait dans une circulaire CRIM-98-12/F1 du 14 décembre 1998 que "notre droit

⁶⁷ "La preuve est libre, mais sa collecte doit être légale" (DELMAS-MARTY, 1992). Pour un avis voisin : VIRIOT-BARRIAL, 2000, 81 *et suiv.*, ainsi que MOLINA, 2001, 174 : "...encore faut-il cependant encadrer l'utilisation de la mesure pour éviter que le rêve de perfection probatoire auquel elle a donné naissance ne se transforme en cauchemar pour l'individu". "ADN cauchemar" fut le titre d'une chronique du quotidien *Le Monde* consacrée au prélèvement effectué sur 1 165 détenus en octobre 2003 (FOTTORINO, 2003, 34 – sur ces prélèvements, cf. *infra*).

⁶⁸ MARTELLY, 2001, 123-124.

ne permet pas qu'un prélèvement – tel qu'une prise de sang, un prélèvement capillaire ou un prélèvement buccal – soit effectué de force sur la personne. Rien n'interdit cependant en cas de refus de l'intéressé de réaliser l'analyse à partir d'un échantillon (...) naturellement détaché du corps humain, comme des cheveux trouvés sur un peigne, à condition que les circonstances permettent de s'assurer que cet échantillon provient bien de l'intéressé". L'arrêt Crim. n° 2719 du 30 avril 1998 avait ouvert cette voie, en précisant qu'entraît dans les pouvoirs de l'OPJ (officier de police judiciaire) une saisie d'éléments "détachés" sur la scène de crime⁶⁹. La voie était alors ambiguë, qui permettait le recueil des prélèvements, en l'absence de consentement à l'identification : loyal et discret, le prélèvement n'assurait aucune garantie quant au porteur de l'élément corporel détaché (un cheveu sur une brosse), ou bien alors l'acte de prélèvement lui-même n'était plus loyal (offrir une cigarette au gardé à vue, par exemple)⁷⁰. Le ministère de la Justice (circ. 20 juillet 2001) se contentait de rappeler que ce recueil de traces biologiques externes sur les lieux de l'infraction ne nécessite pas au stade de l'enquête que le procureur délivre une réquisition aux enquêteurs, et rappelait un principe de modération dans l'emploi de cette technique qui reste coûteuse : "Une gestion rigoureuse des frais de justice doit conduire à éviter les prélèvements multiples sur le même individu". La LSQ (Loi sur la Sécurité Quotidienne) du 15 novembre 2001, puis la LSI (Loi sur la Sécurité Intérieure) du 18 mars 2003, mirent un terme aux hésitations quant à la question de la liberté du consentement.

Il faudrait lier ces développements sur le consentement en cas de preuve technique aux formes plus anciennes de tractation avec la personne mise en cause, comme l'inviolabilité du corps humain, ainsi que les droits à la dignité, à l'intimité, à l'intégrité ou au silence. Le refus du consentement et le silence gardé entrent-ils dans le même type de dispositif transactionnel, lorsque les études sociologiques menées sur ce terrain montrent, en Grande-Bretagne, une présomption de culpabilité induite par le choix de garder le silence (*cf. infra*) ? Quelle conclusion peut-on tirer du "silence corporel" derrière lequel se retranche un individu refusant de se soumettre à un prélèvement⁷¹ ? Le refus de l'identification génétique peut-il être lu autrement que comme implicite aveu de culpabilité, notamment dans le cadre d'enquêtes de population, où des prélèvements sont recueillis en vue de rapprochements avec la trace suspecte, sur une population de "suspects possibles" ?

La Chambre d'accusation de Rennes, à propos de l'enquête sur le crime de Pleine Fougère, a souligné la nécessité du consentement en la matière⁷², tandis que la CEDH exige des dispositions législatives préalables sérieuses garantissant le respect des droits en cas de

⁶⁹ Cf. GIUDICELLI, 2001, 604-610.

⁷⁰ *Ibid.*, 125.

⁷¹ GALLOUX, 1991, G.I.3497 n° 25 : "on ne saurait tirer aucune conséquence " du refus de se prêter au prélèvement.

⁷² CA RENNES, 14 août 1997, *D.*, 1998, somm., 160.

prélèvement forcé, qu'elle n'exclut donc pas *a priori* (CEDH Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996). On se souvient toutefois des circonstances particulières de l'expertise génétique puisque, dans cette affaire, les prélèvements ont été effectués sur toute la population masculine d'un village breton, afin d'exclure les suspects possibles à partir d'une population-souche, celle supposée (par la résidence de ses membres) se trouver dans les environs du lieu de commission du crime (en l'espèce, un meurtre assorti d'un viol sur une mineure dans un centre de colonies de vacances du village). Une trace génétique avait été recueillie, puis comparée avec les prélèvements effectués sur 3 615 hommes du village, avec leur consentement ; comparaison qui s'est avérée vaine⁷³. La Chambre d'accusation de Rennes avait alors précisé : "Une chambre d'accusation, peut ordonner, sur le fondement de l'article 16-1 du code civil une expertise systématique de tous les hommes âgés de 15 à 35 ans, habitant un village, mais avec leur consentement et en précisant que les renseignements obtenus ne seront pas utilisés à d'autres fins que la recherche du meurtrier".

Cette solution laissait entière, bien sûr, la question de l'interprétation stigmatisante, voire accusatrice, d'un refus de se prêter aux tests collectifs. E. Molina estimait alors "regrettable" le silence de la loi sur la question du consentement, au motif qu'elle laissait le juge, "dont ce n'est pas l'affaire", seul face à ces cas de "silence corporel". Ces cas auraient pu, dans notre système légal, être tranchés par la loi, puisque celle-ci semble aujourd'hui encourager le formalisme croissant de la preuve pénale sous l'influence de ses modalités techniques d'administration⁷⁴. La loi offrait également la possibilité à toute personne soupçonnée, mais contre laquelle pesait alors des indices encore trop incertains⁷⁵, de se soustraire aux prélèvements.

Pour cette raison, le législateur, par la LSQ du 15 novembre 2001, a introduit l'art. 706-56 CPP qui prévoit une peine maximale de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende à l'encontre de "toute personne définitivement condamnée de refuser de se soumettre à un prélèvement" en vue d'un rapprochement avec les empreintes contenues dans le FNAEG. La LSI du 18 mars 2003 a élargi ces dispositions à l'ensemble des personnes soit condamnées, soit soupçonnées, de manière fondée, d'avoir commis un crime, un délit ou toute infraction de cinquième classe. Plus encore, elle a introduit un art. 55-1 au CPP, qui punit d'un an

⁷³ En revanche, la trace relevée sur la scène de crime aura permis de confondre Francisco Arce Montes, interpellé en mars 2001 aux États-Unis pour une agression sexuelle, confondu par son identification génétique et extradé quelques mois plus tard vers la France afin d'y être jugé au printemps 2004.

⁷⁴ L'auteur prolonge ainsi des positions exprimées dès 1947 par Jean Carbonnier à propos de l'introduction dans le droit français de procédés de recherche scientifique : "Ce n'est pas l'affaire du juge ; en régime de légalité, c'est au législateur de prendre ses responsabilités chaque fois que la liberté des individus est en cause" (CARBONNIER, 2001, 183 et n. 923).

⁷⁵ Les indices graves autorisaient d'emblée les services d'enquête à ne pas se voir opposer la manifestation nécessaire du libre consentement, comme dans le cas où sur la scène de crime, un mégot apparemment laissé par l'auteur présumé a pu être prélevé et traité par l'OPJ (Crim., 30 avril 1998, 98-80.741, arrêt n° 2719).

d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le refus de se soumettre à toute demande de prélèvement formulée par un OPJ et visant "toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction"⁷⁶. Le ministre de l'Intérieur expliquait en effet que "dans le cadre de bon nombre d'enquêtes judiciaires, l'officier de police judiciaire doit pouvoir procéder à des opérations de signalisation sur des personnes concernées par la procédure afin de les comparer avec des traces et indices recueillis durant l'enquête (empreintes vocales, spécimens d'écritures...). Il n'est pas rare qu'il se heurte alors à un refus qui ralentit ou bloque durablement ses investigations" (LSI, exposé des motifs).

Cette nouvelle disposition de procédure pénale consacre ainsi le prélèvement d'ADN comme moyen ordinaire et contraignant de police judiciaire ; en soulignant toutefois que dans le cadre de ce type d'enquêtes le prélèvement doit être externe, c'est-à-dire opéré par recueil de salive ou d'objets extérieurs à la personne (tissu imbibé, mégot de cigarette, etc.).

L'introduction de l'article 55-1 a d'emblée suscité l'opposition de la part de parlementaires, dont les travaux ont d'abord définitivement conduit à préciser le projet initial d'art. 55-1 qui visait "toute personne concernée par la procédure". La CNCDH (Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme) avait rappelé, de son côté, son hostilité à voir là encore préférée la notion de "raisons plausibles" à celle des "indices faisant présumer", comme également en matière de contrôles d'identité préventifs et de visites de véhicules (avis du 14 novembre 2002). Cet argument a également été mobilisé par l'opposition parlementaire dans sa saisine du Conseil constitutionnel, qui visait notamment ce nouvel art. 55-1 (considérants 52 à 57 de la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003). Les parlementaires invoquaient à l'encontre de cette innovation l'imprécision des dispositions, l'atteinte portée à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du corps humain, la méconnaissance de la présomption d'innocence, notamment du fait de la généralité des "raisons plausibles de soupçonner" et enfin la disproportion de la peine prévue en cas de refus de se soumettre au prélèvement.

Le Conseil constitutionnel a très vite considéré que, parce que ces données ne se prêtent pas à l'enregistrement, et que les prélèvements ne visent que les personnes objets de l'enquête, celles-ci, bien définies, ne sont pas soumises à une "rigueur non nécessaire" (art. 9 de la Déclaration de 1789). Par ailleurs, l'expression « prélèvement externe » n'emporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés, ou n'affecte la liberté individuelle

⁷⁶ La loi du 9 mars 2004 sur la criminalité organisée a étendu cette compétence propre des OPJ aux relevés palmaires ou photographiques propres à alimenter les fichiers de police existants et à aider à la résolution de l'affaire (art. 30 de la loi).

de l'intéressé. Le Conseil relève également que les prélèvements externes ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence, mais qu'ils pourront, au contraire, établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet. Le Conseil accepte donc l'ensemble des dispositions, tout en émettant la réserve visant à faire en sorte que, en cas de refus de prélèvement, la peine prononcée par le juge soit en effet proportionnelle à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement a été demandé.

3°) Liberté de la preuve et égalité des armes

Enfin, pour prolonger la position du Conseil constitutionnel sur la présomption d'innocence, il faut rappeler la force probante considérable de l'instrument génétique ; qui sert toutefois tout autant à disculper qu'à inculper. Quelle liberté la preuve génétique laisse-t-elle à celui qu'elle met en cause ? La mise en cause par la génétique n'équivaut-elle point, elle aussi, à un établissement général de culpabilité ?⁷⁷ En aval, toute la garde à vue tend à attendre le résultat de l'éventuel test génétique, qui obère ainsi la diversité du travail des enquêteurs, pourtant nécessaire afin de déterminer le risque de maquillage des lieux du crime. On comprend comment un tel acte d'administration de la preuve conditionne, *de facto*, la décision des enquêteurs, puis du juge qui, si le consentement est acquis ou non nécessaire, ne voit plus d'obstacle à se rendre à l'évidence technique.

Certes, l'ADN permet d'inculper autant que de disculper. Mais la contre-expertise s'avère souvent dissuasive pour la défense, non seulement en termes financiers, mais également parce qu'elle allonge considérablement les délais de l'instruction et menace les délais raisonnables du jugement. La Cour de cassation encadre donc fermement les possibilités de recours à l'expertise génétique lorsque les preuves se sont accumulées à charge et laissent peu de place au doute. Ainsi, "si la partie poursuivie doit pouvoir combattre par tous les moyens prévus par la loi les accusations formulées à son encontre, l'obligation d'assurer la continuité du cours de la justice et de permettre le jugement des accusés dans un délai raisonnable fait obstacle à ce que soit nécessairement accepté par les juges tout supplément d'information sollicité par la défense, qu'il en est ainsi lorsque, comme en l'espèce, la demande intervient tardivement et que son acceptation serait de nature à entraîner le renvoi de l'affaire sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats"⁷⁸.

⁷⁷ Cf. par exemple, MATELLY, 2000, 87-97.

⁷⁸ Crim., 1^{er} février 1995, 94-83.459.

Souvent, la Cour d'assises ou la Chambre de l'instruction estiment que la contre-expertise génétique n'est pas indispensable à la manifestation de la vérité, et la Cour de cassation les soutient en effet dans leur refus : lorsqu'elle confirme la décision de la Cour d'assises selon laquelle "la mesure sollicitée n'était pas nécessaire à la manifestation de la vérité"⁷⁹ ; lorsque dans une autre décision elle rappelle qu'il "appartient à la Chambre d'accusation, saisie d'une demande de complément d'information, d'apprécier, au vu des éléments de la procédure qu'elle a exposés sans insuffisance, l'opportunité de la mesure sollicitée et qu'elle a, en l'espèce, déclaré n'être pas nécessaire à la manifestation de la vérité"⁸⁰ ; dans une troisième affaire, où elle affirme l'appréciation souveraine de la Cour d'assises, qui avait rejeté la mesure d'instruction sollicitée pour l'identification par comparaison, la mesure n'apparaissant pas indispensable à la manifestation de la vérité⁸¹, ou bien dans un dernier arrêt, où la Cour rejette un pourvoi visant à casser la décision d'une Chambre d'accusation qui avait confirmé une ordonnance de non-lieu, compte tenu de ce que l'analyse génétique des tâches de sang constatées sur les vêtements de la victime supposée montraient un seul ADN, celui de la victime⁸².

Enfin, le recours au moyen génétique ne saurait supplanter la conviction dûment acquise par d'autres moyens, lorsqu'ils apparaissent concordants et décisifs. Cette position, que la Cour de cassation, on vient de le voir, a réaffirmé, a donné lieu à l'une de ses décisions les plus controversées en la matière, dans le cadre de l'affaire Omar Raddad, ce jardinier accusé du meurtre de son employeur Ghislaine Marchal. Lors de l'enquête, en 1991, la technique ne permettait pas encore de tirer un profil génétique des squames de peau sous le sang. Des analyses ADN effectuées dans le cadre d'une contre-expertise sur le sang qui a servi à écrire "Omar m'a tuer" ont cependant montré que le sang de la victime était mêlé à du sang masculin. O. Raddad accepta alors une confrontation des signatures génétiques et il s'avéra que le sang mélangé n'était pas le sien. Le 14 mai 2001, le parquet de la Cour de cassation se prononça en faveur de la révision ; pour l'avocat général Ph. Kehrig, les dernières analyses ADN étaient de nature à "jeter le trouble sur le dossier". Un mois plus tard, le 25 juin 1991, la Commission de Révision des condamnations pénales décida la saisine de la Cour de cassation sous sa forme de Cour de révision, aux termes de l'art. 622 CPP, qui précise que la Cour de révision ne peut être saisie que si un fait nouveau est de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ; ce que la Commission estimait, sur la foi seulement de la présence de traces génétiques qui n'étaient pas celles de M. Raddad (d'autres moyens, notamment graphologiques, avaient été écartés, trop peu probants).

⁷⁹ Crim., 25 juin 1997, 96-84178, arrêt n° 3899.

⁸⁰ Crim., 3 septembre 1997, 97-83-272, arrêt n° 4633.

⁸¹ Crim., 22 mars 2000, 99-85.294, arrêt n° 2118.

⁸² Crim., 10 octobre 2000, 00-80.968, arrêt n° 5870.

Toutefois, par l'arrêt n° 6017 du 20 novembre 2002, la Cour de révision rejeta le pourvoi, considérant que la défense n'apportait qu'un seul élément nouveau sur les avis techniques relatifs aux inscriptions et affirmant toutefois que cet élément n'était pas de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné⁸³. La décision de la Cour de révision doit en l'occurrence être rapprochée de motivations techniques, et non pas seulement juridiques, car il était apparu que le cours de l'instruction avait pu amener des tiers à manipuler des pièces à conviction⁸⁴.

Elle reprend en outre l'idée selon laquelle les tests génétiques et leur interprétation sont faussés par la possibilité que de nombreuses personnes ont pu approcher les pièces à conviction. Autrement dit, la présence de deux ADN ne peut en l'espèce, faire naître aucun doute sur la culpabilité. La demande en révision fut donc rejetée.

4°) Le Fichier national des empreintes génétiques (FNAEG)

L'un des objets les plus discutés est le Fichier national des empreintes génétiques, pour des raisons évidentes de protection de la vie privée. Son institutionnalisation et son élargissement conséquents furent définitivement acquis avec la loi dite "sur la sécurité quotidienne" (LSQ) n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, qui introduit le titre vingtième du code de procédure pénale, "Du Fichier national automatisé des empreintes génétiques" (art. 706-54 à 706-56) et étendit les dispositions de la loi de 1998.

Le code de procédure pénale prévoyait aux termes de la LSQ le fichage des données ADN ("traces" et "empreintes") des personnes condamnées pour des infractions visées à l'art. 706-55 CPP, autrement dit pour certaines infractions de nature sexuelle (meurtre, assassinat d'un mineur précédé ou accompagné de viols, tortures ou actes de barbarie), pour les crimes d'atteinte volontaire à la vie, tortures ou actes de violence volontaire, crime de vols, extorsions, destructions, détériorations dangereuses pour les personnes, et crimes constituant des actes de terrorisme. Les personnes à l'encontre desquelles existaient des "indices graves ou concordants" de nature à motiver leur mise en examen pour l'une de ces infractions pouvaient faire l'objet d'un enregistrement, mais non d'une conservation.

Le Groupe de pilotage interministériel mis en place sur les questions de l'expertise génétique a rapidement soutenu tout un ensemble de procédures et de précautions dans

⁸³ Jean Pradel estime cette décision d'une "louable prudence"(2003, 351).

⁸⁴ On comprend mieux, alors, les préventions du rapport CABAL et de la circulaire du ministère de la Justice du 20 juillet 2001.

l'utilisation du FNAEG⁸⁵. Il a ainsi été prévu que les scellés de tout prélèvement devaient être transmis "immédiatement" au FNAEG, soit pour "rapprochement", soit pour "enregistrement". Les résultats du rapprochement faisaient l'objet d'une information immédiate du procureur de la République ou du juge d'instruction. En cas de rapprochement, la décision visant la conservation était suspendue à la décision de fond visant la culpabilité du suspect. En ce qui concerne les empreintes, la condamnation devait être définitive. Le fichage se faisait alors sur décision expresse d'un magistrat du parquet, qui vérifiait la nature et le caractère définitif de la condamnation. D'autres informations complémentaires figuraient alors dans le fichier : les références de la procédure judiciaire et l'identification de l'expert. La conservation s'étendait sur 40 ans (ainsi que pour les informations contenues dans le casier judiciaire), à compter du jour où la condamnation devenait définitive. Les empreintes ne pouvaient toutefois être conservées au delà du 80^{ème} anniversaire du condamné. En revanche, "les profils génétiques des suspects sont simplement comparés avec les informations inscrites au fichier, mais ne peuvent être conservés"⁸⁶.

C'est le Service central de préservation des prélèvements biologiques (SCPPB), non prévu par le législateur, qui recueille à la demande des autorités judiciaires les échantillons de matériels biologiques placés sous scellés au cours de la procédure. Ce service est géré par l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie de Rosny-sous-Bois. Les prélèvements centralisés à Rosny obéissent au régime des scellés judiciaires. La conservation ne peut se faire qu'à la suite d'une décision expresse de la juridiction. Ce service n'est qu'un simple dépositaire (fonction de stockage uniquement).

Le fichier est dans son ensemble soumis à un double contrôle : celui de la CNIL et celui d'un magistrat du parquet hors hiérarchie, désigné par arrêté du ministre de la Justice et assisté d'un comité de deux autres personnes (composé d'un informaticien et d'un généticien – art. 53-17 CPP). Ce magistrat dispose d'un accès permanent au fichier, peut faire des visites programmées ou inopinées sur le site. Il reçoit un rapport annuel d'activité fourni par l'autorité gestionnaire et toutes les informations relatives au fichier. Il a également la possibilité d'ordonner toutes les mesures nécessaires à l'exercice de son contrôle (saisies ou copies d'informations et effacement d'enregistrements illicites).

La loi dite de "sécurité intérieure" (LSI) n° 2003-239 du 18 mars 2003, qui a introduit le principe de l'identification par segments non codants dans la loi (voir l'exposé des motifs, qui reprend l'essentiel des arguments du rapport Cabal), a par ailleurs élargi de manière substantielle le champ du FNAEG. Cette extension vise notamment les domaines suivants :

⁸⁵ *Ibid.*, 9.

⁸⁶ *Ibid.*

- les infractions visées (art. 706-55 CPP) : sont désormais incluses le trafic de stupéfiants, les atteintes aux libertés de la personne, le proxénétisme, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme et l'association de malfaiteurs, certains crimes et délits relatifs aux armes de guerre, ainsi que les infractions de recel ou de blanchiment de l'une des infractions mentionnées aux 1 à 5 ci-dessus, prévues par les articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal ;

- les modalités du constat de l'infraction (art. 706-54 CPP), puisque le FNAEG pourra conserver, en plus des empreintes génétiques des personnes condamnées, les empreintes des personnes contre lesquelles il existe "des indices graves ou concordants" qu'elles ont commis l'une de ces infractions (disposition introduite par voie parlementaire, le texte initial ayant seulement prévu des "raisons plausibles de soupçonner")⁸⁷ ;

- le contrôle judiciaire du FNAEG : les personnes soupçonnées pourront demander l'effacement de leurs données au procureur de la République si leur conservation n'est plus justifiée au regard de la finalité du fichier, avec un double recours devant le juge des libertés et de la détention, puis devant le président de la chambre de l'instruction.

Les motivations générales de cette loi, présentées par le ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy⁸⁸, étaient doubles : d'abord, par la fameuse notion de "raisons plausibles de soupçonner", prolonger les limitations apportées par le gouvernement Jospin à la loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000⁸⁹ ; ensuite, signe de la confiance déposée dans les fichiers informatisés, "développer les moyens de police technique et scientifique et rendre plus opérationnels différents outils techniques d'information".

De nombreuses critiques se sont fait entendre quant à ces dispositions, au premier rang par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, qui a adopté, sur auto-saisine, un avis le 14 novembre 2002 relatif au projet de loi sur la sécurité intérieure présenté un mois plus tôt en urgence au Sénat. Hormis la cohérence du système pénal et le principe de la présomption d'innocence, les inquiétudes concernaient notamment :

- la préférence envers les "raisons plausibles de soupçonner", jugées trop floues ;
- le contrôle judiciaire de l'entrée de données au FNAEG, la CNCDH souhaitant que l'entrée (et non pas seulement la sortie) soit soumise au contrôle du juge des libertés et de la

⁸⁷ Il est à noter que la préférence envers les "raisons plausibles de soupçonner" concerne également, à partir de la LSI, les dispositions relatives aux contrôles d'identité dits préventifs et la visite des véhicules.

⁸⁸ Cf. projet de LSI, 12 octobre 2002, exposé des motifs.

⁸⁹ La loi du 4 mars 2002 fut en effet adoptée, qui contredisait un ensemble de principes établis dans la loi sur la présomption d'innocence, notamment en préférant les "raisons plausibles" aux "indices faisant présumer", jugés trop restrictifs.

détention, le contrôle judiciaire prévu par l'art. 66 de la Constitution étant selon elle préférable au seul regard du procureur ;

- l'absence d'effacement automatique en cas de décision de non-lieu ou de classement.

Peu avant, le 24 octobre 2002, la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) avait fait connaître sa position sur le fichier, regrettant tout d'abord elle aussi de ne pas avoir été consultée lors de l'élaboration du projet de loi. La CNIL constata l'extension substantielle du champ d'application du FNAEG tant en termes d'infractions que de personnes visées. Mais l'inquiétude principale de la CNIL concernait l'inscription dans le fichier de personnes à l'encontre desquelles il existe "une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner". La CNIL voulut assortir cette extension de garanties nouvelles s'agissant tout particulièrement des modalités d'alimentation de ce fichier ainsi que des règles de conservation et d'effacement des informations, estimant notamment "que l'initiative de l'inscription dans ce fichier ne peut relever que des seuls magistrats [du parquet] et ne peut résulter de la seule décision d'un OPJ d'autant que le critère d'inscription des personnes suspectées - une ou plusieurs raisons plausibles - laisse une très grande marge d'appréciation ; qu'il doit en être de même en ce qui concerne les décisions de rapprochement de l'empreinte génétique d'une personne suspectée avec les données incluses dans le fichier".

La décision définitive de la CNIL, requise par la loi du 18 mars 2003 en vue de l'élaboration du décret en Conseil d'État, est attendue. Notamment, on tâchera de considérer dans quelle mesure le caractère textuellement plus strict des personnes suspectées (désormais seulement celles qu'accusent des "indices graves ou concordants") amènera satisfaction de la part de la CNIL.

Il faut cependant souligner que les parlementaires ont peu discuté du FNAEG, ni d'ailleurs saisi le Conseil constitutionnel sur ce chapitre : à la différence de celui des applications automatisées d'informations nominatives (notamment de leur traitement à des fins administratives et de la durée de leur conservation), qui ont fait l'objet de contestations au nom de la protection de la présomption d'innocence, du principe d'égalité et de la protection de la vie privée. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas contredit la loi, sauf réserves d'interprétation en ce qui concerne les usages administratifs de ces données.

En mai 2003, le fichier contenait 2 500 empreintes et 249 traces⁹⁰. Puis, 1 300 détenus ont fait l'objet de prélèvements ADN durant la semaine du 20 octobre 2003, destinés à alimenter le

⁹⁰ Réponse du gouvernement à une question sénatoriale, Sénat, séance du 6 mai 2003. Selon le parlementaire Christian Estrosi, le Fichier est appelé à détenir 13 000 empreintes à la fin de l'année 2003, et dix fois plus à la fin 2004 (A.N., 1^{ère} séance du 26 novembre 2003).

FNAEG, et ce, par des prélèvements salivaires effectués simultanément dans quatre maisons d'arrêt⁹¹. 400 autres détenus ont été également enregistrés au FNAEG en décembre 2003.

Les dispositions de la LSI en matière de fichage de populations suspectes ou déjà condamnées sont appelées à une postérité certaine. Un autre chapitre de la LSI, il faut le noter, était consacré à la création "d'applications automatisées d'informations nominatives" permettant l'enquête de police aux fins d'élucidation de tout crime, délit et contravention de cinquième classe (art. 21 LSI – il est à noter que le texte définitif retient cette fois, pour les personnes non condamnées, la notion "d'indices graves ou concordants"). Puis, quelques mois seulement après l'adoption de la LSI, exprimant son intention "d'organiser une meilleure protection (...) à l'égard de personnes particulièrement susceptibles de récidiver" (ministère de la Justice, communiqué de presse, 15 septembre 2003), le gouvernement a fait adopter la loi Perben II⁹² instaurant un "fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles" (art. 48 de la loi du 9 mars 2004, devenu art. 706-53-1 CPP), sous le contrôle d'un magistrat, regroupant toutes les personnes condamnées pour un délit ou crime de nature sexuelle et permettant leur localisation immédiate, ou la consultation par les autorités préfectorales pour l'examen des demandes d'agrément concernant les professions impliquant un contact avec les mineurs (notamment de services liés à l'enfance).

En réalité, ce sont les sénateurs, en première lecture du projet de loi Perben II, qui ont introduit en octobre 2003 la proposition de création du nouveau fichier. Dans le même temps, ils ont également modifié l'art. 706-56 CPP, en ouvrant la possibilité de procéder à un prélèvement biologique forcé, sur réquisitions du procureur, si la personne a été condamnée pour crime, et accru les peines prévues en cas de refus de consentement de la part des personnes condamnées, en entraînant "de plein droit le retrait de toutes les réductions de peine dont la personne a pu bénéficier et interdi[sant] l'octroi de nouvelles réductions de peine" (art. 706-56 CPP). L'ambition est bien entendu de constituer le fichier le plus large possible, à partir de personnes condamnées.

5°) Conclusion

On retient en France l'encouragement des gouvernements à l'enregistrement des données génétiques, limité toutefois aux personnes condamnées à des crimes ou certaines classes de délits,

⁹¹ Ministère de la Justice, communiqué de presse, 17 octobre 2003. Il est à noter que, d'après *Le Monde* du 25 octobre 2003, si 1 165 détenus se sont prêtés à ces prélèvements par voie buccale, 21 ont refusé d'ouvrir la bouche et s'exposent ainsi à de nouvelles peines d'emprisonnement.

⁹² Le texte de cette loi, sur laquelle nous reviendrons, les décisions du Conseil constitutionnel, les commentaires doctrinaux et les interventions des corps professionnels sont disponibles *in* DANET, 2004.

mais la prudence apparente des juridictions à élever la valeur probante des expertises, comme l'a montré de manière spectaculaire l'affaire Raddad. Et même si le formalisme qui entoure l'usage judiciaire, à des fins pénales, du matériel génétique n'est pas aussi élevé qu'en Allemagne, le juge français, dans ce domaine, est loin d'avoir cédé sa robe à l'expert.

IV – L'USAGE JUDICIAIRE DES EMPREINTES GÉNÉTIQUES EN GRANDE-BRETAGNE

Le droit commun de la preuve a longtemps joui, en Grande-Bretagne, de la plus grande liberté. Toutefois, une série d'erreurs judiciaires, au premier rang desquelles l'affaire des "Six de Birmingham", amena à une législation portant sur l'administration de la preuve : ce fut l'introduction en 1984 du "*Police and Criminal Evidence Act*" (*infra* "PACE"), révisé par le "*Police and Criminal Evidence Act*" (*infra* "PCEA") de 1991 ainsi que le "*Criminal Justice and Public Order Act*" (*infra* "CJPOA") de 1994. Ces dispositions législatives sur l'enquête ont conduit, à l'attention des services enquêteurs, à l'élaboration consécutive de différents "*Codes of Practice*", dont l'ensemble fut révisé en 1995 suite à l'entrée en vigueur du CJPOA. Puis, l'environnement européen propre à la protection des droits fondamentaux et des libertés individuelles conduisit à l'adoption du "*Human Rights Act*" de 1998 (*infra* "HRA"), entré en vigueur en octobre 2000.

Avant cela, et malgré l'introduction du PACE en 1984, la protection de la vie privée ("*privacy*") n'était pas judiciairement protégée ; l'intervention de l'autorité publique reposait sur la notion de "droit résiduel", aux termes de laquelle tout était autorisé qui n'était pas expressément interdit par la loi. De manière générale, on peut dire qu'en Grande-Bretagne "il n'existait pas avant 1985 de doctrine cohérente quant aux pouvoirs de recherche et de perquisition"⁹³. On se souvient par exemple du principe exposé par Mr. Justice Crompton (arrêt *Leathem* 1861, 8 Cox CC 498) : "de quelque façon que vous l'ayez obtenue, même si vous l'aviez volée, la preuve serait recevable"⁹⁴.

Dans un tel système, les pouvoirs confiés aux policiers enquêteurs sont considérables. La police voit sa tâche définie comme "le rassemblement et la considération de tous les indices ou preuves pertinents, y compris ceux qui peuvent disculper le suspect" (RRCJ 1993, § 2.10). L'effet majeur de l'introduction du PACE fut d'encadrer de manière claire les pouvoirs de police en matière d'enquête : les sous-sections 8 (1) et (3) PACE posent ainsi qu'un mandat de recherche ne peut être délivré que s'il existe des doutes raisonnables ("*reasonable grounds*") permettant de croire

⁹³ SHARPE, 2000, 4.

⁹⁴ SPENCER, 1998, 90.

qu'une infraction grave, susceptible d'emprisonnement ("*serious arrestable offense*"), a été commise, et, de plus, que l'objet visé par le mandat ne peut être obtenu avec le consentement de la personne ("*the material cannot be obtained consensually*").

De manière générale, la section 78 (1) PACE contribua à ce que les nullités substantielles ne puissent plus être exclues seulement par une décision discrétionnaire du juge, en réalité "rarement reconnue"⁹⁵, mais sanctionnent au contraire le non-respect de certains principes fondamentaux de la procédure pénale. La section 78 PACE précise en effet que "s'il semble au tribunal que, compte tenu de toutes les circonstances, y compris les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue, la réception de la preuve aurait un effet préjudiciable à l'équité du procès ("*an adverse effect on the fairness of the proceedings*")", la cour ne saurait les admettre⁹⁶. Le texte n'impose pas au tribunal d'écarter une preuve, mais lui accorde le pouvoir discrétionnaire de le faire ; lequel pouvoir a nourri une jurisprudence abondante, qui précise notamment la fiabilité de la preuve (moins la preuve est fiable, plus le tribunal peut l'écarter), ainsi que la gravité de l'infraction (plus elle est élevée, moins le mode d'obtention de la preuve est considéré)⁹⁷.

Deux "procédures" encadrent la recherche de la preuve en général, et l'expertise génétique pénale en particulier : la réquisition ("*warrant*") et le consentement. Échappent à ces deux modalités les éléments protégés par des dispositions légales particulières ("*legal privilege*" – section 19 (6) PACE), qui ne visent toutefois pas, à quelques exceptions près, le matériel génétique non codant. Le CJPOA de 1994 précise les modalités de l'expertise génétique à des fins pénales en Grande-Bretagne ; mais l'essentiel des dispositions de cet acte vise moins les principes fondamentaux de la recherche par ADN qu'elles ne dégagent les voies essentielles permettant la constitution d'un fichier de traces et empreintes génétiques.

La Grande-Bretagne fut en effet en 1995, l'un des premiers pays européens pourvu d'un fichier des empreintes génétiques, et ce notamment sous la pression de groupes de femmes favorables aux technologies permettant l'identification rapide des auteurs de crimes sexuels. Le fichier fut ensuite élargi à d'autres catégories d'infractions et embrasse désormais l'ensemble des personnes simplement soupçonnées d'un délit ou d'un crime passibles d'une peine de prison. Si les charges ne sont pas confirmées ou si un acquittement est prononcé, les échantillons sont détruits. Si la personne est reconnue coupable, les échantillons sont versés au fichier sans aucune limitation de durée.

⁹⁵ SHARPE, 2000, 13.

⁹⁶ SPENCER, 1998, 90.

⁹⁷ MURPHY, STOCKDALE, 2001, § F.17.

1°) L'introduction du PACE et la levée du droit de ne pas s'auto-incriminer

Les dispositions du PACE distinguent les éléments corporels selon qu'ils sont "intimes" ou ne le sont pas ; cette distinction permet de clore définitivement les difficultés tirées du principe selon lequel le prélèvement d'un organe ou une simple trace tel qu'un cheveu, du sperme, une empreinte digitale, des cellules sanguines voire une simple haleine contredisait le droit de ne pas s'auto-incriminer⁹⁸ dès lors qu'il n'était pas dûment prouvé que la personne ait pleinement et en parfaite connaissance de cause consenti au prélèvement. Tous les actes visant une collecte de ces éléments étaient considérés comme de nature quasi-testimoniale ("*quasi-confessional*"), semblables aux éléments oraux recueillis dans le cadre d'un interrogatoire⁹⁹.

Le PACE, puis le "*Road Traffic Act*" (infra "RTA") de 1988, définirent les pouvoirs de police en matière de collecte d'éléments organiques. Le RTA ouvre ainsi la possibilité de procéder à la collecte d'éléments probatoires tirés de l'haleine, de l'urine ou du sang auprès de toute personne raisonnablement soupçonnée d'avoir commis une infraction routière sous l'emprise d'alcool ou de produits stupéfiants (RTA 1988 sections 3A, 4 et 5 – sur la définition des éléments corporels RTA 1988 sects. 6 et 7). La décision de collecte est obligatoire et celui qui s'y refuse s'expose à des poursuites incidentes¹⁰⁰ : ce fut dans le contexte des débats relatifs au contrôle de la violence routière que la question du consentement au prélèvement de preuves corporelles fit débat¹⁰¹. Ainsi, dans l'affaire *R v. Dymment* 1988, un médecin parvenu sur les lieux d'un grave accident automobile préleva à des fins médicales curatives un échantillon sanguin sur la personne de l'accidenté. Ce même médecin autorisa ensuite la police à engager une expertise sur cet échantillon, laquelle analyse montra une présence excessive d'alcool et confirma la responsabilité de l'accidenté. La Cour estima qu'il s'agissait d'un acte d'enquête de police judiciaire de fait qui, en l'occurrence, pouvait être admis en droit, au regard des exigences de protection des intérêts de la société soulevées par la gravité de l'accident.

Élargies par le CJPOA de 1994, ces dispositions légales ouvrent désormais droit au recueil sans consentement, si nécessaire par la contrainte ("*by compulsion*") des parties non intimes du corps, ainsi que des empreintes digitales¹⁰², y compris à des fins de recoupements ultérieurs, au

⁹⁸ Ce principe est notamment tiré, en Grande-Bretagne, de la définition donnée par Lord Justice Goddard : personne n'est obligé de répondre à une question si sa réponse "incline à l'exposer à des poursuites criminelles, à une amende ou une confiscation" (*Blunt v. Park Lane Hotel Ltd.* 1943 2KB 253 à 257). Il revient toujours en effet à l'accusation de démontrer la culpabilité du prévenu.

⁹⁹ *R v. Payne* 1962, 1 ALL ER 848, également : *R v. Court* 1960 44 Cr App. R 242 et *R v. Sang* 1980, AC 402.

¹⁰⁰ RTA, 1988 sect. 7.

¹⁰¹ SHARPE, 2000, 102.

¹⁰² Empreintes digitales et empreintes génétiques sont toutes deux alignées sur le même régime procédural, notamment défini par le PACE Code D, respectivement sect. 3 et 5.

delà de la résolution d'une affaire pendante, en vue de la résolution de cas futurs ("*speculative search*" – PACE 1984 sec. 61, 63, 63A, modifiées par CJPOA 1994 sec. 54-59). L'arrêt "Saunders" de la CEDH (1996) a ensuite bien précisé que l'interdiction de l'auto-incrimination ne saurait être opposée à de tels prélèvements, puisque, selon la CEDH, ces derniers sont désormais encadrés par la loi¹⁰³. Ainsi, le système britannique dispose d'un droit très ouvert au prélèvement d'empreintes génétiques : le PACE tend à considérer les preuves ainsi recueillies moins comme des éléments strictement probatoires, relevant de compétences d'enquête, que d'éléments simplement confirmatoires de l'identité individuelle¹⁰⁴.

La collecte du matériel génétique est entièrement confiée à la police chargée de l'enquête, mais les magistrats de jugement sont de plus en plus enclins à écarter une preuve qui, par exemple, n'aurait pas été communiquée à la défense¹⁰⁵. Ils enjoignent également la police de donner suite aux demandes de la défense d'interroger des témoins selon elle essentiels à la manifestation de la vérité¹⁰⁶. En ce qui concerne la place de l'expertise génétique dans le modèle accusatoire britannique, les experts de l'accusation doivent produire la preuve par la comparaison des ADN assortis des calculs précis de probabilité et la Couronne et les services scientifiques doivent fournir à la défense suffisamment de détails concernant la manière dont les calculs ont été menés pour lui permettre d'examiner de près les fondements de ces calculs¹⁰⁷.

2°) Le degré de l'atteinte au corps et l'incidence sur le consentement

La distinction de fond essentielle apportée par le PACE concerne le degré d'intrusion dans le corps que les prélèvements mettent en jeu. Les "échantillons intimes" sont une empreinte dentaire ou un échantillon de sang, de sperme ou de tout autre de substance, urine, poil pubien, ou un prélèvement effectué sur un orifice autre que la bouche. Ils peuvent être prélevés sur une personne détenue par la police seulement par un officier au minimum de rang de "*Superintendent*", s'il a des motifs raisonnables de croire que de tels prélèvements ou échantillons permettront de confirmer ou d'infirmer la participation du suspect à l'infraction et si le suspect accorde son consentement écrit. La personne sollicitée s'entend alors dire cette phrase par le policier enquêteur : "Vous n'avez pas à vous soumettre à ce prélèvement mais je dois vous avertir que si

¹⁰³ Voir dans une perspective comparée SHARPE, 1998, 494.

¹⁰⁴ SHARPE, 2000, 75. Le consentement écrit, en l'occurrence des parents ou tuteurs, reste nécessaire pour les enfants de moins de 14 ans, c'est celui des parents qui est requis. Entre 14 et 17 ans, ce consentement doit être donné par le suspect ainsi que par ses parents ou tuteurs.

¹⁰⁵ R v Leyland, 1979 2 QB 283.

¹⁰⁶ Fergus, 1994 98 Cr. App. R 313.

¹⁰⁷ Doheny, 1997 1 Cr App R 369.

vous refusez sans de bonnes raisons, ce refus pourra être retenu contre vous devant le tribunal"¹⁰⁸. Dans sa décision *Murray c/ Royaume-Uni* 1996, la CEDH a considéré qu'il n'y a pas violation de l'art. 6 de la Convention européenne, si toutefois la culpabilité ne repose pas seulement ou principalement sur les convictions tirées du refus de se prêter au prélèvement.

Les parties du corps considérées comme ne relevant pas de l'intimité de la personne furent l'objet des modifications les plus importantes introduites par le CJPOA 1994 sec. 55, qui ouvrent désormais droit au prélèvement sans consentement ("*compulsory*"). Ces "échantillons non intimes" sont un échantillon de cheveux (ou de poil pubien), qui incluent le cheveu arraché avec la racine¹⁰⁹, un échantillon prélevé sur ou sous un ongle, un prélèvement effectué sur une partie du corps y compris la bouche, de la salive, etc. Si un officier du rang de superintendant ou équivalent a des motifs raisonnables de croire que l'échantillon pourra confirmer ou infirmer la participation de la personne à l'infraction ; ou si aucun échantillon non intime ne fut prélevé au cours de l'enquête sur la personne, reconnue coupable d'une infraction ou informée de sa relaxe pour l'infraction (ou si l'échantillon prélevé s'avère insuffisant ou ne convient pas) ; ou si la personne a été reconnue coupable d'une infraction après la date d'entrée en vigueur du CJPOA, alors le consentement n'est pas requis. Lorsque ces dispositions s'appliquent, une force raisonnable peut être utilisée si nécessaire pour prélever les échantillons non intimes.

3°) La liberté de collecte et ses effets sur l'abondance du fichier

Comme nous l'avons vu, le prélèvement d'échantillons en vue d'expertises génétiques, peu ou prou aligné sur le régime visant les empreintes digitales, requiert en Grande-Bretagne une simple compétence policière, faiblement encadrée. Elle ne nécessite pas de réquisition judiciaire ("*warrant*"), elle est fondée sur des motifs raisonnables de seulement "suspecter" ou "croire", ainsi que sur la conviction que les analyses "tendront" à convaincre ou disculper. Au delà, quoi qu'il en soit, les échantillons ne sont désormais plus liés aux nécessités de l'enquête, puisque sous l'empire du CJPOA 1994, les échantillons peuvent être pris sur *toute* personne reconnue coupable d'une infraction appelant une peine d'incarcération¹¹⁰. L'infraction elle-même s'étend aujourd'hui aux

¹⁰⁸ PACE Code D sect. 5(1).

¹⁰⁹ La loi définit très précisément ce qu'il faut entendre par "cheveu" : "Lorsque les échantillons de cheveux sont prélevés en vue d'une analyse de l'ADN (plutôt que dans d'autres buts tels que la concordance visuelle) le suspect peut choisir raisonnablement de quelle partie de son corps il souhaite que les cheveux soient prélevés. Lorsque les cheveux sont arrachés, ils le sont individuellement sauf si le suspect en décide autrement et en nombre suffisant" (PACE Code D sect. 5(11) Note 5C). Un prévenu tenta de faire appel du prélèvement de cheveu effectué sur sa personne : il estimait que la racine mettait en jeu un degré d'atteinte à l'intégrité qui touchait à son intimité, ce que la "*Court of Appeal*" refusa d'admettre (R. v. Cook 1995 1 Cr. App. R. 318).

¹¹⁰ SHARPE, 2000, 105.

meurtres, infractions avec armes à feu, homicides involontaires ("*manslaughter*"), coups et blessures volontaires et cambriolages, et l'ensemble des actes provoquant une blessure non négligeable ou aux simples vols avec effraction, ainsi qu'à l'ensemble des infractions sexuelles (y compris les outrages aux mœurs sur mineurs)¹¹¹. Une telle liberté amena la constitution d'un fichier considérable, le plus grand en Europe à ce jour. À dire vrai, la "*Royal Commission on Criminal Justice*" (infra "RCCJ") s'était prononcée dès 1993 pour la constitution du fichier, du fait de la puissance de ce "diagnostic technique, si utile pour établir l'innocence ou la culpabilité".

Ainsi, sitôt l'adoption de CJPOA 1994, l'approvisionnement du fichier connut un bond spectaculaire, par l'enregistrement des données génétiques de l'ensemble de la population carcérale du Royaume-Uni¹¹². Cette population doit être entendue dans le sens le plus large¹¹³ : actuelle ou passée, puisque la mesure fut complétée par le *Criminal Evidence (Amendment) Act* de 1997, qui permit l'enregistrement par des prélèvements "non-intimes" de l'ensemble des personnes incarcérées, libérées depuis 1991 ; détenues ou simplement internées, puisque les personnes placées après 1991 en centre de détention pour jeunes ou en hôpital psychiatrique étaient visées par la mesure ; ainsi que les personnes non jugées pour incapacité ou pour toute autre cause d'exonération pénale. Le refus, de la part d'une personne ayant purgé sa peine, de répondre à une sollicitation en vue d'un prélèvement, est sanctionné d'une interpellation sans mandat judiciaire.

En ce qui concerne la durée de conservation des empreintes et des traces, le PACE Code D prévoyait une conservation sans limite de temps de l'ensemble des empreintes et traces, et une destruction des empreintes de personnes reconnues non coupables ou acquittées. Toutefois, une nouvelle sous-section¹¹⁴, introduite par CJPOA, précise que les échantillons peuvent être conservés en vue d'analyses judiciaires ou de police scientifique, menées par le "*Forensic Science Service*" (créé comme agence indépendante sur recommandation de la RCCJ), sans toutefois pouvoir se prêter aux enquêtes futures. Lorsque les empreintes ainsi conservées ont finalement été employées à nouveau par les services d'enquête pour confondre des prévenus, le juge a considéré le principe de la discontinuité des poursuites et, dans un cas, l'annulation d'une condamnation pour meurtre¹¹⁵ et dans un autre cas la nullité des actes d'enquête sur un viol liés à

¹¹¹ Le *Criminal Justice Act* 1991 sect. 1(2)(b) a de toutes les façons aboli le principe de proportionnalité de la preuve en matière d'infractions de nature sexuelle et le *Sex Offender Act* 1997 a soumis les auteurs de ces infractions à une obligation de signalement auprès de la police pour une période considérée, toujours supérieure à cinq ans. Le droit de la preuve qui touche à ces infractions tend à devenir un droit exorbitant du droit commun, puisque, par exemple, les confrontations au cours de l'enquête peuvent ne pas être nécessaires (*Youth Justice and Criminal Evidence Act* 1999).

¹¹² Sur les conséquences du CJPOA 1994, cf. STEVENTON, 1995, 411.

¹¹³ PACE subsect. 63(7).

¹¹⁴ PACE 64(3)B.

¹¹⁵ R. v Weir 1999, 4829 W2.

l'expertise, et la clôture conséquente de l'enquête, qui ne disposait en réalité que de ce recoupement avec les empreintes indûment conservées¹¹⁶.

Cette annulation provoqua l'indignation du Home Office : "Le profilage ADN est un instrument puissant – une sorte de forme objective de preuve. Sa valeur réside autant, sinon plus, dans sa capacité à innocenter qu'à établir la culpabilité. Lorsque la police enquête sans aboutir à des poursuites ou si le suspect est innocenté, elle conserve habituellement toutes les pièces de l'enquête, y compris les notes des interrogatoires des suspects. Cela a toujours été le cas (...). Pourtant, la loi exige que les plus objectives et les plus puissantes formes de preuve [empreintes génériques] soient détruites si une condamnation ne suit pas le prélèvement d'échantillons en question. Cela a déjà conduit à de sérieuses erreurs judiciaires. Dans deux cas récents, R.v. B. et R. v. Weir, obtenir de force la preuve par ADN pour confondre un suspect de viol et un autre de meurtre, n'a pas pu être utilisé et un suspect ne pouvait pas non plus être poursuivi"¹¹⁷. Finalement, le CJPA sect. 82 de 2001 (= sect. 64(1) PACE) permet la conservation des empreintes et des échantillons d'ADN indépendamment de la déclaration d'innocence, sur la base d'une appréciation discrétionnaire du *Chief Constable*.

Le fichier, qui contenait en 1999 environ 500 000 profils, conservait à l'automne 2002 environ 1,5 million de profils et en juillet 2003 déjà environ 2 millions d'empreintes et de traces (ces dernières comptent pour environ 10% des données conservées)¹¹⁸. Non limité à des catégories particulières d'infractions, le recours aux données du fichier permit selon le gouvernement l'identification de 21 000 personnes dans le cadre d'enquêtes judiciaires en 2002, contre seulement 7 900 en 2000¹¹⁹. Les taux d'élucidation pour l'ensemble des infractions constatées s'élèvent selon le Home Office à 24 % au Royaume-Uni, mais à 37 % lorsque des traces d'ADN sont prélevées sur les lieux¹²⁰. Un résultat particulièrement intéressant est le taux d'élucidation des cambriolages (48 %), imputé, pour cette catégorie traditionnellement pauvre en élucidation, à l'ADN. Un cas de rapprochement particulièrement commenté fut en 1991 celui de John Wood, interpellé pour le vol à l'étalage d'un objet d'une valeur de 10 £, et confondu par ses empreintes génétiques, recueillies dans le cadre de cette affaire, pour une agression sexuelle commise en 1988 sur deux jeunes filles de neuf et onze ans, et jusqu'alors irrésolues. Il reconnut ces deux actes et fut condamné à 15 ans d'emprisonnement.

¹¹⁶ R. v. B. 2001, 2 AC 91.

¹¹⁷ HOME OFFICE, Exposé des motifs au Police Act, Londres, Chambre des Lords, 29 janvier 2001.

¹¹⁸ HOME OFFICE, *DNA. 21st Century Crime Fighting Tool*, Londres, HO-Communication Directorate, 15 juillet 2003.

¹¹⁹ En tout, ce seraient 70 000 recoupements traces/empreintes qui auraient été effectués depuis l'introduction de la technique jusqu'en 2002 (HOME OFFICE INSPECTORATE CONSTABULARY, 2002, 18).

¹²⁰ *Ibid.*, 6.

Cet enthousiasme vis-à-vis de la fiabilité technique de l'ADN s'accompagne récemment d'évaluations plus réservées de l'interface ADN/Enquêteurs. Une certaine déception se fait jour quant à la gestion au profit de l'élucidation des ressources offertes par le fichier des empreintes, du moins dans l'évaluation sur les cambriolages et les vols de véhicules menée par le Home Office en 2001¹²¹. En effet, les enquêteurs déplorent la maigre formation des policiers à la scène de crime (ou de délit), la trop faible diffusion des savoirs, et de manière générale la sous-alimentation du fichier (les policiers, une fois l'auteur confondu, souhaitant se soustraire à la surcharge de travail induite par le prélèvement puis la transmission des empreintes).

Ils déplorent également le manque de suivi de la procédure et notamment le manque d'information relative à l'éventuelle non condamnation de la personne et le maintien, toutefois, de son empreinte dans le fichier. Selon eux, en effet, "plusieurs milliers" d'empreintes seraient indûment conservées, ce qui accroît les risques de poursuites civiles de la part des personnes¹²². Autre motif d'inquiétude, la multiplication des cas de mauvais enregistrement des empreintes, le même profil ADN ayant parfois conduit à l'identification de plusieurs titulaires...

Cependant, la force probatoire de cet instrument technique n'est pas encore entamée par ces récents soucis. De nombreuses voix s'élèvent qui demandent, avec plus de force encore qu'en Allemagne, le fichage génétique généralisé à l'ensemble de la population britannique¹²³. Aussi une proposition gouvernementale fut-elle présentée le 27 mars 2003 visant à autoriser le recueil et l'enregistrement des données génétiques des suspects, au simple stade de leur interpellation, et dont les empreintes digitales peuvent également être recueillies et enregistrées, aux fins de détection de crimes et délits à venir.

Cette disposition fut adoptée au sein du "*Criminal Justice Act*" du 20 novembre 2003 (*infra* CJA 2003), dont l'économie générale, de manière tout à fait intéressante, tend à la fois à étendre les pouvoirs de police et à restreindre le caractère discrétionnaire des décisions judiciaires. Le CJA 2003 permet en effet un accroissement des pouvoirs de "*stop and search*", des pouvoirs de perquisition, une extension de la durée de garde à vue (de 24 à 36 heures en cas de simple délit), un pouvoir d'interpellation pour simple détention de cannabis, et la modification de l'alimentation du fichier ADN.

En la matière, le CJA 2003 confond définitivement les régimes du prélèvement forcé des empreintes génétiques et du prélèvement forcé des empreintes digitales (CJA 2003, Part I, sec. 9 et sec. 10 – "*taking fingerprints without consent*" et "*taking DNA samples without consent*") : toute personne gardée à vue, quel que soit le délit commis ou suspecté, verra ses données digitales et

¹²¹ HOME OFFICE INSPECTORATE CONSTABULARY, 2002.

¹²² *Ibid.*, 20.

¹²³ Cf. l'article de RADFORD, 2002.

génétiques enregistrées, et ce, selon le Home Office, afin d'éviter que des personnes soient libérées sous une fausse identité, que des innocents soient gardés trop longtemps, que des gardés à vue posent un risque à l'égard des autres gardés à vue ou des policiers, et de manière générale de faire un usage extensif de cette nouvelle technique si économe en temps.

Cet enregistrement est systématiquement accompagné d'un croisement avec les empreintes du fichier national, précisément en raison du fait "qu'il y a eu de nombreuses affaires dans lesquelles une personne accusée d'une atteinte relativement petite s'était vue prélevée et ensuite confondue par l'ADN pour un délit beaucoup plus grave¹²⁴".

De manière tout à fait intéressante, le même *Bill* entreprend de restreindre la liberté du juge, de manière assez spectaculaire, il faut le souligner. Notamment, une disposition intitulée "*bad character*" prévoit que "l'une des règles d'exclusion de la preuve veut désormais que la mauvaise conduite passée de l'accusé n'est pas admise à l'audience" (CJA 2003, Part II "*Evidence*", chapt. 1 "*Evidence of bad character*"). Auparavant, en effet, l'accusation pouvait toujours interroger l'accusé sur sa "propension" ("*propensity*") à commettre des actes de nature de celui pour lequel il est traduit devant la justice. Désormais, la loi tend à contraindre le jugement à ne porter que sur les faits audenciés. Nous y reviendrons en conclusion sur ce mouvement qui tend à restreindre l'appréciation de la personnalité criminelle par les juges.

4°) Conclusion

Au regard de la tradition continentale, le droit britannique de collecte et d'enregistrement des données génétiques à des fins judiciaires est de loin le plus libéral, le moins encadré ; et ce de manière croissante au fil de l'adoption des textes législatifs. Lorsque ailleurs le juge est maître, le policier a le monopole de la décision. Lorsque l'infraction ouvrant droit à la collecte est strictement définie, là le toujours imprécis "*serious crime*" suffit. Lorsque, enfin, seules les personnes condamnées se voient enregistrer, là, les simples personnes soupçonnées se voient définitivement inscrites aux fichiers. Cette disposition montre la restriction du champ couvert par la notion de "*privacy*", surtout au regard de celle de la "*Intimsphäre*" allemande. Il montre aussi la très forte liberté de manœuvre dont jouissent les acteurs policiers dans le choix des armes. Aussi, s'il est un pays dans lequel les inquiétudes relatives à la surveillance électronique, nourries de la diversité des fichiers de données individuelles et de leur volume, semblent empiriquement fondées, c'est sans nul doute possible la Grande-Bretagne ; même si, encore une fois, la valeur

¹²⁴ GOUVERNEMENT BRITANNIQUE, Déclaration de presse le 21 novembre 2003.

probante de l'outil technique dépend fortement du contexte de la scène de crime (et qu'il est de ce point de vue difficile de descendre en deçà d'un certain type de faits, fortement individualisés, avec l'instrument génétique), et que les séquences génétiques retenues ne permettent pour l'instant pas de pénétrer de quelque manière dans les données individuelles singulières des porteurs (une trace ne parle qu'au regard d'une empreinte, et encore ne dit-elle pas grand-chose : tout juste qu'elle correspond exactement à l'empreinte).

V – CONCLUSION SUR LA PREUVE GÉNÉTIQUE

Inspirés des travaux de Bruno Latour sur la constitution désormais socio-technique des êtres humains, à ce point pris dans les dispositifs techniques qu'ils en sont devenus des "êtres hybrides"¹²⁵, inspirés également, mais de manière souvent moins rigoureuse, par les études relatives à la dispersion, la plasticité et l'intensification des dispositifs de contrôle social depuis le "dispositif disciplinaire" relevé par Michel Foucault¹²⁶, les sociologues canadiens Kevin Haggerty et Richard Ericson ont tenté de mettre en avant le fait que, désormais, la période contemporaine serait caractérisée par la prolifération de sources de données individuelles et de techniques d'agrégation de ces données, qui contribueraient à fragmenter le corps humain en un nombre incalculable et disséminé de flux d'informations discrètes, insaisissables – et toutes propres, bien sûr, à son contrôle par autrui¹²⁷. Les deux fameux sociologues se distinguent des aruspices toujours prompts à extirper des entrailles des derniers gadgets technologiques de funèbres (mais gratifiants) augures. Ils prennent acte de ce qu'ils appellent l'hybridité humaine, mélange de chair et d'information, pour avancer l'argument selon lequel, aux formes traditionnelles de surveillance de tous (les citoyens) par le haut (l'État), les techniques permettent paradoxalement d'humaniser le contrôle social en le dispersant et le confiant à la raison technique.

En ce qui concerne le prélèvement des empreintes génétiques à des fins judiciaires, part sans doute la plus modeste de ce qu'il est possible de faire à partir de matériels génétiques, il est absolument nécessaire d'imposer la plus grande prudence dans l'interprétation de ce qui est à l'œuvre actuellement en Europe. Au delà même du sort particulier qu'il faut ici réserver au cas britannique, notons qu'en aucun cas le matériel génétique ne livre d'information sur la personne

¹²⁵ LATOUR, 1991.

¹²⁶ FOUCAULT, 1975. Pour faire le point sur le débat, notamment anglo-saxon, relatif à la diversité des modalités du contrôle social : la revue électronique *Surveillance and Society* (<http://www.surveillance-and-society.org>), ainsi que LIANOS, 2001. Sur les régimes de surveillance et de contrôle, nous avons avec Dominique Linhardt proposé une lecture sociologique de deux lieux de contrôle parfaitement distincts : une cité de banlieue parisienne soumise aux formes les plus traditionnelles des contrôles policiers, et un aéroport parisien truffé de machines de surveillance et de détection : JOBARD, LINHARDT, 2003.

¹²⁷ HAGGERTY, ERICSON, 2000.

porteuse : la trace relevée permet seulement de dire s'il y a correspondance avec une empreinte enregistrée ; et l'empreinte permet alors de faire correspondance avec un nom individuel. Nous sommes de ce point de vue très loin d'un complexe "*chair/cyborg*" tel que celui que décrivent Haggerty et Ericson. Quant aux prophètes de malheur, on les laissera librement voir dans l'enregistrement par certains États (les États-Unis, en l'occurrence) d'empreintes digitales ou d'iris oculaires des voyageurs aériens une "nouvelle relation biopolitique normale entre les citoyens et l'État [qui] concerne l'inscription et le fichage de l'élément le plus privé et le plus incommunicable de la subjectivité : je veux parler de la vie biologique des corps"¹²⁸. Laquelle subjectivité corporelle n'est bien sûr absolument pas en jeu dans ces enregistrements, semblables en cela aux détecteurs de vols des grands magasins, bien incapables de dire quoi que ce soit de la subjectivité du vêtement ou du voleur lorsqu'ils émettent leur bip accusateur au hasard d'un passage entre deux bornes de détection.

Ceci étant acquis, deux partages semblent clairement établis en Europe autour de cette question. Le premier distingue l'élucidation de faits constatés et l'aide aux enquêtes futures ; autrement dit la collecte à des fins d'élucidation de faits consommés ou futurs. Le second trace une ligne pour l'instant difficilement franchissable entre les deux pays de droit continental que sont la France et l'Allemagne d'une part, la Grande-Bretagne d'autre part. Nos conclusions intermédiaires sont revenues sur ces éléments : dans les premiers, la collecte est fortement encadrée, et d'autant plus qu'elle sert à des élucidations futures, et reste une prérogative judiciaire ; en Grande-Bretagne, la collecte est une initiative policière, à l'appréciation presque entièrement libre du policier.

De manière générale, on constatera toutefois la distance entre la valeur technique et la valeur probante de l'outil génétique : rappelons-le, une découverte d'empreinte ne signifie pas résolution policière, encore moins décision judiciaire. Mais elle oriente l'enquête vers les moyens classiques (enquêtes de personnalité autour du porteur, interrogatoire sur les mobiles éventuels, etc.), et laisse le juge libre d'apprécier les circonstances. C'est pourquoi nous avons ici souvent répété que l'expert ne se pare pas de la robe du magistrat. De ce point de vue, et pourvu que la collecte, la conservation et l'identification des matériels soient menées sans pollution aucune, on peut en effet assurer que l'ADN non codant constitue un instrument à la fois fiable quant à sa valeur probante et garante quant à la protection de l'intégrité individuelle. On s'empressera d'ajouter que, de toutes les techniques soumises ici à l'examen, ce sera bien la seule que l'on dotera de ces trophées.

¹²⁸ Article : "Non au tatouage biopolitique", *Le Monde*, 11 janvier 2004.

DEUXIÈME PARTIE

LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES

L'article 8 de la Convention européenne, tout en posant en effet une protection, un respect de la vie privée et familiale ainsi que du domicile et de la correspondance, permet en l'encadrant "l'ingérence d'une autorité publique", à des fins préventives ou répressives. Deux conditions sont posées à cette ingérence : *sa légalité* et *sa nécessité* au regard d'intérêts particulièrement protégés. C'est ainsi, dans ce cadre, le partage entre les sphères privée et publique qui pose en particulier problème et suscite interprétation. C'est dans ce cadre que s'insèrent les mesures judiciaires d'écoute téléphonique.

Malgré l'intégration de la convention européenne dans chacun des ordres juridiques, et un partage de valeurs et de principes tenant à la démocratie, la légalité ou à la dignité, un certain nombre d'espaces de perception spécifiques demeurent quant au droit à la vie privée et à sa protection. La tension se joue entre la protection de la vie privée et celle de l'ordre social par la lutte contre les infractions. Chacun des ordres juridiques balance dans la priorité accordée à ces deux buts également acceptés.

En Angleterre, jusqu'en 1998, il n'y avait pas de droits substantiels généraux liés à la vie privée ; là où l'autorité n'a pas expressément le droit d'intervenir, règne la liberté de l'individu. Le "*Human Rights Act*" (HRA) de 1998 va permettre aux juridictions d'ajuster et de sanctionner des mesures contraires aux valeurs énoncées par la convention européenne. En Allemagne, la Constitution depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale débute par une liste de droits fondamentaux du citoyen avec lesquels l'action des pouvoirs publics et les législations doivent rester compatibles, sous peine de non-conformité déclarée *a priori* ou *a posteriori* par le tribunal constitutionnel. En France, la Constitution pose l'obligation du contrôle par le juge, gardien des libertés individuelles ; disposition à laquelle veille, dans l'hypothèse d'une saisine par voie d'action, le Conseil constitutionnel.

Des différences notables portent sur les autorités chargées d'utiliser de tels procédés dans l'enquête, sur leur contrôle, sur les buts poursuivis et l'utilisation du produit recueilli, bien qu'on puisse assister progressivement à une harmonisation sous la pression européenne. Cette dernière a pourtant accepté la législation allemande qui impliquait que le contrôle de pareilles mesures fût assuré par deux organes parlementaires, donc non judiciaires, mais qui jouissaient d'une

autonomie suffisante pour exercer ce contrôle de manière objective. La CEDH laisse une marge d'appréciation aux autorités nationales. Dans l'arrêt *Klass*, où la sécurité nationale était en jeu, la Cour a retenu que "le législateur national jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire. [La Cour] n'a sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce qui pourrait être la meilleure politique en ce domaine". Toutefois, ce pouvoir d'appréciation n'est pas illimité. La CEDH vérifie que la restriction correspond aux dispositions de la convention. Ce contrôle est plus ou moins large selon les cas. La marge d'appréciation porte à la fois sur la loi elle-même et sur les décisions qui l'appliquent, même si elles émanent d'une juridiction indépendante. Dans l'arrêt *Klass*, la CEDH a retenu que les conversations téléphoniques "se trouvent comprises dans les notions de 'vie privée' et de 'correspondance'".

Il s'agissait en l'espèce d'écoutes "administratives", ordonnées dans le but de sauvegarder la sécurité nationale. Si en Allemagne et en France (du moins jusqu'au projet de loi d'avril 2003 sur la criminalité organisée) les écoutes sont nettement distinguées selon qu'il s'agisse, pour reprendre le vocabulaire français, "d'interceptions de sécurité", prises dans un cadre préventif afin d'empêcher tout acte attentatoire aux intérêts fondamentaux de l'État, ou d'écoutes judiciaires à proprement parler, la distinction ne fait pas de sens en Grande-Bretagne, où l'ensemble des mesures sont peu ou prou un instrument confié à l'Exécutif. Nous ne parlerons ici néanmoins que des mesures judiciaires d'écoute téléphonique.

I – LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES EN ALLEMAGNE

Les écoutes téléphoniques constituent un moyen d'enquête particulièrement apprécié (et pareillement décrié) en Allemagne. On estimait qu'entre 1987 et 1992, la probabilité de faire l'objet d'une écoute téléphonique (toutes écoutes confondues), était treize fois supérieure en Allemagne qu'aux États-Unis, où le niveau de la haute criminalité était alors bien plus élevé qu'en Allemagne¹²⁹, ordre de comparaison qui semble s'être aggravé depuis, puisque l'on comptait, au tout début des années 2000, 0,5 écoute pour 100 000 habitants aux États-Unis, contre 15 en Allemagne¹³⁰. Selon les comptages menés par Norbert Pütter, les écoutes téléphoniques sont par exemple le moyen technique quantitativement le plus employé en matière de lutte contre la criminalité organisée¹³¹.

¹²⁹ BÖTTGER, PFEIFFER, 1994, 8.

¹³⁰ ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 104.

¹³¹ PÜTTER, 1998, 75. L'enquête de Norbert Pütter sur la lutte contre la criminalité organisée porte sur l'exploitation de questionnaires ouverts, adressés aux 75 policiers et procureurs de six Länder (de l'Ouest) ; 71 interviews menées avec les destinataires du questionnaire, d'une durée de 40 mn à 2,5 heures ; questionnaires fermés, administrés pour

Les écoutes judiciaires n'y sont possibles que dans le cadre légal des enquêtes et poursuites, en réponse à des situations infractionnelles textuellement définies. Conformément à la Constitution, la mesure de placement sur écoutes judiciaires, touchant à l'exercice des droits fondamentaux (art. 10 LF, droit au secret des correspondances), relève de la matière législative ("*Gesetzvorbehalt*" – compétence exclusive de la loi). Une première loi fut ainsi adoptée en mai 1968, avec le consentement des Alliés¹³², dans le cadre des dispositions plus générales sur l'état d'urgence ("*Notstandsgesetze*"), qui avaient nécessité la révision de la Loi fondamentale par la coalition gouvernementale du chancelier Kiesinger. L'adoption de cet ensemble législatif fut l'occasion par les Alliés d'abandonner leur pouvoir d'autorisation préalable ("*Vorbehalterecht*") dans tout un ensemble de domaines policiers, judiciaires ou de renseignement. La décision d'écoutes judiciaires relevait en effet auparavant des services judiciaires, après sollicitation d'une autorisation auprès des Alliés¹³³.

La loi de 1968 créa § 100a et §101 StPO sur la surveillance et la transcription des télécommunications ("*Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation*", aujourd'hui "TKÜ"). Si § 100a StPO liste les infractions ouvrant droit à l'interception et l'obligation d'une décision motivée, prise par le juge de l'instruction, § 101 StPO précise que l'interception doit toujours entraîner l'information de la personne visée par le ministère public, dès lors que cela ne menace pas la bonne marche des enquêtes, ni la sûreté, la sécurité des biens et des personnes, ou la possibilité d'emploi à venir de nouvelles écoutes visant la même personne.

La notion de surveillance des télécommunications vise l'écoute des conversations effectivement tenues. Un autre moyen d'enquête vise, au-delà, l'enregistrement des données liées aux communications passées, afin d'alimenter les bases de données permettant le recoupement, par des logiciels d'analyse quantitative, des communications tenues entre diverses personnes recherchées. Les autorités chargées des enquêtes judiciaires peuvent, aux fins d'élucidation d'affaires dites "d'une particulière gravité" ou de prévention de faits de même nature ("*Straftat erheblicher Bedeutung*"), requérir les entreprises de télécommunication afin d'obtenir, à partir d'un numéro de téléphone donné, l'emplacement de la ligne, le titulaire du contrat, les numéros de téléphone appelés et appelant, les dates et heures de déroulement des conversations (§ 100g

vérification des données d'entretien auprès de policiers relevant de divers services de police judiciaire (dont ceux de lutte contre la criminalité organisée) ; recherche de documents législatifs et administratifs. Pour une discussion de cet ouvrage, cf. JOBARD, 2000, 241-254.

¹³² GUERRIER, 2000, 47-48.

¹³³ Sur cette situation de semi-souveraineté en matière judiciaire et surtout de renseignement, cf. les développements juridiques autour de l'affaire "*Telefonaffäre*" de 1964 (la révélation par les journaux *Die Zeit* et *Der Stern* d'écoutes préventives par les services allemands avec le consentement des Alliés), in Bundestag billigt Bericht der Untersuchungsausschusses zur Klärung der Telefon-Affäre, *Archiv der Gegenwart*, avril 1964, 11219 et suiv. Sur la semi-souveraineté et de manière plus générale sur les lois sur l'état d'urgence adoptées le 30 mai 1968, cf. *Archiv der Gegenwart*, 30 mai 1968, 13940 et suiv.

StPO). Ces pouvoirs, bien moins encadrés sur le fond et sur la forme, que ceux prévus par §100a StPO, ne constituent pas à proprement parler des mesures d'écoutes téléphoniques, et ils ne seront pas traités ici.

Par ailleurs, il faut noter bien sûr que les communications dont il est question ici embrassent tout aussi bien, et sans autre distinction que celle des moyens techniques employés¹³⁴, les lignes fixes que les téléphones cellulaires¹³⁵. De ce point de vue, les écoutes téléphoniques à des fins judiciaires ont connu une croissance considérable depuis ces dernières années. Si, entre 1995 et 2000, le nombre d'écoutes ordonnées par les juges est passé de 2 500 à 3 700, on recensait 9 800 mesures en 1998, et le double en 2001 ! Cette formidable (et coûteuse) croissance, dont certains tirent l'argument selon lequel le recours aux écoutes téléphoniques est un moyen de plus en plus apprécié en soi par les autorités chargées des poursuites¹³⁶, est toutefois essentiellement due, aux dires des acteurs de la chaîne pénale, à la multiplication des téléphones cellulaires, et ne se rapporte pas à une préférence accrue de leur part pour ce moyen d'enquête, au formalisme et au coût financier souvent bien dissuasifs¹³⁷.

1°) Un catalogue étendu d'infractions visées

La singularité de § 100a StPO est de s'être ouvert à des infractions toujours plus nombreuses, au fil de l'adoption de lois spécifiques : "presque aucune réforme de la procédure pénale n'a, ces dernières années, laissé inchangé le catalogue des infractions"¹³⁸. Si, au départ, les infractions et circonstances visées étaient celles de nature à mettre en péril la sûreté nationale (par exemple, trahison, menaces sur la paix internationale ou sur les forces alliées stationnées en RFA) ou ne visaient que des infractions particulièrement graves (meurtre, actes de barbarie, génocide, mais aussi chantage, traite des êtres humains, atteintes à la liberté individuelle, cambriolage), la loi sur les armes à feu ("*Waffengesetz*") de 1972 (modifiée en 2002), la loi sur les stupéfiants ("*Betäubungsgesetz*") de 1974 (modifiée notamment en 1992), la loi sur les relations économiques extérieures ("*Außenwirtschaftsgesetz*"), les lois sur la criminalité organisée ("*Organisierte Kriminalitätsgesetz*") de 1992, les lois sur l'immigration et l'asile de 1994, et enfin les lois de 1998 sur

¹³⁴ ARTKÄMPER, 1998, 202.

¹³⁵ De manière générale, cf. GERCKE, 2002, 20-28, et, pour la jurisprudence, cf. NACK, 1999, § 100 a StPO, Rn. 6.

¹³⁶ VOLKMAR, 1997, 205.

¹³⁷ Les résultats quantitatifs et qualitatifs sont tirés de l'étude de ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 46-47 et 324-343. Ce travail considérable consiste en l'examen intensif de 523 procédures fondées sur les §§ 100a, 100b StPO, closes en 1998, ainsi qu'en l'administration et l'exploitation de questionnaires adressés à environ 6 000 praticiens (policiers, procureurs, juges du siège et de l'instruction, défenseurs – taux de réponses : 43 %), et enfin 43 entretiens semi-directifs.

¹³⁸ PÜTTER, 2002, 17.

le blanchiment d'argent sale. La plupart de ces lois, il faut le noter, ont en outre été modifiées lors de la promulgation des lois destinées à la lutte contre le terrorisme, à la fin de l'année 2001¹³⁹.

Le catalogue des infractions est donc désormais considérable, puisqu'il inclut, outre celles déjà citées, et de manière non exhaustive, les délits de falsification de monnaie, d'atteinte sexuelle (simple et aggravée) à l'encontre des enfants, la diffusion illégale de matériels pornographiques, un vol commis en bande, un cambriolage ou un vol avec extorsion, une simple extorsion, une infraction de recel, un délit de blanchiment d'argent, diverses infractions aux législations sur les armes et sur les stupéfiants, ainsi que sur l'entrée et le séjour des étrangers, l'asile et le terrorisme. De plus, la définition des faits par la jurisprudence tend à élargir la notion de faits catalogués ("*Katalogtat*"), en prévoyant des faits en quelque sorte "connexes". Ce qui gouverne en effet l'admissibilité par exemple des découvertes incidentes est qu'elles se rapportent à des infractions "en relation" ("*im Zusammenhang*") avec le catalogue § 100a StPO, et la matérialité du soupçon au moment de la décision d'interception¹⁴⁰, ce qui élargit considérablement le champ des infractions "couvertes" par le catalogue.

À interroger les praticiens sur leur évaluation de la nécessité du catalogue d'infractions (réponses aux 6 000 questionnaires et aux 43 entretiens ouverts), l'instrument est estimé globalement satisfaisant. Les praticiens ne semblent pas aujourd'hui soucieux outre mesure de modifier l'état des définitions des infractions. Bien plus, la plupart sont plutôt enclins à demander une plus grande clarté dans la définition des infractions légitimes à ouvrir droit aux écoutes, et ôter du champ les notions de "infraction en relation avec une infraction cataloguée", qui semblent plus encombrer les raisonnements que faciliter l'exécution rapide de la mesure.

Souhaits des praticiens relatifs au catalogue d'infractions (§ 100a StPO)

	Policiers	Procureurs	Juges du siège	Défenseurs
Étendre	34	43	21	2,6
Limiter	0	0	3	36
Conserver	34	37	61	48,5
Abandonner	23	15	11,5	8
Combiner	9	4	3,5	4,7

Source : ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 268-276 et 357-387.

Toutefois, le simple soupçon de participation à ces infractions ne suffit pas : la loi prévoit en effet que des faits matériels ("*bestimmte Tatsachen*") doivent attester du lien entre la personne visée et l'infraction poursuivie, prévue dans le catalogue de § 100a StPO. Si le lien consiste justement, et sans intention délictuelle, à offrir ou permettre l'utilisation de sa ligne téléphonique,

¹³⁹ Cf. la description de ces "*Sicherheitspakete*" in JOBARD, 2003, 192-216.

¹⁴⁰ BGHSt 26, 298.

une personne peut tout à fait être l'objet d'écoutes, même, donc, au titre de "tiers"¹⁴¹. La mesure, cependant, ne doit pas viser l'avocat de la personne poursuivie, sous peine de vider de son sens le principe de la libre communication entre une personne suspectée et son défenseur¹⁴².

Sur ce point, les praticiens dans leur réponse aux questionnaires plébiscitent l'actuelle définition, même peu claire, du degré de soupçon ouvrant droit aux écoutes¹⁴³. Comme on le verra en effet, la mesure est essentiellement policière, ou du moins anté-juridictionnelle, dont la réussite est donc logiquement conditionnée par la marge d'appréciation concédée aux acteurs pré-pénaux par le juge de l'instruction.

2°) Encadrement de l'autorisation judiciaire

La loi organise principalement la décision d'écoutes judiciaires¹⁴⁴, en précisant qu'elle ne peut être ordonnée que par le juge de l'instruction ou, en cas de danger majeur affectant le succès de l'enquête ("*Gefahr im Verzug*"), par le procureur. Dans ce dernier cas, appelé "procédure d'urgence" ("*Eilverfahren*"), la décision doit être validée par le juge dans les trois jours. L'ordonnance du juge doit viser, par écrit, le nom ainsi que le numéro de téléphone des personnes visées, d'une part, la durée prévue de l'interception d'autre part, étant entendu que la durée maximale est de trois mois, renouvelable une fois. Si les circonstances qui ont motivé la mise sur écoutes ne sont plus constatées, le juge doit sans délai prendre toutes les mesures pour la faire cesser.

Puis, conformément au principe de proportionnalité, la mise en œuvre de ce moyen est soumise à une considération de subsidiarité, selon laquelle les autres moyens sont estimés "vains ou particulièrement plus coûteux" ("*aussichtslos oder wesentlich erschwert*"¹⁴⁵), notamment, précise la jurisprudence, en termes de temps¹⁴⁶. Néanmoins, les cours d'appel n'ont jamais qu'un pouvoir restreint d'appréciation des actes ordonnés par le juge en première instance ("*Beurteilungsspielraum*"), puisqu'elles les annulent uniquement dans le cas où il s'avère que le juge a agi de manière

¹⁴¹ BVerfG 30, 1 (22).

¹⁴² § 148 StPO, confirmé par la jurisprudence BGHSt, vol. 33, 347-349. En réalité, à la différence des mesures de sonorisation, la protection de personnes particulières échoit à l'appréciation des juridictions. Ainsi, le tribunal constitutionnel a récemment (1 BvR 330/96 et 1 BvR 348/99 – 12 mars 2003, cf. *Bürgerrechte und Polizei/CILIP*, 74, 1, 2003, 85) débouté deux journalistes dont les policiers avaient examiné les données numériques (dépouillement des numéros appelés entre 1995 et 1998), car les faits recherchés étaient d'une gravité substantielle. C'est en effet ce suivi des appels qui avait permis l'arrestation de l'ancien terroriste Hans-Joachim Klein en Normandie en septembre 1998.

¹⁴³ La notion de "*bestimmte Tatsachen*" est en effet plébiscitée par 95% à 99% des acteurs interrogés. Seuls 43 % des avocats sont favorables à cette définition (ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 195 – les auteurs de l'étude, en revanche, sont favorables à une définition moins souple du degré de soupçon requis – 465).

¹⁴⁴ § 100b StPO.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, *StPO*, § 100a note 7.

arbitraire ou manifestement infondée¹⁴⁷. De manière générale, on note toutefois que les instances d'appel sont un peu plus favorables, en Allemagne, à l'examen approfondi des procédures soumises à leur appréciation, dès lors que la jouissance des droits fondamentaux est en jeu, même si aucune décision spectaculaire en matière d'écoutes ne semble pour l'instant avoir été prise.

Cependant, l'examen des conditions réelles de rédaction des ordonnances judiciaires montre très vite que les juges, en la matière, ne s'accordent pas le temps qu'eux-mêmes estimeraient nécessaire à l'examen de la subsidiarité de la mesure : les juges interrogés disent consacrer aux demandes adressées par le parquet de dix à trente minutes de leur temps, compte tenu de leur charge de travail¹⁴⁸. Et lorsque la demande n'est pas conforme aux exigences formelles, lorsque par exemple elle ne prend pas le soin de préciser la durée prévue de mise sur écoutes, un tiers d'entre elles donnent lieu à une ordonnance judiciaire sans précision de la durée autorisée de déroulement de la mesure, contrairement aux exigences posées par la loi¹⁴⁹.

Cette souplesse de l'application de la loi tend à voir en réalité le procureur transmettre le plus souvent telles quelles les demandes émanant des services de police, et le juge les admettre également telles quelles. Dans 21 % des cas, le juge reprend la formulation transmise par le procureur, dans 9 % des cas la formulation transmise par la police, et dans 15 % des cas, il se contente même de reproduire le texte du § 100a StPO. Ainsi, seulement 23 % des 523 procédures examinées par les chercheurs de l'Institut Max Planck leur semblaient conformes aux exigences requises par la loi¹⁵⁰. Les mêmes observations sont à faire en cas de demande de reconduction des écoutes. On peut ainsi conclure à un écart certain entre les exigences législatives et les pratiques effectives des juges de l'instruction pourtant institués par la loi comme garants de la sauvegarde des libertés individuelles ; lequel constat est également confirmé par une enquête empirique de moindre ampleur publiée récemment, et qui porte exclusivement sur le contenu des ordonnances judiciaires¹⁵¹.

On note la même négligence du formalisme requis en ce qui concerne l'évaluation de la nécessité de la mesure par les juges, lorsque le ministère public leur transmet une demande de réquisition. Ainsi, dans l'enquête du Max Planck Institut für Strafrecht, produite pour le ministère fédéral de la Justice, seuls 40 % des actes ordonnés par les juges mentionnaient les informations effectivement recherchées pour lesquelles les mesures s'avéraient nécessaires¹⁵². En revanche, la même étude montre la faible fréquence du recours à la procédure d'urgence, utilisée dans un

¹⁴⁷ BGHSt, vol. 41, 30.

¹⁴⁸ ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 160-162.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 169.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 228-239.

¹⁵¹ BACKES, GUSY, 2003a, 249-252.

¹⁵² ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 160-162.

dixième des cas seulement. Dans ce cas, rares sont les décisions prises par les procureurs qui ne sont pas validées par l'ordonnance du juge dans le délai requis de trois jours (environ 5 % des cas)¹⁵³. Cette donnée montre combien la décision de placement sur écoutes relève, dans une écrasante majorité des cas, d'un consensus fort entre les différents acteurs de la chaîne pénale ; chaîne de confiance qui tend à réduire les injonctions formelles édictées dans le droit¹⁵⁴.

3°) L'information des personnes visées

§ 101 StPO précise par ailleurs que l'interception doit toujours entraîner l'information par le procureur de la personne visée, ainsi, selon l'opinion dominante, que l'ensemble de ses interlocuteurs qui ont été écoutés¹⁵⁵. Cette mesure ne doit cependant pas contraindre la bonne marche des enquêtes, ni la sûreté, la sécurité des biens et des personnes, ou la possibilité d'emploi à venir de nouvelles écoutes visant la même personne.

En pratique, bien sûr, on peut s'attendre à ce que ces réserves sur la conduite de l'enquête concernent en réalité l'essentiel des écoutes réalisées dans un cadre judiciaire. Le tribunal constitutionnel a toutefois récemment opéré un revirement quant à la recevabilité de l'action civile en dédommagement d'écoutes menées dans un cadre judiciaires, et abandonnées faute d'éléments. Le tribunal a en effet reçu la plainte d'un particulier qui n'avait pas été retenu coupable des charges qui pesaient sur lui. Ces charges, qui avaient initialement permis les écoutes, avaient donc ensuite été légalement abandonnées, et le requérant avait demandé à être dédommagé du fait qu'il n'avait pas été informé de la mesure d'écoute par les services du procureur. Les juges constitutionnels ont alors affirmé, contre leur jurisprudence antérieure, que le principe fondamental de garantie de la protection judiciaire en matière de liberté individuelle ouvre toujours la possibilité de demander les poursuites contre l'autorité publique au motif d'une intrusion dans la vie privée, même si celle-ci a cessé avec l'extinction des poursuites, et dès lors que l'autorité en question ne l'avait pas informée qu'elle faisait l'objet d'une interception¹⁵⁶.

Encore faut-il, bien sûr, que les personnes concernées demandent en effet à être informées. Or, il s'avère que sur 523 affaires dépouillées par l'équipe de l'Institut Max-Planck, seuls 15 % des cas ont effectivement entraîné l'information des personnes visées par l'ordonnance judiciaire,

¹⁵³ *Ibid.*, 175-179.

¹⁵⁴ Même dans le cas du dépouillement des coordonnées des appels reçus et donnés (qui n'inclut pas d'écoute des conversations), le tribunal constitutionnel a rappelé récemment que le juge de l'instruction ne saurait se contenter de recopier à l'affirmative les termes de la demande d'ordonnance émanant du procureur (décision sur les deux journalistes et Hans-Joachim Klein, 12 mars 2003 – *cf. infra*).

¹⁵⁵ KLEINKNECHT, MEYER-GOBNER, *StPO*, § 101 Rn. 2.

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 100b Rn. 10. BVerfG, vol. 96, 27.

tandis que 6 % des cas ont amené un refus motivé d'information (on ne parle même pas ici de l'ensemble des personnes effectivement écoutées, mais seulement des titulaires de la ligne)¹⁵⁷. Si les personnes ne sont finalement pas informées, comme la loi l'exige, cela tient moins aux "nécessités de l'enquête" qu'à l'absence de réaction de leur part, et ce par désintérêt à l'égard d'une mesure qui n'a plus cours, ou par simple méconnaissance de la loi.

4°) *Les découvertes incidentes*

La loi vise très exactement les écoutes "incidentes". Ces éléments visent toutefois tout aussi bien une nouvelle personne (les enquêteurs écoutent X pour l'infraction A cataloguée, mais constatent au cours de l'écoute que A serait non pas commise par X, mais par Y – cas dit de "*personelle Grenze*"), que de nouveaux faits (les enquêteurs écoutent X pour l'infraction A cataloguée et découvrent des éléments concordants relevant d'une infraction B cataloguée – cas dit de "*sachliche Grenze*").

Selon § 100a StPO, les informations personnelles découvertes incidemment par l'interception d'une télécommunication ne sont admises que dans la mesure où elles aident à l'élucidation d'une infraction visée par § 100a StPO. La jurisprudence a, en effet, largement admis que les infractions découvertes incidemment soient poursuivies¹⁵⁸, ainsi que les personnes dont une écoute incidente révèle la participation à des infractions autres que celles initialement visées¹⁵⁹.

Les problèmes soulevés par la valeur des preuves liées aux écoutes incidentes visent séparément ces deux objets de l'interception.

A) Écoutes incidentes révélant d'autres infractions ("sachliche Grenze")

En tant que moyen lié à une ou plusieurs infractions déterminées, tout d'abord, les écoutes incidentes peuvent amener à découvrir soit de nouvelles infractions liées à celles qui avaient motivé la mise sur écoutes, soit de nouvelles infractions sans rapport avec les infractions originales. L'une des toutes premières décisions judiciaires concernant les découvertes incidentes fut prise au début des années soixante-dix par l'instance suprême du Land de Hambourg, qui avait reconnu la validité inconditionnelle de toutes les découvertes incidentes révélées par des

¹⁵⁷ ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 450-451.

¹⁵⁸ BGHSt, vol. 27, 355-358.

¹⁵⁹ BGHSt, vol. 28, 122-129.

écoutes légalement menées au regard du § 100a StPO¹⁶⁰. Cette interprétation se voyait d'emblée fortement contestée, notamment au regard des limites posées par cet article quant aux infractions visées : dès lors qu'un catalogue est défini, les découvertes incidentes ne peuvent fonder des poursuites qu'à l'encontre d'infractions effectivement recensées¹⁶¹. Le BGH lui-même entendit ces critiques et posa ses propres conditions de recevabilité des écoutes incidentes¹⁶².

La jurisprudence du BGH a constamment rappelé le principe général selon lequel, compte tenu de l'importance des droits fondamentaux visés par la mesure, les écoutes téléphoniques doivent rester des moyens d'enquête rares¹⁶³. En outre, la recevabilité des découvertes faites au moyen d'écoutes doit elle aussi être strictement encadrée¹⁶⁴. Plus précisément encore, la régularité de la collecte de la preuve ("*Beweiserhebung*") n'entraîne pas nécessairement sa recevabilité ("*Verwertbarkeit des Beweises*"¹⁶⁵).

Toutefois, la jurisprudence tend à lire § 100 a StPO dans un sens favorable à la liberté de la preuve. Ainsi, ne peuvent être frappées de nullité les interceptions ayant visé une infraction relevant certes du catalogue, mais contre laquelle une plainte n'a pas été déposée¹⁶⁶, ou qui ont amené une décision d'abandon des poursuites prévu par § 153a StPO¹⁶⁷ voire une décision de relaxe¹⁶⁸. "La décision à l'audience ne saurait amener à déclarer une preuve inadmissible et irrecevable ("*unzulässig und unverwertbar*") au moment de sa collecte"¹⁶⁹ : une chose est l'autorisation d'interception, une autre le constat, les poursuites et bien sûr la condamnation pour des faits visés par le catalogue, ou des faits voisins (*cf. infra* : la jurisprudence tend de plus en plus à admettre les faits "en relation" avec des faits catalogués – "*im Zusammenhang mit Katalogstraftaten*").

Ce principe est substantiellement élargi lorsque les indices réunis laissent croire à des actes terroristes ou de criminalité organisée. Dans ce cas, toute preuve est admise, dès lors que l'ordonnance mentionne que l'interception a pour fin l'élucidation de tels faits, voire simplement que les éléments recueillis au moyen de l'interception semblent raisonnablement attester de la participation à une organisation criminelle ("*kriminelle Vereinigung*"¹⁷⁰). Sont alors seulement

¹⁶⁰ OLG Hamburg, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 157 ; pour une interprétation favorable de cette décision : W.B. Schönemann, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, 406.

¹⁶¹ Schroeder JR 1973, p. 252-253, Weber, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 1056, Rudolphi-Schaffstein-FS, p. 449.

¹⁶² BGHSt, 28, 122.

¹⁶³ BGHSt, 26, 298, 303-304 ; BGHSt, 28, 122, 125.

¹⁶⁴ BGHSt, 28, 122, 125.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 122, 124.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 122.

¹⁶⁷ OLG Hamm JMB1, *NW*, 1978, 32.

¹⁶⁸ BGH 1, *StR*, 365/73 v. 5.3., 1974. Non publié, cité d'après WELP, 1981, 478, n. 24.

¹⁶⁹ BGH, *NJW*, 1979, 1370-1371.

¹⁷⁰ Sur les conflits de définition en droit allemand quant à la criminalité organisée, la criminalité en bande ou l'association de malfaiteurs, PÜTTER, 1998, et en français, JOBARD, 2000, 241-254.

exclues de la preuve les découvertes incidentes qui visent des actes ne relevant pas du "domaine d'activités" ("*Tätigkeitsgruppe*") du groupe placé sur écoutes¹⁷¹.

Roxin et Welp explorent également la notion d'unité factuelle des infractions poursuivies ("*historischer Vorgang*") : lorsque par exemple A et B sont placés sous écoutes car soupçonnées de commettre l'infraction X, et commettent effectivement ensemble une infraction, mais l'infraction Y¹⁷². Les faits découverts peuvent ou non relever du catalogue. Dans le premier cas, il ne s'agirait pas à proprement parler, d'un point de vue procédural, de découvertes incidentes. Dans le second cas, en revanche, les deux auteurs rejettent la jurisprudence en cours, selon laquelle seule la décision finale permet de décider, rétrospectivement, de la validité des preuves. Welp convoque là encore la procédure des ordonnances supplétives, seule à même de préciser de manière circonstanciée le degré de soupçon, la nature des infractions supposées, leur conformité avec le catalogue. Roxin va plus loin dans la critique adressée à la libéralité de la jurisprudence sur la recevabilité des preuves, notamment au regard du fait que des résultats incidents peuvent être admis, même si les poursuites initiales ont été abandonnées voire si l'enquête préliminaire n'a pas débouché sur les poursuites initialement envisagées : "Ainsi la pratique rend possible l'emploi du § 129 *et suiv.* StGB [criminalité en groupe] afin de construire des accusations permettant la recherche de délits qui n'aurait jamais pu être ordonnée dans le cadre des §§ 100b, 100b StPO".

Dans cet ordre d'idées en effet, un arrêt du BGH a clairement posé que le soupçon d'incitation à la commission d'un crime (délit défini par § 30 Abs. 2 StGB : "est également puni quiconque se déclare prêt à la commission ou à l'incitation à un crime, s'offre à celles-ci ou confère avec un autre en vues de celles-ci") relève de la liste du § 100 StPO¹⁷³. Dans ce cas en effet, est défendue l'idée selon laquelle le texte même du § 100a StPO prévoit que l'interception peut être ordonnée dès lors qu'un individu se prépare, "par une infraction", à la commission d'un acte prévu dans le catalogue. Néanmoins, une partie de la doctrine soutient que la préparation de l'infraction doit consister elle-même en une infraction autonome ; ne suffirait pas, alors, le soupçon de préparation ou d'incitation ou de disposition à la commission d'une infraction envisagé sous § 30 Abs. 2 StGB.

Cette jurisprudence, qui valide les interceptions incidentes *a posteriori* pourvu que les faits alors poursuivis relèvent du catalogue *stricto sensu* ou soient seulement en rapport avec eux, a donné lieu à d'intenses controverses au sein de la doctrine, du refus pur et simple de l'admission de découvertes incidentes à la proposition de divers aménagements des solutions jurisprudentielles. Le refus de l'admissibilité repose simplement sur le fait que § 100a StPO définit

¹⁷¹ BGHSt, 28, 122.

¹⁷² WELP, 1981, 478.

¹⁷³ BGH, *StV*, 1984, 442.

un domaine par essence strict. Or, le BGH prive ainsi d'effet la délimitation posée par la loi en admettant la découverte incidente de faits seulement voisins ou en relation ("*im Zusammenhang*") avec les infractions du catalogue ; et les justifications de nature criminologique apportées par le BGH s'opposent au principe constitutionnel de stricte délimitation des atteintes aux droits fondamentaux par l'autorité publique¹⁷⁴.

Certains proposent alors une limitation légale de l'admissibilité des preuves incidentes. Par exemple, Welp suggère l'analogie avec le droit des découvertes incidentes en cas de perquisitions ("*Durchsuchungen*"). Les découvertes incidentes lors de perquisitions¹⁷⁵ ne peuvent en effet donner lieu à des poursuites que dans le cadre d'une éventuelle ordonnance de perquisition supplétive ("*Wiederholungseingriff*"). Dans le cas des découvertes incidentes mises au jour par une écoute, une telle ordonnance serait prise uniquement si ces dernières sont susceptibles de révéler une des infractions du catalogue¹⁷⁶. D'autres refusent cette analogie avec les perquisitions. Roxin avance en effet que les perquisitions peuvent être ordonnées pour tout acte délictuel, et ainsi les découvertes incidentes, quelles qu'elles soient, sont alors susceptibles d'être poursuivies dans le cadre d'une ordonnance supplétive. En revanche, les écoutes ne visant la poursuite que d'infractions déterminées, tout enregistrement *a priori* ne serait pas recevable. Par ailleurs, les personnes visées par les mesures de perquisition et celles visées par les écoutes ne sont pas les mêmes¹⁷⁷. Les premières peuvent être toutes les personnes susceptibles de disposer à leur domicile d'éléments permettant l'élucidation des faits. Les secondes, en revanche, n'autorisent pas l'interception de toute personne susceptible d'échanger des éléments permettant l'élucidation d'infractions, mais uniquement des "*Beschuldigte*" et des personnes leur offrant accès aux communications ("*und deren Nachrichtenmittler*"). Pour Roxin, la procédure d'ordonnance supplétive prise par le juge est également une nécessité, plus restrictive encore que l'ordonnance supplétive prise dans le cadre des perquisitions.

B) Écoutes révélant d'autres suspects ("*personelle Grenze* ")

Si la surveillance téléphonique s'avère ne pas offrir de raisons plausibles de soupçonner la personne visée, deux cas de figure se présentent. Dans le premier cas, le contenu de la conversation surveillée peut révéler une infraction commise par un tiers, par exemple lorsque celui-ci téléphone avec le mis en cause ("*Beschuldigte*") ou lorsque la conversation à laquelle le

¹⁷⁴ PRITTWITZ, 1984, 310.

¹⁷⁵ § 108, 1, StPO.

¹⁷⁶ BGHSt, 27, 355-356 ; BGHSt, 26, 298, 302 ; BGHSt, 28, 122, 125.

¹⁷⁷ PRITTWITZ, 1984, 478.

suspect prend part avec un autre révèle des éléments permettant de supposer qu'un tiers a commis ou commet un acte délictuel. On peut aussi imaginer que le tiers participe à l'infraction en tant seulement que complice ou bien qu'il n'ait commis qu'un acte connexe ("*Anschlußtat*") d'une infraction cataloguée (comme un acte de facilitation de l'infraction, ou une tentative de dissimulation des preuves, ou bien des actes de recel). Dans les deux circonstances, il faut déterminer si les preuves rassemblées contre la personne initialement suspectée ou poursuivie sont également recevables contre le tiers. Dans le second cas, la surveillance ordonnancée contre le "*Beschuldigte*" révèle bien des infractions commises par lui, mais sans qu'il ait lui-même pris part à la conversation.

Le BGH vise le premier cas de figure de manière claire : "La recevabilité de découvertes incidentes [n'est] pas limitée aux procédures visant les personnes relevant du 'cercle de connaissances' [*Personenkreis*]" défini par § 100a StPO¹⁷⁸. "Au delà, les éléments recueillis peuvent être également employés contre un tiers, et ce en rapport avec un simple soupçon [*ein Zusammenhang mit dem Verdacht*]" portant sur une infraction cataloguée¹⁷⁹. Là encore, l'élément décisif consiste en la nature de l'infraction soupçonnée : qu'elle relève du catalogue, "alors le tiers pourrait lui-même être l'objet d'une interception et les éléments recueillis dans ce cadre pourraient être immédiatement employés contre lui"¹⁸⁰.

Dans un autre cas de figure, toute conversation téléphonique menée par des tiers sur la ligne interceptée peut être utilisée comme moyen de preuve dans la procédure visant le mis en cause initial¹⁸¹. "Dès lors que la ligne téléphonique de la personne visée est surveillée, on ne peut éviter que l'interception concerne également ses interlocuteurs téléphoniques, et de manière plus générale tout tiers non impliqué, comme, également, toute personne utilisant l'appareil téléphonique surveillé. À tous ces tiers, les §§ 100a, 100b StPO offrent les garanties procédurales permettant la jouissance de leur droit fondamental au secret des télécommunications"¹⁸². La Cour fédérale de justice consolide en effet cette interprétation par le recours à l'exposé des motifs de la loi¹⁸³, qui précisaient que les enregistrements des conversations tenues par les tiers non concernés par la prévention et de manière générale tous les enregistrements devaient être détruits, dès lors toutefois qu'ils n'étaient pas utiles aux poursuites.

Certes, auparavant, une partie de la doctrine inclinait parfois à défendre l'argument selon lequel il ne saurait y avoir de limitation visant les personnes révélées par des éléments incidents,

¹⁷⁸ BGHSt, 26, 298, 302. En réalité, le § 100a StPO ne mentionne pas le terme "*Personenkreis*", mais précise l'ensemble des personnes qu'il est susceptible de viser.

¹⁷⁹ BGHSt, 28, 122, 129.

¹⁸⁰ BGHSt, 26, 298, 302.

¹⁸¹ BGHSt, 29, 23 ; BGH, *NJW*, 1980, 67 ; BGH, *StV*, 1983, 442.

¹⁸² BGHSt, 29, 23-24.

¹⁸³ BT-Drs, V/1880, 13.

dès lors que les éléments font supposer des infractions mentionnées au catalogue¹⁸⁴. Ainsi défendait-on que les "intermédiaires" ("*Nachrichtennittler*" – personnes qui transmettent ou réceptionnent des informations destinées au suspect), même de bonne foi ("*gutgläubig*"), seraient susceptibles d'être objets d'écoutes judiciaires et ne sont pas protégés par les dispositions constitutionnelles sur le secret des correspondances.

Beaucoup estiment toutefois cette conception définitivement erronée et insistent sur la nécessité d'une ordonnance supplétive permettant la collecte de tout élément probant supplémentaire, y compris donc ceux tirés de conversations tenues par des personnes non visées par l'ordonnance initiale¹⁸⁵. La loi précise en effet¹⁸⁶ que seules les conversations peuvent être interceptées dans lesquelles le "*Beschuldigte*" est impliqué, soit *in persona*, soit par le biais d'intermédiaires. De ce point de vue, les tiers ne sauraient être visés par § 100a StPO. Cette position est en particulier soutenue dans les cas où ces "suspects incidents" ont été révélés par l'enregistrement dit "inévitable" de conversations tenues sur la ligne téléphonique du suspect visé dans l'ordonnance initiale : les principes fondamentaux de protection du secret des télécommunications frapperaient alors de nullité les enregistrements incidents.

Cette position aurait ainsi pour conséquence d'annuler les enregistrements portant connaissance, grâce à l'interception de la ligne téléphonique du suspect A, de l'infraction cataloguée commise par B : dès lors en effet qu'une enquête est menée sur B, alors sont seulement recevables les preuves recueillies dans le cadre d'écoutes visant expressément la ligne téléphonique de B. De même, se verraient frappées de nullité les découvertes incidentes portant certes sur les infractions cataloguées commises ou prétendument commise par A, mais qui ressortent de conversations tenues entre eux par les tiers C et D, dès lors que l'ordonnance d'interception n'a pas visé la surveillance de ces derniers (du moins pas en vue d'enquêter sur les actes répréhensibles et catalogués de A)¹⁸⁷. Dans cet ordre d'idées, il est inutile de déterminer si la conversation a été menée sur la ligne téléphonique du suspect ("*Beschuldigten*"), de l'un de ses intermédiaires ("*Nachrichtennittler*") ou d'un tiers. Le critère décisif est ainsi la participation à la conversation. Seules seraient ainsi recevables des découvertes incidentes qui visent des infractions cataloguées mentionnées par les personnes qui ont effectivement pris part à une conversation dûment enregistrée : si, d'une conversation entre le suspect A et un tiers B, il ressort que ce dernier peut être poursuivi pour une infraction cataloguée, alors l'enregistrement constitue une preuve recevable. Dans le cadre de § 100a StPO, B aurait pu être effectivement placé sur écoutes

¹⁸⁴ SCHÜNEMANN, 1978, 406 ; RUDOLPHI, *Schaffstein-FS*, 433, 451.

¹⁸⁵ Welp fait ici notamment autorité (a.a.O., 483).

¹⁸⁶ § 100a S. 2 StPO.

¹⁸⁷ Les conclusions sont les mêmes chez PRITWITZ, 1984, 302 *et suiv.*

dans le cadre d'une ordonnance supplétive : la conversation est donc un élément de preuve recevable.

Pour d'autres auteurs, comme Prittwitz et Bottke, le respect du secret des télécommunications est primordial : en conséquence, ce ne sont pas les circonstances d'une enquête qui pourraient enfreindre ce principe. Seule la loi est recevable à fixer les conditions dans lesquelles des tiers peuvent être poursuivis, au delà même de la qualité de l'infraction suspectée. Suivant cette argumentation, en l'état actuel des choses, le parquet ne peut engager des poursuites contre les "suspects incidents". Pour ces derniers, le critère déterminant est celui "des preuves recherchées dans le cadre de la procédure engagée, définie dans l'ordonnance¹⁸⁸". C'est pourquoi l'emploi d'une ordonnance supplétive analogue à celle requise dans les procédures de perquisition ne saurait suffire. Une loi est toujours nécessaire lorsque l'État intervient dans la sphère des droits fondamentaux : la recevabilité des découvertes incidentes ne saurait être déterminée par un raisonnement par analogie, mais par une loi explicite.

C) Découvertes et découvertes incidentes : l'efficacité des écoutes judiciaires

L'enquête de l'Institut Max-Planck porte bien entendu également sur la question des personnes effectivement écoutées lorsque l'ordonnance est mise en œuvre. Dans 60 % des cas, le titulaire de la ligne écoutée n'est pas le "*Beschuldigte*" exigé par la loi. Il n'est titulaire et utilisateur de la ligne que dans 38 % des cas¹⁸⁹.

L'enquête fait également ressortir une proportion d'enquêtes "réussies" à hauteur d'un peu moins de deux tiers d'entre elles¹⁹⁰. Il faut néanmoins distinguer deux cas de succès, lequel est mesuré selon la qualité des informations recueillies par les écoutes. Dans le premier cas, les informations obtenues permettent simplement la clôture de l'enquête. Celles-ci comptent pour 28 % des cas connus, soit qu'elles livrent une preuve immédiate de non-culpabilité (3 % des cas de découvertes décisives), l'incrimination immédiate du "*Beschuldigte*" par lui-même (69 %), ou l'incrimination du "*Beschuldigte*" par un tiers pour une infraction cataloguée (12 %). Mais l'indice de succès se rapporte, dans 62 % des cas, à des informations incidentes, comme des indices quant à des infractions commises par des tiers (41 % de ces informations incidentes), des indices relatifs à d'autres infractions commises par le "*Beschuldigte*" (17 %) ou des indices de faible portée tendant à l'élucidation d'infractions cataloguées (39 %).

¹⁸⁸ OLG ZWEIBRÜCKEN, 1970, 1759, cité in PRITTWITZ, 1984, *a.a.O.*, Fn. 110.

¹⁸⁹ ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 268-276.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 268-276, 357-387.

Toutefois, cet indicateur de réussite des écoutes ne se recoupe pas avec l'indicateur strictement procédural de réussite judiciaire. En effet, la même enquête montre une forte part des enquêtes qui ont débouché sur un classement.

Suites données à la procédure	N=
Abandon des poursuites pour tous les " <i>Beschuldigte</i> "	193
Les uns non poursuivis, les autres condamnés à un " <i>Strafbefehl</i> "	1
" <i>Strafbefehl</i> " prononcé à l'encontre de tous	5
Tous font l'objet de poursuites	225
Mélange	57
Suites de la procédure indéterminées ou non précisées	20
Total	501

Source : ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 268-276 et 357-387.

Ces résultats mettent en évidence la forte proportion des abandons de poursuite au regard des instruments employés, qui supposent, soulignons-le, des infractions graves. Toutefois, et ce résultat conforte là encore des recherches menées par ailleurs sur la répression de la criminalité organisée¹⁹¹, 40 % de ces instances abandonnées contre les personnes mentionnées dans l'ordonnance judiciaire ont été poursuivies à l'encontre d'autres personnes, découvertes de manière incidente. On peut également mentionner la part tout à fait marginale des délits sanctionnés par un "*Strafbefehl*", procédure sommaire par laquelle le procureur décide, au vu de la faible importance et de la non-contestation des faits, de ne pas renvoyer en jugement ("*Hauptverhandlung*"), et de prononcer directement une peine¹⁹². On constate donc bien que les écoutes téléphoniques peuvent déboucher sur des mises en cause et des sanctions liées à des faits d'une gravité bien moindre que celles exprimées dans le catalogue.

Pour finir, bien sûr, il faut examiner la réception de la preuve dans l'ouverture de l'information judiciaire visant le "*Beschuldigte*" initial (devenu alors accusé – "*Angeklagte*") et dans les condamnations prononcées. À ce stade de la chaîne pénale, les écoutes perdent très nettement de leur importance. Elles ne sont produites qu'à l'encontre de 20 % des accusés lors des audiences. Du reste, dans trois quarts de ces cas, l'accusé n'a pas produit d'aveux, ou des aveux seulement partiels lors de l'enquête : au cours de l'audience, la preuve technique est donc essentiellement employée à la facilitation de la production d'autres moyens de preuve, en

¹⁹¹ Voir l'exploitation de résultats d'écoutes menées en Bade-Wurtemberg au début des années 1990, et analysés par Pütter, *in* JOBARD, 2003.

¹⁹² §§ 407 à 412 StPO. Il ne s'agit donc pas exactement d'une procédure semblable à la composition pénale française, puisque en l'occurrence la validation par le juge du siège fait défaut. Il ne s'agit pas non plus d'une future procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, compte tenu de la place de l'aveu dans la procédure pénale allemande. Il ne s'agit pas non plus d'une ordonnance pénale, qui en France est prononcée en matière contraventionnelle.

l'occurrence l'aveu par l'accusé. Les dossiers présentés aux juges du siège ne mentionnent de toutes façons que dans 8 % des cas la réquisition de preuve ("*Beweisantrag*") du parquet, et les écoutes téléphoniques ne comptent que pour le cinquième de ces 8 %¹⁹³. Dans seulement 22 audiences, les résultats des écoutes ont été produits et discutés.

Ces résultats sont confirmés par les entretiens menés avec les acteurs, qui tendent à montrer que les écoutes téléphoniques ne sont employées qu'à contrecœur par les intervenants de la phase juridictionnelle. L'écoute est essentiellement un instrument permettant l'élucidation policière, ou la connaissance de nouvelles matières d'enquête, et introduisant à l'information judiciaire, et alors aux autres moyens d'enquête¹⁹⁴.

Ce résultat était déjà connu en matière d'enquêtes sur les faits de criminalité organisée, où "à la différence des autres moyens cachés, les TKÜ sont avant tout employés à l'initiative des services policiers, et, également à la différence des autres moyens, elles servent avant tout à ouvrir des informations judiciaires"¹⁹⁵. C'est d'ailleurs notamment en matière de criminalité élevée, que l'effectivité de ces mesures semble la plus discutable. Selon les entretiens recueillis par N. Pütter, les suspects véritables (ceux qui se cachent au sommet des réseaux, par exemple) n'emploient jamais le téléphone pour mener leurs infractions à bien¹⁹⁶ ; autrement dit les criminels se sont eux-mêmes convaincus de la facilité de l'emploi de la mesure et s'abstiennent désormais de l'emploi du téléphone dans la conduite de leurs affaires. Si bien, en réalité, qu'en matière de criminalité organisée, l'indice de réussite d'une technique est fortement lié à la combinaison des *modus operandi* policiers. Comme on le verra en effet, les résultats d'écoutes deviennent des aides fortes à l'enquête, voire au procès, lorsqu'ils viennent se porter en contrefort de résultats, par exemple, d'infiltrations ou de sonorisations de lieux privés (notion de "*Maßnahmenbündel*" – bouquet de mesures)¹⁹⁷.

Aussi, l'évaluation des écoutes judiciaires doit distinguer leurs deux fonctions : fonction de découverte d'infractions et de mise en accusation, fonction strictement probante. Cette technique est essentiellement employée en vue d'obtenir un autre matériel, que le juge serait plus à même de qualifier de probant.

¹⁹³ Il est toutefois intéressant de noter que la défense produit des preuves, en revanche, dans 16 % des dossiers déposés à l'audience.

¹⁹⁴ ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE, 2003, 400-429.

¹⁹⁵ PÜTTER, 1998, 76.

¹⁹⁶ "Les chefs des organisations criminelles sont de nos jours suffisamment malins pour se faire prendre au téléphone" ou "Il y en a toujours qui racontent leur vie au téléphone. Dans ce cas, on écoute, tout simplement, même plus besoin de mener une grande enquête, on retranscrit tout et on obtient à peu près tout" (entretiens avec deux policiers spécialisés, recueillis *in* PÜTTER, 1998, 76).

¹⁹⁷ PÜTTER, 1998, 73.

5°) Conclusion

Le droit allemand, toujours tatillon lorsqu'il autorise, par voie d'exception, les acteurs pénaux à pénétrer la sphère personnelle de l'individu, encadre très rigoureusement la décision de mise sur écoutes, la procédure de contrôle de l'opération, la qualité des personnes visées et des infractions recherchées, ainsi, ensuite, que l'information de la personne écoutée. Toutefois, cette surabondance de précautions formelles apparaît dépasser les capacités ou les volontés des acteurs en charge des poursuites : les juges ne contrôlent presque pas les écoutes effectivement menées, les personnes sont rarement informées, et, au final, ces écoutes qui ne doivent viser que des infractions graves et des personnes sur lesquelles pèsent des soupçons sérieux, souvent débouchent sur un abandon des poursuites. La pratique constatée offre par là même un démenti partiel au bien-fondé de la nécessité de ce moyen.

II – LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES EN FRANCE

La procédure pénale française a longtemps été dépourvue de réglementation spécifique sur les écoutes téléphoniques, assimilées aux perquisitions et saisies. En l'absence de texte, la Cour de cassation avait longtemps considéré que les écoutes, méthode déloyale, ne pouvaient entrer dans le cadre de missions rogatoires, "le juge devant agir à visage découvert"¹⁹⁸. Mais, sous la pression de décisions convergentes des juridictions de fond, la Cour s'était enhardie et avait considéré comme un acte innommé l'écoute téléphonique lorsqu'elle était prescrite par un magistrat instructeur¹⁹⁹. Un texte fut adopté, l'art. 81 al. 1 CPP, contre l'avis majoritaire de la doctrine, qui fondait la légalité des écoutes pratiquées à des fins judiciaires²⁰⁰.

Mais il n'empêchait pas la Cour de cassation de maintenir, dans un arrêt annulant une décision rendue sur la foi d'écoutes opérées sur initiative policière, que ce moyen ne pouvait être admis dans le cadre d'enquêtes de flagrance ou d'enquêtes préliminaires²⁰¹. Le recours à ce moyen d'investigation dans le cadre de l'instruction devait être sollicité et donner lieu à une décision écrite du magistrat instructeur, autorisation spéciale mais non motivée.

Mince texte législatif, en réalité, qui touchait à ces territoires essentiels de la vie privée que sont les échanges téléphoniques. Il apparut peu à peu qu'une telle légalité pouvait heurter la

¹⁹⁸ MATSOPOULOU, 1996.

¹⁹⁹ Crim., 9 octobre 1980, Bull. crim., n° 255 ; JCP, 1981.II.19578 ; note DI MARINO, *D*, 1981, 332 ; note PRADEL, *RSC*, 1981, 879 ; obsv. LEVASSEUR ; *RSC*, 1982, 144, obsv. ROBERT.

²⁰⁰ Sur l'époque antérieure à la loi de 1991, *cf.* essentiellement KAYSER, 1981, 191 ; KOERING-JOULIN, WASCHMANN, 1989, 201.

²⁰¹ C. cass., "Baribeau", 24 novembre 1989, B. n° 440.

Convention européenne en son art. 8, ce que la C. cass., visant cet article, ne manquait pas de pointer, qui se contentait toutefois de rappeler que les écoutes ne pouvaient être conduites que dans le cadre procédural de l'information judiciaire.

1°) La loi du 10 juillet 1991, conséquence des injonctions européennes

La loi française restait insuffisante au regard des exigences européennes de précision et de prévisibilité, qui ne précisait pas de manière claire les personnes susceptibles d'être visées, ni les infractions justifiant la mise sous écoutes. La CEDH avait alors sanctionné la France dans deux arrêts "*Kruslin*" et "*Huwig*", rendus le 24 avril 1990. La pression européenne conduisit ainsi la France à doter ces pratiques d'un encadrement légal et répondre ainsi aux exigences de la Convention, ce qui fut fait par la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par voie de télécommunications²⁰².

Désormais, la captation et l'enregistrement des conversations téléphoniques en matière pénale ne peuvent effectivement avoir lieu que dans le cadre de commissions rogatoires et ne viser que des crimes, ou des délits réprimés d'au moins deux ans d'emprisonnement. La loi pose également que les autorisations d'écoute sont délivrées pour une durée de quatre mois, renouvelable une fois. Elle réaffirme le principe selon lequel la mise sur écoutes ne relève pas de la compétence policière. De plus, la violation de ce principe est susceptible d'entraîner l'annulation de toutes les opérations subséquentes²⁰³.

Le texte de 1991 régleme ainsi une pratique informelle, en la "consolidant" et met ainsi en place une véritable légalité des écoutes par l'introduction de contraintes formelles fortes²⁰⁴. La mise sur écoutes n'est donc pas un moyen d'enquête ordinaire de la police judiciaire, puisque soit elle relève de la compétence du seul juge d'instruction, ou bien entre dans le champ des interceptions de sécurité définies par la loi du 10 juillet 1991²⁰⁵. Le formalisme concerne autant le recours à une interception, dans un cadre judiciaire, que l'exécution de cette interception, bien qu'un flou opportun entoure l'objet même de la loi, la notion "d'interception".

²⁰² Sur la jurisprudence européenne et la France, cf. KERN, 1992, 158 *et suiv.* ; ainsi que PRADEL, 1992, 49.

²⁰³ Principe rappelé, par exemple, par Crim., 27 février 1996, D. 1996.I.R. 110, ou Crim., 13 octobre 1999, jurisdata n° 004304. On peut d'ailleurs noter que le législateur s'est en l'occurrence montré plus protecteur des libertés que la Commission Justice pénale et droits de l'homme aux yeux de laquelle on pouvait admettre, dans les cas "d'urgence" une décision strictement policière de mise sous écoutes (sous réserve d'en référer au juge dans un délai de douze heures - *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, 168). Le législateur n'a pas non plus donné droit à la proposition consistant à accorder ce pouvoir au procureur de la République.

²⁰⁴ MOLINA, 2001, 156.

²⁰⁵ MATSOPOULOU, 1996, 904.

2°) La lecture restrictive de la notion d'interception par la jurisprudence

La loi ne définit pas précisément la notion d'interception. Mais, on le suppose, elle a vocation à encadrer l'administration de la preuve relative non seulement les écoutes téléphoniques, mais plus largement aux correspondances émises par la voie des télécommunications. Toutefois, la jurisprudence pénale a considérablement limité le champ d'application de la loi, en estimant qu'elle ne visait que les interceptions soutenues par un dispositif technique de captation des correspondances²⁰⁶. Cette appréciation "étroite, pour ne pas dire étriquée, de la notion d'interception"²⁰⁷ est écartée lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité d'interceptions privées²⁰⁸. Ainsi, les conversations téléphoniques "interceptées", "écoutées" sans le secours de la technique, se voient admises sans difficulté par les tribunaux : "ne constituent pas une interception (...) le simple compte rendu de propos entendus par des policiers au cours d'une conversation téléphonique qui s'est déroulée en leur présence sans artifice ni stratagème"²⁰⁹, ou bien "les écoutes téléphoniques se définissent comme une technique consistant à interposer, au moyen d'une dérivation sur la ligne d'un abonné, un procédé magnétique d'enregistrement de conversations"²¹⁰.

Selon E. Molina, cette définition de l'interception présente l'inconvénient d'offrir un "levier d'éviction extrêmement efficace des nullités parfois invoquées à la suite de mesures d'investigations accomplies dans des conditions de régularité contestables", de montrer une "méconnaissance (volontaire ?) de la terminologie employée par les textes", ainsi que de mettre en œuvre une "tentative d'exclure certains moyens modernes de communication du champ d'application de la loi contre l'avis même du législateur"²¹¹. En effet, l'interception ne s'assimile que de manière restrictive au moyen technique énoncé. On peut considérer en effet que l'interception réside dans la simple captation de l'échange : c'est autant l'enseignement du bon sens que des dispositions sur le secret des correspondances²¹². Un policier qui écoute une conversation téléphonique par un tiers, ou qui se contente de l'enregistrer sans avoir installé un procédé de dérivation de sa ligne téléphonique, voit son enregistrement admis. Or, le projet de loi

²⁰⁶ Par exemple, Crim., 4 septembre 1991, *JCP*, 1992, II, 21802, note W. Jeandidier.

²⁰⁷ MOLINA, 2001, 382.

²⁰⁸ Par exemple, Crim., 27 février 1996, *JCP*, 1996 II 22629, note M.L. Rassat.

²⁰⁹ Crim., 2 avril 1997, cité par MOLINA, 2001, n. 1953.

²¹⁰ CA Paris, ch. d'acc., 16 février 1989. Dans le même sens, Crim., 4 septembre 1991, Bull. crim. n° 312.

²¹¹ MOLINA, 2001, 383. Et, à propos de Crim., 4 sept. 1981, où la Cour avait à apprécier la recevabilité de propos écoutés par un policier au combiné d'un appareil téléphonique que l'un des deux interlocuteurs lui avait tendu, cf. MATSOPOULOU, 1996 : "la Chambre criminelle aurait dû déclarer irrégulière l'écoute effectuée par le policier qui, opérant en enquête préliminaire, n'avait pas le pouvoir de décrocher le combiné téléphonique" (904).

²¹² PELTIER, 1999.

qui visait également "la transmission de la voix numérisée (...), la télécopie, le télex ou la messagerie vocale"²¹³, semblait ne pas limiter sa portée à une telle définition technique.

3°) La décision d'interception et ses composantes

La loi de 1991 limite les autorités habilitées à décider de l'interception téléphonique, reprenant ainsi la solution qui prévalait avant son adoption. Rendu peu de temps après les arrêts Kruslin et Huvig, l'arrêt "Bacha Baroudé"²¹⁴ affirmait en effet que "les écoutes et enregistrements téléphoniques (...) [ne peuvent être effectués] à l'insu des personnes intéressées que sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, et en vue d'établir la preuve d'un crime, ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier les auteurs ; [il] faut en outre que l'écoute soit obtenue sans artifice ni stratagème, et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense". Le magistrat d'instruction dispose alors du monopole de la décision d'intercepter, ainsi que du "contrôle" et de "l'autorité" sur les opérations (art. 100 CPP), reprenant ainsi l'arrêt Baribeau déjà cité. L'exemple pertinent est celui sanctionné par la Cour de cassation²¹⁵ : aucun OPJ n'a le pouvoir de procéder à des écoutes téléphoniques dans le cadre d'une enquête préliminaire, son rôle se limite à l'exécution d'une décision écrite.

Mais ce monopole du juge d'instruction n'est pas libre, et un strict formalisme encadre le recours à l'interception.

A) La gravité de l'infraction

Doivent ainsi être précisées la gravité de l'infraction, ainsi que les personnes faisant l'objet de la mesure. La condition de la gravité de l'infraction existait déjà avant la loi de 1991 puisque la Cour de cassation avait précisé dans "Bacha Baroudé"²¹⁶ la portée de l'art. 81 CPP : les écoutes ne pouvaient être effectuées qu'en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction "portant gravement atteinte à l'ordre public"²¹⁷. La loi de 1991 fixa donc un quantum de peine

²¹³ Exposé des motifs par le ministre Michel Sapin, *JO Sénat*, séance du 25 juin 1991, 2071, cité in MOLINA, 2001, 1959.

²¹⁴ Crim., 15 mai 1990, Bull. crim. n° 193, *JCP*, 1990, II, 21541.

²¹⁵ Crim., 27 février 1996, Bull. crim. n° 93, dite "affaire Schuller/Maréchal".

²¹⁶ Crim., 15 mai 1990, Bull. crim. n° 193, *JCP*, 1990, II, 21541.

²¹⁷ P. Kayser précise toutefois bien qu'il ne s'agissait alors que d'une "directive plutôt que d'une règle", laissant un large pouvoir d'appréciation au magistrat instructeur (cf. "La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques", *JCP*, 1992, doct. 3359, n° 9, 93).

égal ou supérieur à deux ans pour tout mode de détermination de la gravité des infractions visées²¹⁸. Ainsi, la loi non seulement restreignit le champ discrétionnaire laissé au juge d'instruction, mais contribua à rationaliser la procédure pénale, les infractions visées correspondant en effet à la durée de la détention provisoire (hors bien sûr les cas de flagrance)²¹⁹.

Lors de la discussion parlementaire, néanmoins, un long échange s'était engagé visant à établir la possibilité d'employer le résultat d'écoutes à des fins probatoires dans le cadre de la flagrance. Jacques Toubon, notamment, entendait rester fidèle à "Bacha Baroudé" en proposant un amendement visant le versement de la transcription d'écoutes produites sur l'initiative du parquet dans le cadre d'enquêtes de flagrance : "Je n'exclus pas que les écoutes judiciaires puissent être utilisées en cas de flagrant délit à la diligence du parquet, ce qui est, je le rappelle, conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt 'Baroudé'"²²⁰. Il tentait notamment de montrer le déséquilibre entre les écoutes judiciaires, interdites par exemple dans le cadre d'enquêtes préliminaires visant à rechercher les auteurs d'un délit ou d'un crime, et les interceptions de sécurité, autorisées quand bien même aucun délit ou crime peut n'avoir été constaté. L'amendement fut néanmoins rejeté²²¹.

B) Les personnes susceptibles d'être visées

La CEDH avait reproché au droit interne français l'absence de définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoutes judiciaires. La loi de 1991 semble corriger ce défaut, tout en laissant une indéniable imprécision (*cf.* art. 100-1 et suiv. du CPP, issus de la loi de 1991). La jurisprudence admettait que des personnes qui ne sont pas celles sur lesquelles pèsent des indices de culpabilité pussent à leur insu faire l'objet d'écoutes²²². La loi reste muette sur ce point, se contentant de préciser que "la décision (...) doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter".

C'est en réalité la circulaire du 26 septembre 1991 (art. C. 104) qui apporte quelque précision quant à la qualité des personnes susceptibles d'être visées : soit un "inculpé" (aujourd'hui, un "mis en examen"), soit "toute personne paraissant avoir participé aux faits, objet

²¹⁸ La solution allemande, qui définit ces infractions au sein d'un catalogue précise, fut défendue par le groupe communiste lors des discussions parlementaires, mais n'a pas été retenue, jugée d'une part trop restrictive (dans la solution proposée, les infractions se limitaient aux atteintes à la sûreté de l'État, au grand banditisme et au trafic de stupéfiants) et perçue d'autre part "comme une entrave trop lourde pour le juge d'instruction" (GUERRIER, 2000, 92-93).

²¹⁹ MOLINA, 2001, 152.

²²⁰ A.N., 2^{ème} séance du 13 juin 1991.

²²¹ GUERRIER, 2000, 120.

²²² Crim., 17 juillet 1990, Bull. crim. n° 286 ; Crim., 26 novembre 1990, Bull. crim. n° 401 ; Crim., 9 décembre 1991, Bull. crim. n° 465.

de l'information, ou susceptible de détenir des renseignements relatifs aux faits". On le voit, la circulaire confirme ainsi la ligne jurisprudentielle dessinée jusque là. Peuvent ainsi être visées par des interceptions les personnes qui bénéficient de l'assistance d'un avocat comme le mis en examen ou le témoin assisté, voire le simple témoin. Si l'identité des personnes écoutées doit être connue du magistrat instructeur, l'interception porte moins sur une personne déterminée que sur une ligne susceptible d'être utilisée par plusieurs personnes²²³.

Cette disposition n'entraîne pas pour autant que la personne dont les correspondances sont interceptées et qui n'est pas titulaire de la ligne écoutée puisse être privée du droit de critiquer la mesure puisque, comme l'a décidé la CEDH dans l'affaire "Lambert c/ France" du 24 août 1998, la solution contraire reviendrait à vider de substance le mécanisme protecteur institué par la loi. Conséquence de sa saisine *in rem*, le magistrat instructeur peut ainsi étendre ses investigations à l'égard d'une tierce personne dont le nom n'est pas cité, dès lors que les numéros de téléphone sont précisés²²⁴.

Enfin, de nombreux débats parlementaires ont porté sur l'éventualité de protéger des professions particulières de l'exposition aux écoutes judiciaires, notamment les avocats. La discussion, menée au Sénat, avait évoqué des solutions retenues par exemple en Allemagne²²⁵ : exceptionnelle, l'interception d'une discussion entre un avocat et son client n'est envisageable que lorsque l'avocat est susceptible d'être complice de son client, lorsque cette présomption repose sur un faisceau d'indices convergents, la mise en cause de l'avocat n'est pas possible par d'autres moyens, la situation est de nature urgente ou impérieuse.

En réalité, la loi, par la voie d'un amendement sénatorial, s'est simplement bornée à poser une obligation d'information du bâtonnier en cas d'écoute d'un avocat. Il revient alors au bâtonnier, face à une situation qu'il juge préjudiciable, de saisir le procureur général auprès de la chambre de l'instruction, ce qui n'a en effet pas manqué de se produire depuis la promulgation de la loi et l'entrée en vigueur de cette disposition²²⁶. Il faut toutefois souligner que les services qui disposent d'informations préjudiciables au sujet d'avocats liés "de trop près" à leurs clients dans le cadre d'affaires pénales préfèrent recourir à leur audition en qualité de témoin.

Par ailleurs, la loi prévoit également qu'aucune interception ne peut être menée sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée en soit informé.

²²³ Crim., 19 juin 1991, qui porte sur des interceptions visant une ligne de cabine téléphonique publique.

²²⁴ MOLINA, 2001, 154.

²²⁵ GUERRIER, 2000, 95.

²²⁶ On manque néanmoins d'un tableau récapitulatif d'informations qui doivent être glanées au niveau des chambres d'instruction. Les informations proviennent ici de GUERRIER, 2000, 97.

4°) L'exécution de la mesure

Le formalisme imposé par la loi de 1991 porte également sur l'exécution de l'interception, tant sur les conditions d'exécution que sur le sort réservé aux enregistrements. La réquisition à fin d'exécution n'a suscité aucune critique de la part de la CEDH. L'exécution de l'interception suppose l'intervention de personnes techniquement qualifiées (*cf.* art. 100-3 CPP issu de la loi de 1991) qui sont alors astreintes au secret de l'instruction et au secret des correspondances. Concernant la transcription des informations issues de l'interception, la loi prévoit qu'elle est écrite.

Les correspondances interceptées ne sont pas transcrites mot à mot et intégralement, mais en fonction de l'intérêt que leur contenu présente au regard de la recherche de la preuve de l'infraction (art. 100-5 CPP issu de la loi de 1991). Le procès-verbal de synthèse mentionne la date et l'heure du début et de la fin de l'interception et la sélection effectuée des correspondances transcrites, à charge et à décharge. Il est transmis par l'OPJ au procureur. L'article C. 100-4 de la circulaire du 26 septembre 1991 énonce que "la loyauté de l'information et le respect du principe du contradictoire commandent que toute correspondance enregistrée soit conservée dans son intégralité".

Concernant le sort des enregistrements, la loi de 1991 prévoit les conditions de leur conservation et de leur placement sous scellés ainsi que l'effacement ou la destruction des enregistrements, sur diligence du procureur de la République, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

5°) Les écoutes téléphoniques et la lutte contre "les infractions de délinquance et criminalité organisées"

Le gouvernement français a adopté le 9 mars 2004 une loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité²²⁷. Outre qu'elle accroît les peines prévues à l'encontre de condamnés se refusant aux prélèvements d'empreintes génétiques (*cf. supra*) et qu'elle introduit la notion de sonorisation en droit pénal français (*cf. infra*), la loi modifie le régime des écoutes téléphoniques judiciaires.

La loi entend en effet donner les moyens de poursuivre les formes les plus graves de criminalité, dès lors qu'ils sont commis en bande organisée : assassinat, tortures et actes de barbarie, trafics de stupéfiants, enlèvements et séquestration, proxénétisme et traite des êtres

²²⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, exposé des motifs (*cf.* DANET, 2004).

humains, actes de terrorisme ou associations de malfaiteurs en vue de commettre ces infractions. Elle vise à créer des juridictions interrégionales spécialisées et introduit par ailleurs des modifications substantielles en matière de procédure d'enquête ou d'instruction : facilitation des opérations de surveillance menées par les OPJ, réglementation des missions d'infiltration par ces mêmes OPJ, modification des régimes de la garde à vue et de la détention provisoire, possibilité de mener des perquisitions de nuit et de geler les avoirs au cours de la phase pré-juridictionnelle, introduction du statut du repentir et du "plaider-coupable". En outre, la loi prévoit "l'abaissement de six à quatre mois du délai imparti aux parties pour soulever des nullités".

En matière d'écoutes téléphoniques, la loi ouvre un espace, certes restreint, de confusion entre l'écoute judiciaire et l'interception de sécurité²²⁸. L'exposé des motifs présentait en effet le souhait "d'organiser la possibilité de recourir à une brève interception de sécurité au cours de l'enquête pour les infractions de criminalité organisée les plus graves, avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention". Par ailleurs, le procureur peut recourir, sur la foi d'interceptions menées dans ce cadre, à une procédure de comparution immédiate, à moins que l'avocat, déposant un recours en ce sens auprès du magistrat de la juridiction, ne convainque ce dernier d'ouvrir une instruction pour démêler la complexité des faits (art. 706-106 CPP).

Selon l'art. 706-95 CPP adopté, le domaine des écoutes est donc étendu au cadre des enquêtes de flagrance et préliminaire, en cas de "nécessité de l'enquête". Ces écoutes sont limitées sur le fond (aux infractions visées à l'art. 706-73) et dans la forme (par l'autorisation préalable et le contrôle du juge des libertés et de la détention, sollicité par le procureur de la République en vue de la mise en œuvre de telles écoutes, dont la durée est par ailleurs limitée à quinze jours, renouvelable une seule fois dans les mêmes conditions²²⁹). Le juge des libertés et de la détention est informé "sans délai" des actes accomplis par l'OPJ commis par le procureur en vue de l'interception, l'enregistrement et la transcription des conversations écoutées.

Par ailleurs, la décision d'interception est entourée des mêmes précautions formelles que celles prévues pour les écoutes menées dans le cadre d'une instruction et définies par la loi de juillet 1991 : la décision doit indiquer l'infraction qui motive l'interception, ainsi que la ligne téléphonique visée, l'OPJ dresse un procès-verbal de chaque écoute effectuée, la transcription est versée au dossier, tandis que les enregistrements sont placés sous scellés, avant d'être détruits à l'expiration du délai de prescription. Avocats, députés et sénateurs sont protégés de ces écoutes dans les mêmes conditions que celles prévues par les art. 100 et suiv. CPP.

²²⁸ Sur cette distinction, voir récemment BREEN, 2003, 10-17.

²²⁹ Le projet entend par ailleurs porter de huit à quinze jours la durée des enquêtes de flagrance visant les mêmes infractions.

Ces dispositions furent acceptées sans modification par la Commission des lois²³⁰. Selon le rapporteur de la Commission, il paraissait en effet déraisonnable de voir la loi accorder aux malfaiteurs, pourtant repérés par la police, le temps de s'organiser parfaitement (le temps de l'ouverture d'une information judiciaire) en vue de brouiller les pistes. Au cours de la discussion, la Commission avait rejeté des amendements qui visaient à aligner la durée de ces écoutes sur celle des écoutes judiciaires classiques (quatre mois) ou à autoriser sans limite les possibilités de prolongation de cette durée, ou bien à étendre le champ des infractions.

Ce volet de la loi ne rencontra également pas d'opposition notable lors des discussions plénières. En réalité, les débats étaient alors centrés sur les principes généraux de la procédure pénale française, que venaient bousculer les nouveaux équilibres de compétences entre le juge d'instruction et le procureur²³¹, ainsi que les nouvelles procédures de plaider-coupable et de repentir. Or, en ce qui concerne les pouvoirs du procureur, l'essentiel de ces interceptions de flagrance ou d'enquête préliminaire étant confié à l'autorité et au contrôle du juge des libertés et de la détention, peu songèrent véritablement à s'y opposer²³². Par ailleurs, les dispositions présentées en matière d'enquête de police suscitaient quelque crainte essentiellement en tant que la police disposait, notamment par la surveillance et l'infiltration, de pouvoirs d'intervention physique étendus au sein même des opérations illégales²³³. La technicité des interceptions et la définition des pouvoirs de police comme pouvoirs d'exécution (d'une mesure sollicitée par le procureur et autorisée et contrôlée par le juge) ont semble-t-il réduit les velléités de discussion autour des interceptions. Aussi, au cours de la première lecture, seul un député Verts demanda

²³⁰ A.N., Rapport n° 856, 14 mai 2003.

²³¹ "Il est ainsi conféré au procureur des pouvoirs extraordinaires (...). Le juge des libertés et de la détention se voit quant à lui renforcé dans son rôle et son avis devient obligatoire dans un certain nombre de domaines. Le juge d'instruction, clef de voûte inévitable de l'enquête criminelle, ne reçoit, lui, aucune extension de compétence, ni aucun pouvoir supplémentaire, et ce alors que les affaires de grande criminalité sont souvent très complexes. (...) Qui mieux que le juge d'instruction peut mener ce type d'enquête ? (...) Certes, les juges d'instruction auront plus de temps pour mener des enquêtes dans la mesure où on réduira de 20 à 30% les dossiers qui leur seront confiés. L'intention est louable, mais n'est-ce pas à terme une disparition des juges d'instruction qui se profile ?" (Intervention de R. Salles, député, discussion générale en première lecture, A.N., 2^{ème} séance du 21 mai 2003).

²³² Il y aurait lieu, pourtant, de s'inquiéter de cette substitution progressive, sur tout un ensemble de matières, du juge des libertés au juge d'instruction : le premier accorde ou refuse des demandes du parquet et de la police, et décharge le second de la direction effective des recherches. L'ensemble participe bien d'un déclin du juge d'instruction (*cf.* sur ce point DANET, 2003).

²³³ Au demeurant, les soucis des parlementaires étaient largement ceux des praticiens, puisque réunis le 17 décembre 2003 à l'invitation de la Ligue des droits de l'homme contre l'adoption de la loi dite "Perben II" (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, décision CC du 2 mars 2004), tout un ensemble de magistrats et d'avocats (juges antiterroristes, juges du pôle financier, conseillers à la Cour de cassation, le bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, des représentants du Syndicat de la magistrature ou de l'Union syndicale des magistrats) ont essentiellement organisé leurs protestations autour des pouvoirs respectifs du parquet et du juge d'instruction : ainsi, pour un président de Cour d'assises, "On est en train de faire du juge vis-à-vis du parquet ce que D. Perben est vis-à-vis de N. Sarkozy : un supplétif" (*Le Monde*, 19 décembre 2003, 12).

que le juge des libertés et de la détention se substituât au procureur pour la direction de l'OPJ menant les écoutes, ce qui fut refusé²³⁴.

Le texte relatif aux interceptions dans le cadre de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire subit une brève modification apportée par le Sénat, en deuxième lecture, qui exigea que le juge des libertés et de la détention soit informé non plus "dans les meilleurs délais", mais "sans délai"²³⁵. Le temps éventuel de la seule maîtrise policière de cette nouvelle disposition est ainsi réduit au strict minimum, et le coût de la mise en œuvre de la mesure élevé de manière non négligeable, si l'on en croit le rapport parlementaire du 19 décembre 2001 sur l'évaluation des parties de la loi sur la présomption d'innocence touchant à la garde à vue (*cf. infra*) : l'information des juges ou procureurs "sans délai" était unanimement déplorée par les policiers, qui y voyaient là une charge bureaucratique considérable, et la loi du 4 mars 2002 prise en révision de la loi sur la présomption d'innocence avait pris bon soin de préférer, sur nombre de matières, le "délai raisonnable" au "sans délai". C'est en tous cas ce "sans délai" qui fut conservé dans le texte final, qui entre en vigueur le 1^{er} octobre 2004.

6°) Conclusion

L'introduction d'un droit des écoutes téléphoniques est en France fortement redevable des institutions européennes. Ce droit se rapproche indéniablement du droit allemand, tout en offrant, en termes de personnes écoutées, d'infractions recherchées, de procédures de contrôle, un peu plus de liberté. Les récentes évolutions législatives tendent toutefois à banaliser le droit des écoutes, en en faisant un instrument à l'initiative de la police judiciaire et du parquet (formellement suspendu à l'approbation du juge des libertés), sur la base de commencements d'indices (flagrance et préliminaire). Le temps dira si la force encore indécise du juge des libertés, initialement destiné à contrôler le bien-fondé des détentions provisoires, donnera force à son contrôle sur l'enquête de police.

III – LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES JUDICIAIRES EN GRANDE-BRETAGNE

Jusqu'à l'adoption du "*Interception of Communications Act*" (*infra* "IOCA") en 1985, aucun statut légal n'encadrait les écoutes téléphoniques. Bien entendu, "depuis la nuit des temps",

²³⁴ A.N., 1^{ère} séance, 22 mai 2003.

²³⁵ SÉNAT, Projet de loi n° 45, 23 janvier 2004, art. 706-96 CPP.

l'Exécutif s'arrogeait le droit de procéder à de telles interceptions, comme le soulignait le "rapport Birkett", de 1957, qui fut le premier à poser les règles gouvernant ces interceptions²³⁶. Comme le "*White Paper*" présenté au Parlement par le Home Office en 1980, ce texte n'avait pas de force contraignante. Les gouvernements successifs n'ont cependant jamais dérogé à l'énoncé de la pétition de principe selon laquelle ils s'engageaient au respect des recommandations émises dans ces deux documents.

La *High Court* britannique avait exprimé la nécessité de voir le Parlement définir une matière aussi importante que l'écoute téléphonique, plutôt que de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier le cas échéant leur recevabilité. Le Vice-Chancelier de la Haute Cour avait en effet précisé : "Les règles générales d'une matière aussi complexe que les écoutes téléphoniques relèvent essentiellement du Parlement, et non des tribunaux ". Et, plus loin : "ce cas me semble mettre pleinement au jour le fait que les écoutes constituent un objet qui appelle une loi "²³⁷. Le gouvernement, pourtant, refusait de voir les écoutes téléphoniques consacrées par la loi, qui les aurait exposées à la publicité au nom du principe du procès équitable. Le Home Office expliquait ainsi : "Si le pouvoir d'interception venait à être régulé par un statut légal, alors les juridictions auraient certes la faculté de pouvoir enquêter dans l'affaire, mais alors seulement de manière publique ou, du moins, en présence de la personne visée par la plainte ; ce qui limiterait sans aucun doute l'utilisation de l'écoute téléphonique comme moyen d'enquête"²³⁸.

De fait, l'incitation véritable à légiférer découla de l'intervention de la CEDH et de sa décision dans l'affaire "Malone c/ Royaume-Uni " (1984). Dans cette affaire, l'intéressé avait été soupçonné de recel de biens volés. La position du gouvernement était alors conforme à la tradition britannique : comme aucun texte ne l'interdit, la pratique des écoutes téléphoniques dans le cadre d'une enquête judiciaire est légale. La CEDH a au contraire affirmé que cette pratique portait atteinte au respect de la vie privée et de la correspondance de M. Malone, dans la mesure où l'exigence de légalité posée par l'art. 8-2 de la Convention européenne n'était pas satisfaite par la loi britannique, qui ne précisait alors pas les circonstances dans lesquelles les autorités publiques disposaient de ce pouvoir (Malone c/ RU, par. 67 : "Elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante, compte tenu du but légitime poursuivi, pour fournir une protection adéquate contre l'arbitraire"). La position du Gouvernement britannique éclaire la réalité des conceptions antérieures à 1985 : puisque la notion de protection de la vie privée ("*privacy*") n'était pas reconnue par la "*common law*" britannique, le gouvernement pouvait procéder aux mesures qui lui semblaient appropriées, tant

²³⁶ Birkett Report, Cmnd. 283, para. 51.

²³⁷ High Court, [1979] 2 All ER 620 à 649.

²³⁸ HANSARD, H.C. 1 avril 1980, cols. 205 à 207. "*Hansard*" est le qualificatif du Journal officiel des débats parlementaires en Grande-Bretagne.

que le Parlement (dont il émane...) n'avait pas pris de dispositions excluant explicitement ces procédures.

L'IOCA mit en 1985 un terme à ces lacunes, de manière toutefois "fondamentalement limitée"²³⁹, puis fut remplacé en juillet 2000 par le "*Regulation of Investigatory Powers Act*" (*infra* "RIPA"). Celui-ci répondait à l'évolution du droit des télécommunications, puisque l'IOCA ne prévoyait que la surveillance des communications postales et des télécommunications menées sur des lignes téléphoniques relevant d'entreprises publiques, principalement *British Telecom*. Ainsi, aucun règlement ["*statute*"] ne visait les écoutes menées sur des télécommunications effectuées au moyen d'opérateurs privés, ce qui fut dénoncé dans un "*Consultation Paper*" mené au sein du Home Office en 1999 et préparant à la rédaction du nouvel acte. Le RIPA mit en effet un terme à cette libéralité pour viser l'ensemble des moyens de communication à la disposition des usagers. Plus profondément, le RIPA fut adopté face là encore à la pression de la CEDH, en particulier "Halford c/ RU", 1997, cas dans lequel, précisément, et en dépit des restrictions techniques formulées par l'IOCA, la police avait procédé à l'interception des communications que Madame Halford passait non seulement depuis chez elle, mais également depuis son bureau. La cour britannique avait alors admis qu'aucune disposition du droit n'autorisait la mise sur écoutes des lignes téléphoniques du lieu de travail de la personne surveillée ; ce qu'a retenu la CEDH, incitant ainsi à des dispositions plus précises en matière d'écoutes judiciaires.

Au delà, le HRA entré en vigueur en octobre 2000 vient donner une meilleure assise européenne aux écoutes judiciaires, puisque s. 6(1) HRA précise qu'il est illégal, pour des autorités publiques, y compris chargées de mener des enquêtes judiciaires, d'agir de manière incompatible au regard des exigences de la Convention européenne.

Comme en Allemagne, mais à une bien moindre échelle, les mises sur écoute ont connu une inflation considérable depuis le début des années 1990, principalement en raison de la multiplication des téléphones cellulaires : 515 mesures en 1990, environ 1 000 en 1995, environ 2 000 en 1998, environ 2 300 en 2000, et plus de 3 000 en 2001²⁴⁰.

1°) Considérations de fond

Tous les régimes d'emploi des écoutes en Grande-Bretagne ont lié la décision de mise sur écoutes à des conditions de fond : l'infraction recherchée doit être un "*serious crime*", couvrant au

²³⁹ SHARPE, *Search and Surveillance*, 2000, 126. Aux yeux de cet auteur, "L'IOCA est *par excellence* une entreprise de légitimation du renseignement, de l'acquisition de connaissance sous couverture, que ce soit par l'Exécutif ou par des services de police judiciaire ["*by Executive or law enforcement agencies*"]" (127).

²⁴⁰ State Watch News, UK. *Surveillance of Communication goes through the Roof*. Londres : State Watch, 2002.

fil du temps un champ cependant toujours plus étendu d'infractions. Le Rapport Birkett définit l'infraction visée comme "toute infraction dont l'auteur, s'il n'a jamais été condamné, pourrait raisonnablement se voir condamné à une peine de trois ans de prison, ou toute infraction de moindre importance, mais à laquelle un grand nombre de personnes furent impliquées" (para. 65). En 1980, le *White Paper* ajouta les infractions où "il y a de bonnes raisons de supposer que la violence" fut employée (para. 4). En 1982, cette définition fut étendue par le Home Office à des infractions moins sévèrement punies, mais dont les implications financières sont considérables²⁴². Sous l'empire des IOCA et RIPA, la définition fut étendue aux comportements répréhensibles "menés par un grand nombre de personnes réunies par de mêmes visées" (s.10(3)(a) IOCA, s.81(2), (3)(b) RIPA). Désormais, les infractions visées s'étendent du meurtre au blocage des autoroutes, dès lors que cette infraction est commise avec un nombre suffisamment élevé de personnes rassemblées pour une manifestation²⁴³.

Par ailleurs, comme en droit allemand, la notion de subsidiarité joue également son rôle, même si le Home Office en a progressivement limité la portée, notamment en application des IOCA et RIPA. Il était alors exigé que les méthodes normales d'enquête aient été essayées, sans succès, ou bien n'aient jamais eu de chances d'aboutir compte tenu de la nature des faits ou des auteurs recherchés. Le second critère retenu était généralement qu'il y avait toutes les raisons de croire que les écoutes déboucheraient sur une décision de condamnation²⁴⁴.

L'IOCA a abrogé l'exigence de l'emploi et même de l'examen préalables d'autres moyens d'enquête. Aujourd'hui, en matière d'écoutes, il suffit que le "*Secretary of State*", membre du gouvernement, considère dans sa réquisition ("*warrant*") qu'une écoute est nécessaire à la sécurité nationale, à la sauvegarde du potentiel de la nation ou à la prévention ou la répression d'une infraction sérieuse ("*serious crime*", s.2(1)(2) IOCA). Le seul point qui puisse être éventuellement contesté devant les tribunaux par une personne visée par ces écoutes est l'opportunité putative des écoutes au regard des infractions poursuivies et des circonstances (s.2(3) IOCA). Ainsi, le "*warrant*" est indistinctement une mesure judiciaire et une mesure exécutive ; l'enquête de police, elle, est une compétence propre à la seule police.

Si bien du reste que la distinction entre "interceptions" et "écoutes", au sens français des termes, est ici moins significative. Nous limitons néanmoins le propos aux matières judiciaires mises en jeu par les écoutes. Il faut toutefois noter que la "preuve objective" n'a pas à être démontrée par le *Secretary of State* en matière de terrorisme, atteinte à la sûreté de l'État ou tout

²⁴² HANSARD, House of Commons, 21 avril 1982, col. 95.

²⁴³ EWING, GEARTY, 1990, 69.

²⁴⁴ BIRKETT, para. 64.

autre activité subversive²⁴⁵. Ce n'est bien sûr pas sans incidence sur le fonctionnement de la justice pénale, compte tenu de la confusion croissante, sous le poids de la lutte contre le crime organisé ou le terrorisme, de la politique pénale et de l'action de l'État, ce que confirme du reste le "*Security Service Act*" de 1996²⁴⁶.

L'encadrement de la décision de mise sur écoutes est devenu un peu plus contraignant avec le RIP A. Le "*Secretary of State*" doit être simplement amené à croire que la mise sur écoute est une mesure proportionnelle à la gravité de l'infraction poursuivie ou au risque posé par la personne visée. En outre, l'opportunité doit être estimée au regard des chances de succès d'autres moyens d'enquête (s.5(4) RIP A). Cela implique que, par rapport à l'IOCA, d'autres éléments doivent être pris en compte : lorsque le renseignement ne peut être obtenu raisonnablement par d'autres moyens, le principe de proportionnalité peut se voir opposé à une décision de mise sur écoutes, dès lors que le degré de l'intrusion dans la vie privée porté par ces écoutes apparaît disproportionné au regard des fins poursuivies par celles-ci ²⁴⁷.

À la différence de l'Allemagne, où les discussions visant la distinction entre "faits recherchés" et "personne surveillée" sont nombreuses, aucun régime britannique encadrant les écoutes n'a jamais posé d'exigence quant aux liens entre la personne visée par la mesure et l'infraction recherchée ; ce qui bien entendu conduit à l'interception de toute conversation tenue sur la ligne téléphonique surveillée, même si ces conversations ne se rapportent en aucune manière apparente à l'infraction qui a motivé la mise sur écoutes.

2°) *Considérations procédurales*

Tant le IOCA que le RIP A ont prévu une limitation dans le temps de la durée de la mise sur écoutes : deux mois sous l'empire du premier, trois mois sous l'empire du second.

À la différence de l'Allemagne, l'ordonnance de placement sur écoutes ("*warrant*") relève de l'Exécutif, en l'occurrence du "*Secretary of State*", le ministre de l'Intérieur²⁴⁸, et aucune disposition ne limite ce pouvoir, ni même, déplorent certaines voix, une autorisation préalable du juge²⁴⁹. Le juge est strictement confiné à l'étape de la plainte. Dans les cas d'urgence, un simple agent ("*an official*") du ministère de l'Intérieur peut délivrer l'autorisation nécessaire, dès lors que le secrétaire d'État lui délègue ce pouvoir (s.4(1)(b) IOCA, s.7(1)(2) RIP A). Cette disposition, qui exige

²⁴⁵ CAMERON, 1986, 136.

²⁴⁶ SHARPE, 2000, 127.

²⁴⁷ FENWICK, 2000, 348.

²⁴⁸ BIRKETT, para.53, s.1(2), s.2 IOCA, s.1(5)(b) et s.5 RIP A.

²⁴⁹ JUSTICE, 2000, 22. Il faut toutefois rappeler que, aux termes de Klass c/ Allemagne, la CEDH ne requiert pas l'autorisation du juge en vue d'écoutes judiciaires dès lors qu'existe, par exemple, un contrôle parlementaire.

toutefois qu'en cas d'absence il doit être joint par tous les moyens pour délivrer l'accord, ne permet pas de garantir une décision en pleine connaissance de cause de la part du *Secretary of State*²⁵⁰.

L'incertitude est assez générale en ce qui concerne exactement les personnes susceptibles de recevoir délégation de la part de ce dernier. Sous le régime défini par le rapport Birkett, le *Secretary of State* pouvait déléguer cette compétence à "toute personne, autorité, agence ou département d'État"²⁵¹, ce qui permettait par exemple au ministère de l'Agriculture d'intercepter des communications. L'IOCA réservait ce droit aux agences répressives ("*law enforcement agencies*"), ce qui incluait donc l'ensemble des services de police, et qui avait l'inconvénient de ne pas préciser si cette délégation était entendue de manière générale ou était restreinte à la poursuite de missions particulières. Le RIPA est plus précis que le texte précédent, puisqu'il dispose d'un catalogue des personnes pouvant disposer de cette délégation (s.6 RIPA). Cette liste, toutefois, n'est pas exhaustive. Les "*Chief Constables*", par exemple, ne sont pas mentionnés, mais peuvent demander l'autorisation de délivrer un "*warrant*" au "*National Criminal Intelligence Service*"²⁵². Et cette faculté de demander l'autorisation par des voies indirectes peut être ouverte à d'autres administrations d'État²⁵³.

Sous le régime Birkett, le ministre de l'Intérieur assurait un contrôle mensuel de la reconduction des raisons de la mise sur écoutes²⁵⁴. Depuis l'IOCA, le ministre de l'Intérieur a la faculté d'annuler une ordonnance s'il estime que la reconduction de la mesure n'est plus justifiée au regard de l'état des connaissances acquises jusque lors au cours de l'enquête (s.4(4) IOCA, 9(3) RIPA). Là encore, beaucoup se demandent dans quelle mesure cette disposition offre une garantie suffisante compte tenu du domaine de compétence du *Secretary of State*.

Quant aux fins poursuivies par les écoutes judiciaires, il est intéressant de constater que sous le régime du rapport Birkett, les ordonnances devaient mentionner le but poursuivi par la mesure, ainsi que les faits et circonstances qui pouvaient également la justifier²⁵⁵. L'IOCA et le RIPA n'ont pas prévu une telle formalité. Une particularité toutefois de ce régime plutôt libéral concerne précisément les fins et les usages des informations recueillies par les interceptions. Au Royaume-Uni en effet, les écoutes ne doivent avoir pour fin que de rassembler des éléments amenant les services d'enquête à la découverte ou la recherche d'autres éléments qui seraient dotés, à l'audience, d'une force véritablement probante²⁵⁶ : le but est plus de gagner de

²⁵⁰ EWING, GEARTY, 1990, 69.

²⁵¹ BIRKETT, appendice II.

²⁵² HANSARD, House of Lords, vol. 613, col. 1476.

²⁵³ *Ibid.*, col. 1504.

²⁵⁴ BIRKETT, para. 74 ; *White Paper*, para. 12.

²⁵⁵ BIRKETT, para. 9.

²⁵⁶ *White Paper*, para. 16, s. 9, IOCA, s.17 et 18 RIPA.

l'information ("*intelligence*") que de la matière de preuve ("*evidence*")²⁵⁷. S.17 RIPA précise de manière explicite que les bandes d'enregistrement ne peuvent être employées comme preuves ("*ruled out from legal proceedings*"), laquelle disposition a, par ailleurs, reçu l'approbation récente de la CEDH ("*Jasper c/ UK*" [2000] 30 EHRR 441).

Toutefois, cette restriction quant à l'usage des preuves collectées n'implique pas une auto-limitation des demandes d'ordonnance par les services d'enquête, comme le peut d'ailleurs le doublement du nombre d'écoutes effectuées au Royaume-Uni de 1993 à 1998²⁵⁸. La doctrine nord-américaine dite du "fruit de l'arbre empoisonné" serait seule à même d'empêcher une inflation des écoutes, puisque cette doctrine comprend la recevabilité de la preuve depuis son origine, c'est-à-dire depuis les éléments qui ont acheminé les services d'enquête vers elle. Mais la jurisprudence anglaise est dans ce domaine, on le sait, bien moins regardante, qui estime que la cour n'a pas à exclure une preuve dès lors qu'elle a été reçue par la police à partir d'éléments initiaux recueillis de manière contraire à la procédure²⁵⁹. La doctrine du "fruit défendu" est un moyen fort de disciplinarisation des autorités chargées des enquêtes, car si le matériel obtenu n'est autorisé à être produit à l'audience qu'à la condition que sa collecte soit conforme à des règles précisément édictées, les services d'enquête auraient tout à perdre à s'engager dans des recherches vouées aux nullités.

La ruse du formalisme britannique a paradoxalement amené à ce que la validité des écoutes soit bien plus estimée au regard de critères formels plutôt que substantiels. On le verra principalement à propos des requêtes fondées sur le principe de l'atteinte à la vie privée : il s'agit plus, pour les organes de contrôle, de constater qu'un "*warrant*" a bien été pris, plutôt que d'examiner la réalité matérielle des écoutes au regard des circonstances des faits recherchés ou constatés. Il en est de même quant à la recevabilité des écoutes à l'audience. Celles-ci ne sont pas admises devant le juge comme moyen de preuve ; mais il faut comprendre par "écoutes" celles qui font l'objet d'une définition procédurale, autrement dit celles mises en place sur le fondement d'un "*warrant*". Les autres peuvent tout à fait être admises au rang de preuves, autrement dit celles qui ont fait l'objet d'un consentement préalable de la personne visée et qui sont, il faut le dire, en nombre négligeable (sec. 1(2)(b) IOCA, également "*R v. Rasool*" et "*R v. Choudhary*" 1997, 2 Cr. App. R. 190).

La décision "*Choudhary*" fut portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, puisque Choudhary, dans cette affaire, estimait que la Cour britannique ne s'était pas donnée les moyens de juger si le consentement avait bel et bien régulièrement été acquis et qu'il n'avait pas

²⁵⁷ Les renseignements obtenus ne peuvent en réalité constituer que le "point de départ des mesures de recherche de matériels probants" (CEDH "*Preston c/ Royaume-Uni*", 1994, App. N° 24193/94).

²⁵⁸ COMMISSIONER LORD NOLAN, 1999, 10.

²⁵⁹ Cf. *Kuruma v. R* [1955] AC 402.

résulté d'une tromperie des services de police, ruinant ainsi la tenue d'un procès équitable (notamment l'exigence du contradictoire et le contre-interrogatoire des témoins – art. 6-3 Conv. europ.), et mettant de surcroît en œuvre une intrusion inadmissible dans la sphère de sa vie privée. La CEDH, fidèle à son habitude de ne pas trop examiner les appréciations de fait dégagées par les juges nationaux, s'est refusée à examiner très avant dans quelle mesure le juge britannique pouvait estimer la réalité du consentement donné aux services policiers de placer le requérant sur écoutes et les arguments visant l'éventuelle tromperie ("*deception*") furent balayés. De manière générale, du reste, la CEDH estima que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne joue qu'au stade de l'interrogatoire policier, que n'est pas encore une conversation enregistrée par un dispositif d'écoutes téléphoniques.

Au final, le régime de s.9 IOCA concernant les garanties quant à l'administration de la preuve apparaît plus libéral que le régime non statutaire. En effet, les services chargés de l'enquête étaient alors soumis à l'obligation de faire conserver les enregistrements par le Home Office, ainsi que les attestations établissant en quoi la mise sur écoutes était justifiée, ainsi que la date et les motifs de tout renouvellement de la durée des écoutes, et de tout autre décision concernant le "*warrant*"²⁶⁰. Ce formalisme ne figure plus parmi les exigences posées par l'IOCA et le RIPA, qui n'ouvrent donc la voie qu'à un contrôle *a posteriori*, par voie judiciaire ou administrative.

3°) Voies de recours et information des personnes visées

Or, en ce qui concerne les modalités de recours et de plainte, les voies sont bien plus exigües en Grande-Bretagne qu'en Allemagne, puisque le souci essentiel de la procédure criminelle anglaise reste tourné vers la protection du secret des actions entreprises par les autorités chargées des enquêtes et d'isoler dans une grande mesure ces dernières du regard du juge. Le régime du Rapport Birkett ne prévoyait ainsi que des voies extra-judiciaires de requête, au moyen soit d'une plainte adressée aux services d'enquête internes aux autorités de police (voie prévue par le *Police Act*, 1964), soit d'une requête adressée directement au "*Secretary of State*". Dans le premier cas, un "*Chief of police*" se chargeait de l'enquête et de l'information éventuelle du "*Director of Public Prosecution*" s'il apparaissait qu'une infraction avait été commise. Dans le second, il appartenait au ministre de l'Intérieur d'annuler le "*warrant*".

Un "*Tribunal*" fut introduit par l'IOCA s.7. Toutefois, le plaignant se voit seulement accordé le droit d'y acheminer une requête : siégeant à huis clos, sans représentation du plaignant,

²⁶⁰ *White Paper*, para. 14.

de sa défense ou de son conseil, ce "*Tribunal*" n'accorde pas à ce dernier la possibilité de contester la recevabilité ou la valeur probante des écoutes effectuées. Car le seul objet de compétence du "*Tribunal*" est l'examen de la formalité de la procédure d'écoutes judiciaires. Il détermine si un "*warrant*" a bel et bien été pris dès lors qu'une personne croit avoir été placée sur écoutes. Le matériel obtenu depuis ces écoutes ne peut être visé par l'enquête éventuelle du "*Tribunal*", qui n'examine donc pas la conformité des motivations du "*warrant*" aux faits recherchés : l'enquête ne porte pas sur les faits, mais sur la simple matérialité du "*warrant*".

Si le "*Tribunal*", néanmoins, considérait la réquisition illégale au regard des dispositions de l'IOCA, il transmettait son avis au Premier ministre, ainsi qu'à l'auteur de la requête. Dans ce cas, le "*Tribunal*" était dans l'obligation de faire annuler le "*warrant*", de faire détruire les enregistrements et de demander le paiement de dommages et intérêts au Secrétaire d'État. Toutefois, il n'appartenait pas au "*Tribunal*" de déterminer si des écoutes illégales, autrement dit de rechercher et de dire si des écoutes sans "*warrant*" étaient menées. Ainsi, le requérant était simplement informé de la conformité d'un "*warrant*" aux conditions fixées par l'IOCA. De plus, les décisions du "*Tribunal*" n'étaient pas susceptibles d'appel et ne pouvaient constituer un motif de plainte devant une juridiction ordinaire, laquelle n'avait aucune compétence pour juger du caractère fondé ou non de la décision du "*Tribunal*". Les pouvoirs de ce dernier étaient en tout état de cause bien en deçà des pouvoirs des juridictions ordinaires. De ce point de vue, la nomination de ses membres n'offrait pas non plus de grandes garanties en matière d'indépendance à l'égard de l'Exécutif, sachant qu'ils étaient nommés par le Premier ministre pour une période de cinq ans et "même s'ils pouvaient être reconduits (...) pour une nouvelle période de cinq ans, l'IOCA ne leur offrait aucune garantie quant à leur inamovibilité en cours de mandat"²⁶¹.

Le RIPA a considérablement étendu le champ de compétences du "*Tribunal*", qui peut désormais intervenir sur l'ensemble des mesures relevant de la "surveillance policière", ce qui inclut notamment, au delà des écoutes, l'insonorisation des habitations²⁶². Par ailleurs, l'examen de ces mesures se porte au delà de celui de leur simple base légale, constituée par le "*warrant*". Le "*Tribunal*" voit ses compétences textuellement étendues à l'examen de la compatibilité des mesures de surveillance avec les dispositions de la Convention européenne, relevant en droit positif britannique de s. 7(1) et 6(1) HRA. Les membres du "*Tribunal*" jouissent également d'une plus grande indépendance à l'égard de l'Exécutif, puisqu'ils sont désormais nommés pour une

²⁶¹ EWING, GEARTY, 1990, 72.

²⁶² En termes légaux, toutes les mesures visées par IOCA, Part I et II RIPA et s.93 RIPA, ainsi que l'ensemble des mesures de surveillance qui ont été conduites sans base légale (s.65(2)(b),(4),(7),(8) et s. 67(3)(b)RIPA).

durée (renouvelable) de cinq ans par le "*Lord Chancellor*"²⁶³, sur proposition de la Reine, et ils ne peuvent être démis de leur fonction que par une adresse à la Reine formulée par les deux chambres du Parlement.

Contrairement à la matière civile, ni le "*Tribunal*", ni du reste aucune juridiction, ne peut examiner la réalité ni la légalité de mesures d'écoutes téléphoniques, puisque celles-ci, dépourvues de valeur probante, ne sont de toutes façons pas produites à l'audience et ne font donc l'objet d'aucun examen (s.17 RIPA – *cf. infra*). Cela signifie en outre, bien sûr, qu'il n'existe aucun moyen disponible pour faire valoir des nullités liées à la recevabilité de la preuve en matière de surveillance électronique, puisque s.65(2), (4) et (5) et s.17 RIPA accordent au "*Tribunal*" le monopole de la juridiction quant à l'examen de la légalité d'écoutes éventuelles. Par ailleurs, cette instance doit seulement fonder ses décisions sur "les principes convoqués par une instance judiciaire qui serait saisie en appel" : en clair, le "*Tribunal*" n'est pas juge du fond, pas plus qu'il n'instruit. Il ne se prononce que sur la légalité des actes pris (s.67(2) et (3) RIPA).

Par ailleurs, nous l'avons dit, le "*Tribunal*" est également limité par des barrières procédurales très pratiques, telles que le délai d'acheminement des requêtes (s.67(5) RIPA) : sauf les cas où le "*Tribunal*" estime devoir déroger à cette règle, aucune requête n'est admise plus d'un an après les faits visés. Et la procédure veut toujours que le "*Tribunal*" siège et confère à huis clos, sans le plaignant ni son conseil ou sa défense. Ses décisions n'ont pas non plus à être motivées (s.68(4) RIPA), pas plus qu'elles ne devaient l'être sous IOCA : soit le requérant est reçu, soit il est débouté. En ce cas, le requérant ne saura jamais si sa ligne n'a pas fait l'objet d'écoutes judiciaires, ou bien si au contraire elle a fait l'objet d'écoutes conduites en parfaite conformité aux textes... Le "*Tribunal*" ne se prononce que sur la question de savoir si le requérant est fondé à le saisir.

Ainsi, le cas de figure qui fut celui de Madame Halford (*cf. supra* "Halford c/ RU") peut se répéter à nouveau : Madame Halford n'avait en effet pas seulement porté la légalité des écoutes effectuées sur son lieu de travail à l'examen des juridictions britanniques, mais leur avait également demandé de vérifier la réalité et la légalité de mesures d'écoutes dont elle avait pu être l'objet non seulement sur son lieu de travail, mais aussi à son domicile. Les juridictions britanniques avaient posé que, en ce qui concernait son domicile, la seule crainte d'être écoutée ne constituait pas une mesure suffisante de plainte contre les autorités publiques britanniques sur la

²⁶³ Le "*Lord Chancellor*" est une institution propre à la Grande-Bretagne, pour ne pas dire parfaitement britannique. Il est en effet à la fois membre du Cabinet du Premier ministre (et le précède dans l'ordre du protocole), et membre du Législatif, en tant que speaker de la *House of Lords*. Seule sa place dans l'enceinte du Parlement détermine son rôle, selon qu'il s'installe sur un sac de laine (il est alors membre de la Chambre), ou dans un prétoire (il est alors membre du Gouvernement).

base de l'art. 8 de la Convention européenne, et n'avaient ainsi jamais permis à Madame Halford de savoir si son domicile avait en réalité jamais été écouté.

Comme pour justifier l'économie générale du secret sur les écoutes, le "*Commissioner*" Lord Nolan avait fait part de l'observation suivante, selon laquelle il ne ressort de toutes façons pas des compétences du "*Tribunal*" de dire si une ligne a fait l'objet d'écoutes : "Si le '*Tribunal*' était fondé à dire à un requérant qu'il n'a pas été objet d'écoutes légales, tout silence ou équivoque à propos d'autres observations du requérant laisserait toujours croire qu'une interception a bien été mise en place. Au delà, on peut considérer que s'il était systématiquement donné réponse claire à cette question, les criminels ou les terroristes seraient ainsi parfaitement informés du fait qu'ils ont été, ou non, écoutés"²⁶⁴. L'argument inverse est tenu par Fenwick²⁶⁵, pour qui les auteurs d'actions ou d'intentions criminelles, ignorant toujours s'ils sont sur écoutes, peuvent toujours le croire, et ainsi bannir systématiquement l'usage du téléphone pour leurs visées (ce que confirme du reste la recherche empirique menée en Allemagne – *cf. infra*).

Au final, le caractère éminemment secret de ces mesures est resté inchangé au fil des différents régimes, qui n'assurent pas aux individus la garantie de pouvoir recourir au juge pour connaître les mesures dont ils ont fait l'objet. Aucun régime n'a jamais obligé les autorités à informer les personnes visées à quelque stade que ce soit. De manière plus précise encore, dans le cas des écoutes téléphoniques, ces mesures n'étant jamais produites à l'audience (s.17 RIPA et s.9 IOCA – *cf. infra*), les personnes concernées ne peuvent jamais prendre connaissance rétrospective des écoutes dont elles ont fait l'objet. Cette disposition satisfait les principes fondamentaux de la procédure pénale lorsque l'information des individus est susceptible de priver d'efficacité les écoutes durant l'enquête, mais on comprend mal ce qui peut la soutenir encore lorsque la surveillance a cessé.

Là encore, le cas "Halford" peut aider à saisir toutes les dimensions du problème lié à l'absence d'obligation de l'information de la personne visée, une fois les opérations closes. La plainte de Madame Halford fut rejetée tant qu'elle visait les mesures éventuelles prises sur la ligne téléphonique de son domicile. L'argument du gouvernement, qui fut retenu par la juridiction, était que la plaignante ne pouvait produire les motifs matériels qui l'amenaient à raisonnablement croire que la ligne téléphonique de son domicile avait été placée sur écoutes. Dès lors, elle ne pouvait enjoindre le gouvernement, sur la foi d'une simple crainte, non étayée de motifs matériels, de lui dire si elle avait effectivement été l'objet d'écoutes. *A contrario*, en ce qui concernait les écoutes pratiquées sur son lieu de travail, elle avait livré suffisamment d'éléments qui soutenaient cette thèse.

²⁶⁴ REPORT OF THE COMMISSIONER UNDER IOCA, 1998, Cmnd. 4364, 2, 11.

²⁶⁵ FENWICK, 2000, 406.

Cette décision fut également discutée au regard de CEDH "Klass c/ RFA ", 1978. Les requérants visaient alors la substance de la loi allemande de 1968 (*cf. infra*) et avaient été déboutés de leur requête par les juridictions internes allemandes, qui avançaient que, ne pouvant matériellement prouver avoir été visés par une mesure, ils ne pouvaient être admis à saisir le tribunal constitutionnel quant à la conformité de la loi aux principes généraux du droit. La CEDH, dans sa décision, avait au contraire souligné que de telles décisions internes, qui confieraient au soin des personnes éventuellement concernées pour établir les faits, risquaient de vider l'art. 8 de toute portée²⁶⁶. Les juges de Strasbourg admettaient donc que des individus puissent la saisir, tout en ignorant s'ils avaient été en effet personnellement concernés, dès lors qu'ils citaient une loi particulière, le droit européen précisément visé par la loi, et le degré de relation personnelle avec la loi en question.

Toutefois, examinant la requête de Madame Halford portant sur les écoutes supposées avoir visé son domicile, les juges de Strasbourg, ainsi confrontés à un cas particulier, avaient débouté Madame Halford ("Halford c/ R.-U." [1997] 24 EHRR 523). En effet, sa requête visait en l'espèce un cas particulier (qu'elle ne pouvait prouver), et non pas une loi donnée. Madame Halford ne pouvait donc attaquer une loi, qui n'existait pas ; ni contester une décision, dont elle ne pouvait montrer qu'elle avait été rendue.

Le secret de ces mesures, toujours susceptible d'être contesté, a amené la création par l'IOCA d'un "*Commissioner*", remplacé sous le RIPA par un "*Interception of Communications Commissioner*" (*infra* "*Commissioner*"). Le "*Commissioner*" a pour charge la surveillance des opérations conduites par les autorités habilitées par le RIPA. Il publie un rapport annuel et informe le Premier ministre de tout manquement aux règles prévues dans les deux statuts qui se sont succédés. Le Premier ministre a néanmoins la possibilité d'ôter de la publication annuelle toute référence pouvant menacer la sécurité nationale, la prévention ou la poursuite des actes criminels, ou le potentiel économique de la Nation ; disposition qui fragilise d'autant la légitimité du "*Commissioner*". Un "*Chief Surveillance Commissioner*" a été institué, qui peut examiner les surveillances en cours, de toute nature, et transmettre ses observations à l'Exécutif. Il ne peut en revanche connaître les décisions prises réellement par le gouvernement à la suite de ses observations, matériellement limitées à l'examen d'un simple échantillon de mesures en cours.

²⁶⁶ GUERRIER, 2000, 63.

4°) Conclusion

On touche avec la Grande-Bretagne à l'une des grandes finesses du droit de la preuve en droit pénal. Comparé à la France et surtout à l'Allemagne, l'emploi de l'écoute téléphonique est libre : monopole du policier, seulement contrôlé par sa conscience et son intuition, qui sont les seuls guides de l'opportunité et de la subsidiarité de la mesure ; complexité et limites de l'instance de recours, qui se borne au seul examen des formalités que doit remplir le policier. Mais ce régime très libéral se voit au final tout à fait contrebalancé par le fait que le produit de ces écoutes ne fait pas preuve : il n'est pas présenté devant le juge. Le droit britannique donne donc la faculté la plus large à la police d'écouter, mais prive en quelque sorte de portée ce qui fut écouté. La police peut ainsi accumuler l'information ; mais il y a loin de l'information à la preuve. Cela n'est pas sans incidence, bien sûr, sur la faible protection contre l'intrusion policière qu'est la "*privacy*". Toujours est-il que cet élément peut expliquer le déséquilibre entre le droit formel et l'usage réel des procédures pénales : en Allemagne, où les conditions d'emploi des écoutes rebutteraient le moindre policier de la Couronne, les écoutes se voient bien plus souvent utilisées lors des enquêtes. Le formalisme de la protection des libertés doit donc être mis en balance avec la valeur probante des recherches effectuées.

IV – CONCLUSION SUR LES ÉCOUTES TÉLÉPHONIQUES

C'est sans doute à l'aune des écoutes téléphoniques que l'homogénéisation des procédures pénales européennes est, de toutes nos techniques, la moins affirmée. Le partage que nous avons constaté à propos de l'ADN entre la France et l'Allemagne, d'une part, et la Grande-Bretagne, d'autre part, se retrouve ici encore. Mais à un degré toutefois moindre : certes, la police conserve un quasi-monopole de décision, certes, le magistrat du siège renâcle à véritablement examiner les circonstances effectives d'obtention des preuves, mais au final, les écoutes judiciaires y semblent moins utilisées qu'en Allemagne, où l'édifice juridique ouvrant droit à cette mesure en impose par sa monumentalité, parfois byzantine. Là encore, du reste, il ne faut pas supposer l'alignement des prescriptions formelles présidant à la décision d'interception, et la réalité des pratiques judiciaires. Rappelons en effet que les recherches empiriques allemandes, qui constatent le faible suivi des précautions formelles imposées aux organes judiciaires de contrôle de l'action du parquet et de la police, soulignent l'alignement indistinct des perceptions de la criminalité "grave" de la part des acteurs agissant et de la part des acteurs les contrôlant, alignement qui conduit, dans les domaines où précisément les écoutes sont recevables (criminalité à caractère sexuel, crime organisé, etc.,

sans oublier bien sûr le terrorisme et les infractions "associées"), à une relecture commune par ces acteurs du droit qui les gouverne à partir de la réalité telle qu'elle ressort des rapports de police. Chacun des acteurs convenant que rien n'est plus impérieux que la lutte contre ce type d'infractions est prêt d'une part à partager *a priori* les faits tels qu'ils ressortent des éléments policiers, même en deçà de l'ouverture d'une information judiciaire, et d'autre part à considérer les exigences de contrôle *a posteriori* comme secondaires au regard des enjeux de protection de l'ordre et de l'intérêt publics.

Ne tirons pas de conclusion hâtive de cet indéniable constat. D'abord parce que l'action du parquet ou de la police ne coïncide pas avec la décision finale du juge ; et l'on voit en Allemagne que nombreuses sont les procédures qui, en réalité, échouent à déboucher ne serait-ce que sur une audience. Pendant ce temps, toutefois, l'atteinte à la vie privée a indéniablement été commise et, de ce point de vue, il faut souligner combien le contrôle judiciaire formel de ces techniques est mal ajusté à l'intensité des dommages commis durant la phase d'enquête en termes de respect de la vie privée. Toujours de ce point de vue, on peut observer qu'un ordre juridique soucieux de l'équilibre entre la garantie de la sécurité des personnes et celle de leur vie privée ne saurait admettre la poursuite des découvertes incidentes, qui tendant à faire de ces filets de captation des preuves que sont les interceptions téléphoniques des sortes de filet flottant, lancés sans contrôle véritable au hasard des personnes déjà connues des services de police, dans l'attente d'une ou deux pistes possibles. De même, mais cela dépasse ici notre propos, on ne saurait attendre d'un ordre juridique qu'il garantisse la sûreté des personnes contre la puissance publique lorsqu'il multiplie les incriminations d'intention, où le fait de se trouver "en bande", "en relation avec" ou de manière jamais définie tout simplement "organisé" autorise l'intervention intrusive, avant tout constat de consommation, ni même de commencement d'exécution de l'infraction.

Ensuite, on peut faire l'hypothèse que des régimes libéraux en matière de preuve technique le sont encore plus en matière de preuve strictement humaine ; autrement dit que si le juge, comme en Allemagne, regarde peu les circonstances et les justifications réelles de l'emploi d'une technique, il y a fort à parier qu'il regardera encore moins les conditions réelles d'intervention de la police judiciaire en matière d'infiltration, d'enquête sous couverture, de collecte de renseignements par des indicateurs. Cela implique que, au regard de ce qu'il est possible de faire sans recours à des médiations techniques, la police préférera toujours recourir aux moyens traditionnels, considérés comme moins intrusifs, mais dont l'exécution reste certainement plus libre que celle des écoutes téléphoniques. Le chapitre consacré aux sonorisations l'illustrera mieux encore.

TROISIÈME PARTIE

TECHNIQUES DE SONORISATION

Nous nous attacherons principalement dans cette partie à examiner l'emploi d'enregistrements de conversations tenues dans des lieux privés. L'opération consiste, le plus souvent, à introduire un dispositif dans un domicile ou sur ses murs extérieurs permettant sa "sonorisation", c'est-à-dire l'écoute des conversations qui s'y tiennent. Les législations nationales distinguent parfois le statut juridique de ces opérations selon que l'installation des micros nécessite de pénétrer dans le domicile visé, ou selon qu'elle permet l'écoute à distance, sans effraction (technique beaucoup plus coûteuse et plus rare).

On le voit donc : la sonorisation suppose une intervention humaine préalable pour son installation. Elle est donc souvent liée, de manière connexe, à la perquisition comme moyen de l'enquête de police. Nous nous efforcerons le plus possible de resserrer la discussion autour des usages judiciaires de la fin visée par cette effraction, en l'occurrence l'enregistrement de conversations privées.

Le droit allemand distingue clairement les mesures dites de "grande" et de "petite sonorisation" ("*kleiner und großer Lauschangriff*"), visées chacune par des dispositions de procédure pénale particulière (§§ 100c al. 1 StPO, respectivement n° 3 et n° 2). La "grande sonorisation" renvoie à l'opération que nous venons d'évoquer : installation de dispositifs de captation dans ou à proximité des domiciles, écoute et enregistrement des conversations tenues à l'intérieur d'espaces clos²⁶⁷. La "petite sonorisation", en revanche, est la captation et l'enregistrement, par un policier sous couverture, de conversations tenues à l'extérieur du lieu privé. Elle voit l'enquêteur, non identifiable bien sûr comme tel, approcher sous un prétexte ou un autre des personnes en plein conciliabule et d'en capter et enregistrer le contenu, à l'insu des protagonistes.

Si la visite domiciliaire, qui requiert des moyens essentiellement humains, vise uniquement à déposer un dispositif technique en vue de son exploitation, dans le cas de la "petite sonorisation", en revanche, le dispositif technique "fait corps" avec l'enquêteur, dont le talent consiste

²⁶⁷ Le terme allemand littéral est "grande agression des écoutes", le terme "agression" signifiant en réalité "intrusion coercitive" en procédure pénale allemande. On comprend mal que "*Lauschangriff*" soit traduit littéralement dans l'article comparé, par ailleurs éclairant sur les pays est-européens, de ARNOLD, 1999, 259-271.

précisément à ne pas laisser voir l'appareillage, ni, donc, son identité véritable²⁶⁸. De ce point de vue, la "petite sonorisation" offre un moyen privilégié de juger des spécificités de la technique en tant que preuve pénale, sorte de prolongement inversé du rapport enquêteur/machine de la grande sonorisation qui offre en tant que tel un gradient supplémentaire d'intervention humaine dans un dispositif où la preuve sera essentiellement recueillie sur un support technique (en l'occurrence magnétique). La "petite sonorisation" est le cas typique de ce que les Anglo-Saxons définissent comme le "*humint*", sorte de technique humaine de collecte du renseignement ("*human + intelligence*"); qui n'est pourtant, en tant que telle, définie que par le droit allemand²⁶⁹. En Grande-Bretagne, la loi (PACE puis surtout RIPA) définit désormais à la fois l'informateur et l'agent infiltré, ainsi désormais qu'en France, si l'on retient ce que prévoit la loi de 2004 renforçant les moyens de lutte contre la criminalité.

I – LA SONORISATION DES LIEUX PRIVÉS EN ALLEMAGNE

La possibilité d'une surveillance audio de locaux fut seulement introduite en 1998 dans la procédure pénale allemande. Auparavant, ce type de moyens était uniquement employé dans le cadre d'actions préventives, visant la protection de l'État et de l'ordre constitutionnel. Cette innovation législative émana d'une proposition parlementaire commune des groupes parlementaires SPD, CDU-CSU et FDP, le 1^{er} octobre 1997, qui souhaitaient alors d'une part, une révision de la Loi fondamentale, en particulier des dispositions protégeant le domicile individuel, et, d'autre part, l'introduction d'une loi visant "l'amélioration de la lutte contre la criminalité organisée"²⁷⁰.

L'initiative législative exigeait en effet une modification de l'art. 13 LF, pour lequel seule la sonorisation visant la prévention de dangers immédiats à la sûreté de l'État et à l'ordre constitutionnel était envisageable. Les débats parlementaires furent très animés. Pour réunir les deux tiers nécessaires à toute révision constitutionnelle, les parlementaires se sont attachés à définir de la manière la plus restrictive qui soit l'emploi de ce mécanisme en procédure pénale. De la sorte, l'art. 13 LF modifié par révision constitutionnelle le 26 mars 1998 pose non seulement le principe selon lequel la sonorisation reste la *ultima ratio* de la procédure pénale, mais également les

²⁶⁸ Une partie ancienne de la doctrine française ne qualifiait-elle pas le micro comme sorte de prolongement corporel de l'enquêteur, une "oreille ultra-sensible" (GRAVEN, 1959, 277, cité in MATSOPOULOU, 1996, 897, n. 117).

²⁶⁹ Des auteurs français déplorent d'ailleurs, de manière plus générale, la faible définition réglementaire des techniques d'enquête dans la procédure pénale ; d'autant, qu'en l'occurrence, l'audition et l'interrogatoire policiers sont bien entendu encadrés par un lourd formalisme : PRADEL, 1998, Chron. Cet écart entre le formalisme attendu de l'interrogatoire officiel et de l'absence de réglementation des éventuelles auditions informelles fait l'objet d'un vif débat en Allemagne (*cf. infra*).

²⁷⁰ BT. Drs., 13/8650-8651.

garanties procédurales, élevées ainsi au rang d'exigences constitutionnelles : limitation de la mesure à la poursuite de crimes jugés particulièrement graves, nécessité d'une autorisation judiciaire issue d'une chambre spéciale, ainsi que la production au Parlement d'un rapport annuel sur ces opérations par le gouvernement²⁷¹.

Toutefois, l'adoption de la révision constitutionnelle ne fut pas sans soulever d'oppositions, notamment au sein d'une partie de la doctrine, qui y voyait une infraction au principe constitutionnel (art. 79-3 LF) posant l'irrecevabilité de toute modification constitutionnelle touchant aux droits fondamentaux visés aux articles 1 à 20 de la Loi fondamentale²⁷². Momsen, en particulier, prend appui sur les notions de "théorie absolue" et de "théorie relative" en matière de protection des droits fondamentaux²⁷³. Pour la première, toute intervention dans la sphère des droits fondamentaux est bannie ; pour la seconde, une telle intervention est toujours soumise à la nécessité de la garantie d'un droit supérieur, et l'on pourrait alors considérer jusqu'à la suspension des droits fondamentaux, pour un temps limité, visant des personnes définies. Tout le problème, au regard de cette "théorie relative" réside dans le caractère impératif de l'art. 19-2 LF sur l'imprescriptibilité des droits fondamentaux : "En aucun cas un droit fondamental ne peut se voir atteint dans sa substance" ("*In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*"). Aussi, pour la théorie absolue, il est toujours une part de droit fondamental qui ne peut, en aucun cas, être l'objet de l'intervention de l'État, même au regard de la protection d'intérêts jugés supérieurs²⁷⁴. Aux yeux de Momsen ou Roggan, le respect du lieu d'habitation est précisément l'un de ces droits essentiels dont l'individu dispose quoi qu'il arrive. Des conversations sont tenues au domicile, précisément parce qu'elles ne peuvent y être entendues ; et aucune intervention ne devrait y être effectuée.

C'est d'ailleurs à l'argument de la valeur particulière du lieu d'habitation que tiennent les auteurs défavorables à la révision constitutionnelle, qui font valoir que, à la différence des écoutes téléphoniques, où les conversations sont véhiculées par un tiers technique (l'opérateur), les conversations tenues au sein de son lieu d'habitation le sont dans l'intimité la plus stricte et ne sauraient alors être exposées au danger d'être entendues par des moyens techniques²⁷⁵. Cette absolue liberté de jouissance du lieu d'habitation, du moins au regard des conversations qui s'y tiennent, vient également interpellé la notion de présomption d'innocence : l'emploi d'un tel

²⁷¹ Cf. par exemple, le rapport sur l'année 2002, *infra*. Ces rapports sont de stricts et brefs rapports d'information, qui ne laissent pas prise en tant que tels à un contrôle parlementaire.

²⁷² C'est notamment l'argument de LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, 1998 ; MOMSEN, 1998 ; ROGGAN, 1998, 102-103). Il n'est pas indifférent de noter que Mme Leutheuser-Schnarrenberger avait été ministre de la Justice FDP du gouvernement Kohl, et qu'elle avait démissionné en janvier 1996, refusant d'endosser la paternité de dispositions législatives visant les écoutes administratives aux fins de lutte contre la criminalité organisée.

²⁷³ MOMSEN, 1998, 459.

²⁷⁴ LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, 1998, 88 ; MOMSEN, 1998, 459, 462 ; ROGGAN, 1998, 104.

²⁷⁵ RAUM, PALM, 1994, 447 *et suiv.* Cf. aussi LISKEN, 1993, 121 et 123.

moyen serait en effet une violation de ce principe, compte tenu du degré d'intervention dans la sphère privée qu'il met en œuvre²⁷⁶. Lisken se rapporte notamment, dans cet ordre d'idées, à la position arrêtée en 1983 par la Cour suprême lorsque statuant sur la légalité d'une "conversation en appartement" ("*Raumgespräch*"), elle avait avancé l'idée que cette conversation relève "de la conduite de la vie privée, garantie par la protection absolue qu'offre l'art. 2 de la Loi fondamentale"²⁷⁷. Le BGH ajoutait alors : "même les intérêts supérieurs de la collectivité ne peuvent justifier l'intervention au cœur de la vie privée", et rejetait, en raison de la méconnaissance du principe de proportionnalité, la mesure de sonorisation alors soumise à son examen.

À l'encontre de ces positions de principe, qui avaient notamment été défendues lors de la discussion autour de la loi de 1992 sur le crime organisé, le ministre fédéral de l'Intérieur, Otto Schilly, soutenait l'argument selon lequel les préventions affichées dans la Loi fondamentale à l'encontre de révisions touchant à la substance des droits fondamentaux imposaient en quelque sorte une obligation de prudence au législateur, mais en aucune manière une interdiction de toute action. Il s'appuyait alors sur une décision du tribunal constitutionnel en ce sens²⁷⁸. Cette position est en effet la plus communément partagée par la doctrine²⁷⁹.

La révision constitutionnelle acquise, un § 100c Abs. 1 n°3 StPO fut introduit. Tous les groupes parlementaires à l'exception des Verts et du PDS s'accordaient sur le point que les progrès du crime organisé, la difficulté à identifier la hiérarchie des organisations criminelles et surtout la difficulté à pénétrer ces milieux au delà des simples exécutants motivaient pour l'essentiel une telle innovation juridique²⁸⁰. L'essentiel de la discussion parlementaire, prolongeant d'ailleurs des tentatives d'amendement déposés par le groupe Verts au cours de la discussion constitutionnelle, portait sur la protection spécifique de groupes professionnels dont la loi protège le secret dont ils peuvent être les dépositaires. L'église catholique, les églises protestantes, ainsi que l'ordre des médecins, firent ainsi part de leurs inquiétudes aux parlementaires lors des auditions en commission²⁸¹. Finalement, les Verts proposèrent au cours de la discussion parlementaire tout un ensemble d'amendements visant notamment la réduction du catalogue d'infractions, la nécessité (empruntée au système nord-américain) d'information permanente de la

²⁷⁶ RAUM, PALM, 1994, 452.

²⁷⁷ LISKEN, 1993, 121. La décision est BGHSt 31, 296.

²⁷⁸ SCHILLY, 1999, 129, avec référence à BVerfG, 94, 49 (85). *A contrario* : BVerfG, 30, 1.

²⁷⁹ MAUNZ *in* M/D, Art. 19, Rn. 26, Krebs, *in* v.Münch GG Art., 19 Rn. 20; également, mais avec nuance, DENNINGER, *in* AK-GG, Art. 19 Rn. 3.

²⁸⁰ BT-Drs. 13/ 8651, 13.

²⁸¹ DITTRICH, 1998, 336.

personne concernée, ainsi que l'échange constant d'informations circonstanciées entre le juge et le procureur quant aux mesures en cours. Les amendements furent cependant rejetés²⁸².

Dès les discussions constitutionnelles, beaucoup avaient souligné l'étendue des délits possibles pouvant ouvrir droit à une sonorisation. Certains d'entre eux semblaient ne se rapporter que très indirectement à la lutte contre le crime organisé (selon les expressions retenues lors des discussions parlementaires : "délits qui d'après leur *modus operandi* se rapportent au crime organisé"²⁸³), pourtant motif explicite retenu par le législateur lors de la révision constitutionnelle²⁸⁴.

De plus, à l'usage, le caractère apparemment inefficace de l'usage des techniques de sonorisation dans la lutte contre le crime organisé est depuis leur introduction matière à débats. Selon un rapport conjoint des ministères de l'Intérieur et de la Justice, en effet, les trois premières années consécutives à l'introduction légale de cette technique ont vu moins de la moitié des opérations conduire à des procédures judiciaires effectives²⁸⁵. Ainsi, il est souvent estimé que la faiblesse des résultats effectifs fut payée d'un prix bien lourd, celui d'une modification des droits fondamentaux visant la protection des citoyens et plus particulièrement celle de leur propriété et de leur vie privées²⁸⁶.

1°) Définitions

La loi allemande distingue les opérations de sonorisation selon qu'un agent sous couverture est présent (et enregistre les conversations à l'insu des personnes) ou selon que les conversations sont enregistrées par un appareil placé dans ou hors le local. On parle dans le premier cas de petite sonorisation ("*kleiner Lauschangriff*"), dans le second de grande sonorisation ("*großer Lauschangriff*"). Il faut remarquer que, ainsi que le droit des écoutes téléphoniques, les régimes de ces moyens de preuve relèvent plus généralement des régimes visant les enquêtes infiltrées. Pour une meilleure clarté du propos, nous ne parlerons ici que de la grande sonorisation, le régime propre à la petite sonorisation empruntant plus strictement aux opérations d'infiltration. Par commodité, dans ce qui suit, "sonorisation" désigne les opérations dites de "grande sonorisation" en droit allemand.

²⁸² BT-Drs., 13/5196, 5.

²⁸³ BT-Drs., 13/8651, 13.

²⁸⁴ Lire les inquiétudes entendues lors des auditions parlementaires in DITTRICH, 1998, n. 17.

²⁸⁵ *Der Spiegel*, 8 février 2002 (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,181094.htm>).

²⁸⁶ Cette défiance extrême des Allemands à l'égard des moyens de surveillance, qui rappelle le double héritage national-socialiste et stalinien, nourrit parfois des commentaires excessifs de la part de la doctrine (ainsi ARNOLD, 1999).

2°) Conditions de fond

La grande sonorisation est définie par § 100c Abs. 1 n°3 StPO, qui n'envisage pas strictement les conversations tenues dans des locaux, mais les paroles "non publiques" ("*das nicht öffentliche Wort*"), enregistrées à l'insu des locuteurs, c'est-à-dire, en réalité, l'ensemble des conversations menées dans un espace clos et qui ne sont pas destinées à d'autres que ceux qui les tiennent²⁸⁷.

A) Le principe de subsidiarité

Le droit ainsi créé à la sonorisation en matière pénale est donc, compte tenu de l'intensité des discussions et de la gravité estimée de l'atteinte aux droits fondamentaux, fortement encadré. Il l'est d'abord de manière substantielle soumettant ainsi les mesures à un examen d'opportunité approfondi. Il faut en effet que toute autre mesure de recherche soit difficile ou vaine de manière "disproportionnée", ce qui définit la grande sonorisation (à l'inverse de la petite, définie par la présence d'un agent infiltré) comme *ultima ratio*.

Le texte précise que la sonorisation peut être engagée lorsque les autres mesures d'enquête, notamment la perquisition, serait d'avance "vaine" ("*aussichtslos*") "ou particulièrement difficile" ("*oder wesentlich erschwert*"). On peut se demander pourquoi l'exigence d'échec préalable des autres mesures d'enquête n'a pas été retenue comme condition suffisante et exclusive. En effet, on peut très bien imaginer que le silence obstiné du mis en cause suffise à définir l'enquête comme "particulièrement difficile", et ouvre ainsi droit à l'écoute permanente, jour et nuit, de l'ensemble des propos tenus dans son appartement, dans l'espoir de le voir un jour offrir des raisons plausibles de supposer qu'il a bien commis un délit quelconque.

La jurisprudence pénale confie à la "Chambre d'État" un pouvoir propre visant à déterminer si les enquêtes auraient en effet été redoutablement plus compliquées ou sans espoir de succès en l'absence de mesures de sonorisation²⁸⁸. La loi vise par ailleurs l'ensemble des moyens ayant visé la pose éventuelle des appareils, donc l'ensemble des mesures, par exemple, d'effraction des lieux visés²⁸⁹. Par ailleurs, si le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées des poursuites est clairement affirmé, le pouvoir de contrôle de leurs appréciations par les magistrats du siège est plutôt limité au stade de l'examen des preuves lors de la phase proprement

²⁸⁷ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 100c, Rn 7.

²⁸⁸ BGHSt, vol. 41, 30. La loi ne définit en revanche pas avec précision les moyens que peuvent solliciter les juges dans l'examen de l'opportunité différentielle en cas de petite ou de grande sonorisation, qui restent donc de l'ordre du pouvoir discrétionnaire des procureurs (KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 100c Rn. 13 ; KK-NACK Rn. 7).

²⁸⁹ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 100 c Rn. 12, 8 ; MEYER, HETZER, 1998, 1026.

juridictionnelle. Le BGH a clairement limité le pouvoir des tribunaux au contrôle *post-hoc* de la formalité des appréciations portées par le procureur, et exclu le contrôle de la réalité des circonstances fondant l'appréciation d'opportunité de la mesure²⁹⁰.

B) *Le catalogue d'infractions*

Les infractions recherchées, susceptibles de motiver la sonorisation de locaux, sont mentionnées dans un catalogue (§ 100c Abs.1 StPO), le même, pour l'essentiel, au catalogue d'infractions prévues en matière d'écoutes téléphoniques.

Comme en matière d'écoutes téléphoniques, le catalogue d'infractions ouvrant droit à des sonorisations suscite de nombreuses critiques²⁹¹. Pour certains, le catalogue est tout simplement non-conforme à la Loi fondamentale, qui ne contiendrait pas seulement des infractions d'une gravité suffisante²⁹². Certaines infractions mentionnées par § 100 Abs. 1 n°3-d StPO relèvent de crimes contre la sûreté de l'État ou la stabilité de l'ordre institutionnel, mais n'appellent pas nécessairement des peines lourdes : constitution de ligue dissoute, trahison, etc. Par ailleurs, certaines infractions comme les actes de corruption appellent des peines prévues entre trois mois et cinq ans d'emprisonnement. Dans un cas particulier, la peine maximale prévue est même seulement de un an (poursuite des activités propres à un groupe interdit - § 20 VereinsG).

Tirés de la jurisprudence, certains actes de sonorisation semblaient viser des faits qui ne relèvent pas même de la criminalité dite "de moyenne importance" ("*mittlere Kriminalität*"). En furent victimes un ressortissant kurde, dont les services d'enquêtes cherchaient à déterminer s'il avait participé à la distribution de tracts favorables au PKK ; un avocat, soupçonné d'employer ses compétences professionnelles afin d'aider des étrangers à produire des fausses déclarations aux services du séjour ou à se voir reconnaître le statut de demandeur d'asile ; un individu soupçonné d'avoir durant un an pourvu ses relations en haschisch provenant des Pays-Bas voisins.

En ce qui concerne les délits plus graves, définis comme des "actes d'une particulière gravité" ("*besonders schwere Straftaten*"), et dont nul ne conteste qu'ils soient visés par d'éventuelles mesures de sonorisation²⁹³, beaucoup regrettent que la loi n'ait pas explicitement déterminé le seuil de peine prévue et accorde aux organes chargés de la poursuite le pouvoir d'apprécier la

²⁹⁰ BGHSt, 41, 30.

²⁹¹ Cf. principalement DITTRICH, 1998, 337. Les critiques convergent également chez MOMSEN, 1998, 459 ; LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER, 1998, 87-91 ; ROGGAN, 1998, 91.

²⁹² DITTRICH, 1998, 337-338 ; ROGGAN, 1998, 92-93.

²⁹³ ROGGAN, 1998, 93.

gravité des faits soupçonnés²⁹⁴. Compte tenu de cette disposition, il devrait être accordé la possibilité *post hoc* de déterminer la légalité de la mesure prononcée au regard des faits finalement établis.

C) Le seuil d'intervention ("Eingriffsschwelle")

Selon le même texte du StPO, il est prévu que les mesures de sonorisation ne peuvent être mises en œuvre que dès lors que le soupçon est étayé par des faits précis ("*bestimmte Tatsachen*"). Cela signifie de manière explicite qu'un simple début de soupçon ("*Anfangsverdacht*") ne suffit pas, mais que des raisons matérielles doivent être apportées qui amènent à soupçonner raisonnablement la personne visée. Cela situe le degré de matérialité du soupçon en deçà, toutefois, du soupçon de culpabilité ("*hinreichender Tatverdacht*"), défini par § 170 Abs. 1 et § 203 StPO²⁹⁵.

Certains reprochent au texte de ne pas préciser de manière explicite le seuil de soupçon à partir duquel l'intervention est légitime. Ainsi, la doctrine souligne majoritairement, comme le rappelle Frister, que le soupçon doit s'appuyer sur des faits qui donnent à penser que l'action délictuelle était déjà engagée d'une manière certaine ("*ein gewisses Maß an Konkretisierung*")²⁹⁶. Une "probabilité quasi-certaine" quant aux faits ("*eine überwiegende Wahrscheinlichkeit*") n'est pas exigée, ce qui rend légale, par exemple, la sonorisation d'un appartement lorsqu'il est d'une plausibilité quasi-certaine, justement, que le prévenu n'a pas commis les faits reprochés²⁹⁷. Et Roggan conclut en soulignant que, contrairement à ce qu'exigeaient les motivations de la proposition de loi²⁹⁸, nul degré minimal de soupçon n'est en réalité posé par le texte législatif²⁹⁹.

Le pouvoir des juridictions d'appel est à nouveau assez restreint. Elles ne peuvent en effet se prononcer que sur le caractère arbitraire ou manifestement infondé de la décision des juges de première instance portant sur l'opportunité des mesures de sonorisation au regard des fins poursuivies et des circonstances. Leur pouvoir d'appréciation est réputé lié à la conformité au droit des décisions rendues en première instance, et ne porte pas sur la réalité des faits appréciés en première instance³⁰⁰. Rappelons toutefois que le tribunal constitutionnel a pris toute une série de décisions, dans d'autres domaines, qui tendent à accorder aux instances d'appel, de manière

²⁹⁴ ROGGAN, 1998, 93.

²⁹⁵ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 170 Rn. 1; § 203 Rn. 2; ROXIN, 309, et en ce qui concerne le "*dringender Tatverdacht*", KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 112 Rn. 5.

²⁹⁶ FRISTER, 1996, 455, référant notamment à LR-SCHÄFER, § 100 a Rn. 12 et RUDOLPHI, StPO § 100 a Rn. 11.

²⁹⁷ FRISTER, 1996, p. 455; MOMSEN, 1998, 459-460.

²⁹⁸ BT-Drs., 13/8651, 13.

²⁹⁹ ROGGAN, 1998, 88-91.

³⁰⁰ BGHSt, vol. 41, 30.

générale, une plus grande marge d'appréciation quant à la réalité des mesures prises par les services d'enquête lorsque ces mesures touchent à la jouissance de droits fondamentaux.

D) Personnes protégées

Par ailleurs, la loi allemande protège les professions écartées de l'obligation de témoigner (§ 53 StPO), qui sont les professions religieuses, ainsi que les journalistes ou avocats, et leurs employés (§ 100d Abs.3). En réalité, ces professions peuvent faire l'objet d'écoutes par sonorisation. Mais le matériel ainsi obtenu ne peut faire l'objet d'une exploitation que si la nécessité d'établir les faits ou de découvrir les auteurs apparaît comme absolument impérieuse au regard des exigences de confidentialité³⁰¹. La loi, qui assimile tous les locaux, qu'ils soient de nature professionnelle ou privée, établit ainsi une distinction selon les professions exercées par la personne objet de mesures de sonorisation.

Cette abstention sur la question de la nature des locaux a été validée par la CEDH dans l'arrêt "Nimietz c/ Allemagne", décembre 1992 (n° 251-B) : "Quant au mot '*home*', figurant dans le texte anglais de l'article 8, on admet dans certains États contractants, dont l'Allemagne, qu'il s'étend aux locaux professionnels. Une telle interprétation cadre d'ailleurs pleinement avec la version française : le terme de 'domicile' a une connotation plus large que '*home*' et peut englober par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale (...). Plus généralement, interpréter les mots 'vie privée' et 'domicile' comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux répond à l'objet et au but essentiel de l'article 8 : prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Les États contractants ne s'en trouveraient pas indûment bridés car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par le paragraphe 2 de l'article 8, leur droit 'd'ingérence' et celui-ci pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas".

Lors de la discussion parlementaire sur la révision constitutionnelle, plusieurs amendements avaient été avancés par le groupe Verts. Ce dernier proposait l'interdiction absolue d'écoute de ces groupes professionnels, et un régime particulier visant les écoutes incidentes ayant éventuellement affecté ces personnes. Cette proposition fut cependant rejetée³⁰². Toutefois, au cours de la discussion législative sur l'introduction de la nouvelle disposition (§ 100d Abs. 3 StPO), furent adoptées une interdiction de l'administration de la mesure pour certains groupes professionnels (religieux, avocats, conseils juridiques, parlementaires – "*Beweiserhebungsverbot*"), et

³⁰¹ MOMSEN, 1998, 459-461.

³⁰² BT-Drs. 13/9660, 2.

une simple irrecevabilité des preuves pour d'autres groupes (intervenants sociaux en matière de drogue ou d'IVG – "*Beweisverwertungsverbot*").

Beaucoup regrettent la distinction établie dans le texte entre l'interdiction d'emploi de la sonorisation et l'interdiction de production des preuves, en soulignant d'une part le caractère arbitraire des professions éligibles dans l'un ou l'autre des régimes, et d'autre part qu'aux yeux des personnes concernées, il n'est absolument pas satisfaisant de savoir, par exemple, qu'elles ont été écoutées, mais que leurs propos ne seront pas utilisés devant les tribunaux. L'atteinte à leur crédibilité professionnelle est telle qu'elle est susceptible de peser sur le développement de leur activité, sans évoquer leur vie privée ou familiale³⁰³. Du reste, une partie de la doctrine persiste à considérer que la protection, par exemple, des conversations tenues entre deux époux, ou entre des parents et leurs enfants, serait de moindre valeur que celle de ces professions³⁰⁴.

De manière très précise, en ce qui concerne les professions protégées, un certain nombre de réserves se font jour quant à l'effectivité des clauses d'irrecevabilité du matériel produit. En effet, § 53 StPO exonère certaines professions de l'obligation de témoigner, si et seulement si le témoignage sollicité porte sur tout ou partie de son activité professionnelle. Il en va ainsi des conversations tenues entre le praticien et ses clients. § 53 StPO, qui n'évoque pas les moyens de surveillance, mais seulement le témoignage de ces professions dans le cadre de l'enquête judiciaire, laisse supposer que l'écoute est autorisée, mais pas l'exploitation du matériel qui en est tiré. Or, § 100f StPO interdit tout bonnement l'écoute d'un certain nombre de professions *ex-ante*, ce qui, selon par exemple Dittrich, est en contradiction avec § 53 StPO³⁰⁵.

Ce problème, de nature très académique, concerne toutefois les mesures concrètes de surveillance qui touchent à la protection particulière dont jouissent les avocats et conseils. En effet, § 148 StPO pose le principe de la confidentialité absolue des échanges entre l'avocat et son client, principe élevé au rang des garanties constitutionnelles, comme l'a rappelé, au cours de la discussion parlementaire, la Commission des lois du Bundestag.

§ 100d Abs. 3 S.1 StPO rappelle le principe de la confidentialité des conversations entre avocat et client, mais souligne que la protection de cette confidentialité n'est plus garantie lorsque l'avocat est impliqué dans les faits délictueux de son mandant. D'après § 100d Abs. 3 S.4 StPO, une telle participation au délit est invoquée contre l'avocat dès lors que ce dernier est soupçonné de "*Strafvereitelung*", d'entrave à la justice. Or, la jurisprudence du BGH en matière d'écoutes téléphoniques s'est montrée beaucoup plus attentive à la garantie de la confidentialité de l'activité d'avocat. Le BGH a en effet estimé que la protection est garantie tant que l'avocat, ou le conseil,

³⁰³ LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER, 1998, 87 ; DENNINGER, 1998, 401 ; MOMSEN, 1998, 459.

³⁰⁴ DENNINGER, 1998, 406.

³⁰⁵ DITTRICH, 1998, 336- 337.

n'est pas impliqué dans la commission d'une infraction relevant du catalogue³⁰⁶. En l'espèce, le BGH avait ainsi annulé les résultats de l'écoute de la ligne téléphonique d'un avocat soupçonné de "*Strafvereitelung*" à l'égard de son mandant. Certes, la loi prévoit la possibilité de procéder à des perquisitions auprès des avocats et conseils, mais autorise uniquement la saisie de documents écrits, susceptibles d'attester la participation de l'avocat à des faits délictueux. Mais le BGH a rappelé le principe selon lequel les communications orales bénéficient de garanties supérieures aux documents écrits³⁰⁷.

E) Objet de la sonorisation et découvertes incidentes

Selon § 100c Abs.2 StPO, la mesure ne doit viser que les locaux appartenant au suspect ; sauf si des faits "clairs" indiquent que le suspect a de fortes chances de se trouver également dans d'autres locaux qui alors, sans être les siens, peuvent également faire l'objet de mesures de sonorisation. Mais il faut en outre que les services chargés des poursuites indiquent les raisons pour lesquelles ils supposent que les propos permettant la manifestation de la vérité seront tenus dans ces locaux-ci plutôt que dans ceux-là ; et le même test de subsidiarité doit être employé quant à la pertinence de la sonorisation. Par ailleurs, les mesures ne doivent viser que la personne suspectée (ou ses complices éventuels) ; cela signifie qu'elles ne peuvent avoir pour objet de déterminer le lieu d'habitation d'un suspect, étant donné que de telles mesures entraîneraient alors la sonorisation d'habitations où ne résiderait pas en premier lieu le suspect³⁰⁸.

Le texte précise que les écoutes incidentes peuvent conduire à des poursuites ultérieures uniquement si elles ont révélé des faits relevant de la liste³⁰⁹. Cette lecture doit cependant être menée à la lumière de la décision BGH 28, p. 122, selon laquelle en matière d'écoutes téléphoniques, les découvertes incidentes peuvent conduire à de nouvelles enquêtes, même si les délits ne se rapportent pas à ceux énoncés dans le catalogue (*cf. infra*).

³⁰⁶ BGHSt 33, 347 *et suiv.*

³⁰⁷ *Ibid.*, 352.

³⁰⁸ *Cf.* les débats parlementaires sur cette question : BT-Drs., 13/8651, 13. MEYER, HETZER, 1998, 1026.

³⁰⁹ KK-NACK, 4. A., München, 1999, § 100 d Rn. 22 ; KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 100 d Rn. 11.

3°) Conditions procédurales

A) La décision de mise en œuvre de la mesure (§ 100d StPO)

Quoi qu'il en soit, en droit positif allemand, c'est une chambre spéciale formée de trois juges relevant de la cour du Land qui accorde l'autorisation préalable aux services d'enquête de procéder à la sonorisation de lieux privés (il s'agit de la "*Staatschutzkammer des Landgerichts*")³¹⁰. En cas d'urgence, le président de cette chambre peut décider seul ; mais sa décision, pour être validée, doit être confirmée en chambre plénière dans un délai de trois jours (§ 100d 1 StPO). Les décisions de la chambre n'ont pas à être motivées. En revanche, le procureur doit, de son côté, informer le ministère de la Justice du Land concerné des modalités et des résultats des sonorisations, et ce dans les trois mois qui suivent la délivrance de l'autorisation. Le ministère de la Justice informe à son tour une commission de contrôle parlementaire, et le ministère fédéral adresse chaque année son rapport au "*Bundestag*" (art.13 par. 6 LF).

En conséquence, les instances de jugement examinent très peu la recevabilité des preuves ainsi obtenues au regard des moyens qui auraient pu être employés sans atteindre ce degré d'intrusion dans la vie privée³¹¹.

Les informations recueillies par voie de sonorisation ne peuvent faire l'objet d'une exploitation pénale qu'au regard des recherches précisées dans la demande d'autorisation accordée par la chambre spéciale, ainsi qu'aux fins de découvrir la vérité au regard d'infractions relevant de la liste. On considère également recevables les preuves obtenues par sonorisation dans le cadre de procédures visant la protection des agents qui ont procédé ou aidé à la pose des appareils, ainsi que, de manière générale, la protection des agents du BKA dans le cadre de leurs missions sous couverture (§ 16 BKA-Gesetz)³¹².

L'encadrement du pouvoir d'ordonner une sonorisation ne semble pas, selon Frister, être suffisant pour prévenir un usage très libéral. À l'image de ce qui est pratiqué aux États-Unis, il est par exemple suggéré que le juge qui accorde l'autorisation produise un rapport précis dans lequel il mentionne toutes les conséquences qu'aurait la sonorisation sur la vie des personnes ainsi écoutées, ce qui aurait pour effet une plus grande précision des coûts matériels et humains de ce type de mesure, au moment-même où elle tend à être décidée³¹³.

³¹⁰ Lors de la discussion parlementaire sur la révision de l'art. 13 LF, une proposition visait même que le président de la cour d'appel du Land ait seul compétence pour accorder l'autorisation de sonorisation (BT-Drs. 13/ 9660 p. 2).

³¹¹ ROGGAN, 1998, 95.

³¹² KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 100 f Rn. 3-4, et, pour la BKA : *ibid.*, § 100 f Rn. 5.

³¹³ Cf. BÖTTGER, PFEIFER, 1994, 7 ; MOMSEN, 1998, 459-460. Sur la procédure prévue aux États-Unis, cf. RAUM, PALM, 1994, 447 *et suiv.*

B) Le devoir d'information (§§ 100e et 101 StPO)

Comme pour toute mesure de surveillance, qu'elle consiste en une infiltration par des agents ou en une écoute électronique, la loi exige l'information des personnes visées (et des juges qui le cas échéant ont autorisé la mesure), pour autant toutefois que cette information ne mette pas en péril la bonne conduite de l'opération, la sécurité nationale ou la vie de quiconque (§101 Abs. 1 StPO, adopté en commission mixte parlementaire). Passé six mois, la personne visée doit être informée, sauf si la chambre qui a émis l'autorisation ou bien la juridiction compétente ne l'estime pas approprié. Et le tribunal constitutionnel, contre l'avis jusque-là dominant des juridictions qui classaient sans suite pour cause de maigreur du préjudice estimé, a admis la recevabilité de plaintes visant des mesures de surveillance³¹⁴, au nom du §19-4 LF sur l'universalité de l'accès à la justice, et ce même lorsque l'intrusion dans la sphère privée a cessé³¹⁵.

Selon Denninger, la possibilité prévue par la loi de ne pas informer, durant des années, une personne écoutée, rompt avec les principes fondamentaux du droit allemand, notamment ceux posés par l'art. 1 LF sur l'imprescriptibilité de la dignité humaine et par l'art. 19-4 LF sur la sécurité juridique. La dignité humaine, en effet, serait atteinte dès lors que l'individu est réduit au statut de simple objet de l'activité étatique, dès lors qu'il peut n'être informé ni durant la durée de mise en œuvre de la mesure, ni après son terme³¹⁶. Denninger exige ainsi de meilleures garanties quant à l'information de la personne écoutée, et ses possibilités de recours. En effet, le texte ne prévoit aujourd'hui, en cas de non information de la personne concernée dans les quatre ans qui suivent la fin de la procédure, qu'une sanction relativement indolore, qui consiste en l'obligation faite au procureur d'adresser un rapport au tribunal. Par ailleurs, la définition des causes recevables en vue de l'exonération d'information de la personne écoutée paraît trop étendue, puisqu'elle ne comprend pas seulement les risques de trouble de l'enquête, mais aussi la protection de la "sécurité publique" ("*öffentliche Sicherheit*"), notion aux frontières très floues.

4°) Un moyen rare... et menacé !

Compte tenu du formalisme d'acier qui préside aux décisions de mise en œuvre de ces moyens, les mesures de sonorisation sont rarement employées en Allemagne³¹⁷. Ainsi, le dernier

³¹⁴ BVerfG, vol. 96, 27.

³¹⁵ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, §.100(b) n. 10 ; vor § 296, n. 18a.

³¹⁶ DENNINGER, 1992, 403.

³¹⁷ La défiance des juristes à l'égard de ce moyen est louable, mais peut-on écrire au vu de l'emploi des grandes sonorisations que "dans les démocraties occidentales, la mutation d'un concept libéral classique de droit pénal à un

rapport remis au Parlement, qui porte sur l'ensemble des opérations de l'année 2002, fait état de seulement 30 mesures conduites, ciblant 33 domiciles, observés entre 0 (!) et 82 jours³¹⁸. 97 personnes ont ainsi été concernées par la mesure, dont 14 non "*Beschuldigte*". Dans dix procédures, les personnes visées n'avaient toujours pas été informées au moment de la publication du rapport, donc après la clôture des procédures en cours. La Bavière était en tête du nombre de procédures menées : sept, sur les trente dénombrées³¹⁹.

La part des délits classiques et des délits nouveaux de criminalité organisée est relativement comparable : neuf procédures ont été ouvertes pour homicides (et génocide), neuf pour ILS, et sept pour appartenance à des organisations criminelles ou terroristes. En tout, 17 procédures étaient couvertes, à un degré ou un autre, par les lois sur le crime organisé³²⁰. Douze procédures sur les trente menées n'ont mené à aucune poursuite. Le coût financier des mesures oscille entre 1 et 300 €uros par jour de sonorisation, ce qui ne donne pas prise à une analyse ferme³²¹.

La sonorisation comme instrument d'administration de la preuve n'est de surcroît pas appelée à des lendemains chantants. Le tribunal constitutionnel de Karlsruhe vient en effet de rendre un arrêt dans lequel il rappelle, certes, la compatibilité de la révision constitutionnelle du 26 mars 1998 avec les droits inaliénables de la Loi fondamentale de 1949³²². Mais il se prend à défendre, dans le même mouvement, la théorie absolue de la protection de la libre détermination de la vie privée ("*Dem Grundgesetz gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung*"), et entérine le principe selon lequel la sonorisation des lieux d'habitation ("*Wohnraum*") ne saurait en aucune circonstance pénétrer le domaine propre de la vie privée. En aucune circonstance : même au prix, précise le tribunal, d'une évaluation de l'opportunité de la mesure au regard de la gravité de l'infraction poursuivie. Cela ne signifie pas que la sonorisation soit bannie du répertoire d'intervention des autorités répressives ; seule la sonorisation pénétrant le domaine de la vie privée doit être rejetée. Cela signifie (car la justice constitutionnelle allemande aime à entrer dans le détail des implications pragmatiques de ses décisions³²³), aux termes de cet

droit pénal sécuritaire et préventif a été accomplie dans la pratique, même si ce dernier droit maintient, d'un point de vue formel, des principes indéniables d'un État de droit" (ARNOLD, 1999) ?

³¹⁸ *Bericht der Bundesregierung gemäß Artikel 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2002*. BT-Drs., 15/1504, 28 août 2003.

³¹⁹ Les données sont à peu près semblables en 2001 : 17 procédures, 18 appartements sonorisés, 68 personnes concernées (dont 31 "*Nichtbeschuldigte*", mais aucun tiers – qui ne soit résident légitime du domicile), 7 personnes seulement (des 17 dossiers clos) dûment informées. Source : *Bericht der Bundesregierung gemäß Artikel 13 Abs. 6 Satz 1 Grundgesetz für das Jahr 2001*. BT-Drs., 14/9860, 9 août 2002.

³²⁰ La part des délits "classiques" était encore supérieure en 2001 : 55 % d'homicides, 23 % ILS, un seul cas de blanchiment.

³²¹ En 2001 également, les coûts étaient très disparates : une sonorisation de 25 jours n'a rien coûté en Bade-Wurtemberg (!), une autre, en Basse-Saxe, fut soldée à un montant de 56 000 DM (= environ 28 000 €uros). Dans la moitié des cas, les résultats de la sonorisation n'ont pas été exploités au cours de la procédure.

³²² BVerfG, arrêt du 3 mars 2004.

³²³ Ainsi de cette décision également récente du tribunal constitutionnel précisant dans un arrêt du 7 février 2002, que la garantie d'une détention digne relevant d'un droit constitutionnel fondamental, la densité maximale dans les

arrêt du 3 mars 2004, que toute écoute par sonorisation d'éléments relevant du "cœur absolument protégé de la détermination individuelle de la vie privée" doit être interrompue sur le champ et les éventuels enregistrements immédiatement détruits. Le tribunal en appelle ainsi à une révision de la procédure pénale allemande. Mais surtout, il signe sans doute l'arrêt de mort des sonorisations de domiciles privés, bien trop compliquées, désormais, à mettre en œuvre ; puisqu'elles ne pourraient se dérouler sans un agent habilité en permanence à l'écoute des enregistrements, le doigt sur le bouton "stop" de l'appareil enregistreur. Non seulement compliqué, onéreux et peu efficace, ce moyen de preuve se voit à présent élevé à un coût procédural, humain et financier tout à fait prohibitif.

5°) La sonorisation comme mesure de police

La sonorisation est également un instrument de police administrative ("*polizeilicher Gefahrenabwehr*"), défini selon les diverses législations de police des Länder (le "*Polizeirecht*" est un droit propre à chacun des Länder, encadré par les principes généraux fixés par la loi fédérale)³²⁴. Rappelons que la doctrine du "*Gefahrenabwehr*" prévoit que la police peut employer des moyens définis en vue de prévenir tout danger actuel pesant sur la vie, la liberté ou l'intégrité physique d'une personne³²⁵. C'est à l'occasion d'une conférence des ministres de l'Intérieur des Länder ("*IMK*")³²⁶ que la sonorisation fut élue au rang des modes d'action préventive possible de la police. Ce type de conférences publiant seulement des textes de recommandation (la loi est prise par le Parlement fédéral, le Bundestag), la solution retenue diffère selon les Länder.

En 1998, sept Länder reconnaissent à leurs polices des pouvoirs préventifs de surveillance en cas de risque immédiat d'atteinte à une personne (sa vie, son intégrité physique, sa liberté) : la Saxe, la Basse-Saxe, la Rhénanie-Palatinat, le Brandebourg, la Thuringe, la Bavière et le Mecklembourg-Poméranie³²⁷. Les régimes se distinguent dans ces Länder au regard des infractions édictées qui autorisent, en cas de danger grave et immédiat, la sonorisation.

Les conditions procédurales de mise en œuvre de ces mesures sont telles que les Länder en ont toujours eu un faible usage. Dans un Land, il n'est fait état d'aucune mesure semblable de petite sonorisation, et l'on recense 63 petites sonorisations menées dans six Länder (les quinze

prisons allemandes devait être de 10 à 12 m² ; ce qui exige la construction, dans l'Allemagne d'aujourd'hui, d'environ 20 000 places supplémentaires de détention ! (cf. JOBARD, 2004, 83-110).

³²⁴ KUTSCHA, MÖRITZ, 1998, 564.

³²⁵ Seule la Ville-État de Brème ne prévoit pas de sonorisation parmi les compétences de police administrative.

³²⁶ Sur ces IMK dans la détermination des politiques répressives en Allemagne, cf. JOBARD, 2003, 192-216.

³²⁷ KUTSCHA, MÖRITZ, 1998, 564.

autres Länder se sont abstenus de répondre aux sollicitations parlementaires³²⁸). Quant aux mesures de grande sonorisation, il n'en avait jamais été fait usage dans six Länder, au moins jusqu'au milieu de l'année 1996. Dans d'autres Länder, en particulier ceux qui soutenaient avec force cette mesure au Bundesrat, il en avait été fait diversement usage : 67 fois en Bavière, certes, mais le plus souvent entre cinq et dix fois ailleurs³²⁹.

Si l'on considère que l'action pénale est du ressort de la loi fédérale, donc du Bund, la question se pose bien entendu de la recevabilité de la matière tirée de ces sonorisations dans le cadre de procédures pénales. Elle fut tranchée par la décision dite "*radikal*" de la Cour suprême BGH de 1995, qui visait le matériel tiré de trente semaines ininterrompues de sonorisation préventive de l'appartement qui abritait la revue "*radikal*" et dont on soupçonnait qu'elle était un instrument de propagande en faveur d'organisations terroristes. La mesure de sonorisation avait été prise en vertu du code de police de la Rhénanie-Palatinat, qui prévoit en effet le recours à ce type de moyens dans le cadre de la prévention d'un certain nombre d'infractions³³⁰. La police du Land transmet ensuite ces informations au procureur fédéral ("*Generalbundesanwalt*"). La décision du BGH visait simplement à refuser de se prononcer sur la légalité de cette transmission d'information, dès lors que "la transmission d'informations à des services répressifs constituait à elle seule le moyen par lequel le service de police judiciaire du Land (le "LKA") pouvait entreprendre dans le cadre de ses compétences préventives la poursuite de la mesure décidée contre l'association criminelle 'Comité de rédaction *radikal*'"³³¹.

Cette décision "*radikal*" du BGH fut l'objet de nombreuses critiques, principalement fondées sur le principe de la séparation de l'action préventive et de l'action répressive de la police³³². Ces critiques convergeaient vers la nécessité d'estimer les preuves rassemblées depuis de telles sonorisations comme irrecevables.

L'un des auteurs, Denninger, estime fondamental le respect de la nature de la police administrative, qui consiste essentiellement en la doctrine de la prévention des risques ("*Polizeiliche Prävention ist im wesentlichen Gefahrenabwehr*"). "L'action de la police est une réaction liée aux événements, à une évaluation de la probabilité de dommages. Il lui revient d'empêcher leur survenance. En conséquence, les moyens employés dans ce cadre doivent être dans une grande mesure flexibles et efficaces. Toutefois, l'auteur potentiel des dommages est considéré comme la boîte noire du processus, la qualité morale de son acte n'est pas vraiment importante". Et, plus loin : "Le principe fondamental de l'action [de police administrative] est celui de l'opportunité".

³²⁸ BT-Drs., 13/4437, 14.

³²⁹ BT-Drs., 13/4942, 43 *et suiv.* Cité in PÜTTER, 1998, 74, n. 419 à 428.

³³⁰ Sur ces pouvoirs régionaux de police administrative, cf. ROGGAN, 1998, 136.

³³¹ BGH, 1995, 601.

³³² STAECHELIN, 1996, 430 ; WELP, 1995, 602 ; KÖHLER, 1996, 186 ; ROGGAN, 1998, 131-132.

Au contraire, la répression est une réaction à des événements passés, face à des dommages déjà survenus ou à des tentatives déjà menées. Elle porte sur un fait particulier illégal, et par voie de conséquence sur un individu considéré comme l'auteur de l'infraction. Elle est liée au fait, et à l'auteur du fait ; elle recherche la culpabilité individuelle. Son action est conditionnée par le principe de légalité des poursuites (§ 152 Abs. 2 StPO).

Par ailleurs, la fameuse décision du tribunal constitutionnel de 1983 sur le recensement³³³ exigeait déjà que les données individuelles recueillies auprès de la population ne soient employées qu'aux fins du recensement, mission définie par le texte d'une ordonnance gouvernementale ; la simple assomption de la "sécurité intérieure" ne suffirait pas, en matière de police administrative, à étendre le domaine d'utilisation des écoutes obtenues³³⁴. Par ailleurs, dans le cas du journal "*radikal*", le soupçon était déjà largement étayé puisque, pour certains des membres de la rédaction du journal visé, des mandats de dépôt étaient déjà prêts... mais la sonorisation visait des faits à venir, et non pas ceux pour lesquels certains d'entre eux se voyaient déjà poursuivis.

On peut donc supposer que la superposition des deux vocations répressive et préventive était en l'espèce rendue possible par le degré de probabilité du soupçon. Ce qui doit toutefois être jugé au cas par cas, et non de manière générale, sans quoi le principe même de sécurité juridique, principe constitutionnel, se voit fondamentalement menacé. La solution avancée par le BGH privilégie donc ostensiblement une appréhension systématiquement *ex post* de la compétence de police administrative, à l'encontre d'une bonne part de la doctrine, qui considère ces compétences définies en soi.

De manière plus spécifique, Benfer souligne que les dispositions prévoyant, dans le code de procédure pénale, l'interdiction de la sonorisation des personnes exonérées du devoir de témoignage, ne sont pas des dispositions de police administrative. Du coup, les actes préventifs risquent de s'opposer au principe de non-utilisation ultérieure en tant que preuves d'éléments tirés de mesures de sonorisation menées à l'encontre de telles personnes.

Plus généralement, Roggan craint bien entendu qu'une telle innovation juridique ne conduise à la généralisation de l'usage judiciaire de données tirées d'actions préventives dès lors que, pour le BGH, l'emploi de telles données ne constitue pas un motif substantiel de nullité³³⁵. Il se fonde, pour cette appréciation de la jurisprudence du BGH, sur des décisions antérieures. Dans ces dernières, la cour suprême estime qu'une nullité des preuves n'est recevable que dans les cas d'atteintes majeures au droit ("*gewichtige Rechtsverstöße*") : "au regard du principe fondamental

³³³ BVerfG, 65, 1.

³³⁴ STAECHELIN, 1996, 431.

³³⁵ ROGGAN, 1998, 135.

d'une justice efficace, les nullités, qui constituent autant de bornes à la recherche de la vérité par les tribunaux, ne peuvent être limitées qu'à des exceptions"³³⁶.

En effet, la jurisprudence s'est montrée jusqu'à ce jour très prudente dans l'admission de nullités³³⁷. Les tribunaux n'admettent généralement comme cause de nullité que les écoutes décidées sur la base d'éléments tirés d'actes illégaux des services de police³³⁸, bien que ces services ou le procureur puissent souvent être à même de produire des éléments permettant de montrer que les sonorisations furent décidées en vertu d'autres éléments que ceux obtenus de manière illégale.

Une disposition spécifique de la loi du 4 mai 1998 visant le crime organisé a amené une reformulation de l'usage en matière pénale d'informations tirées de l'action préventive. § 100f Abs. 2 StPO précise ainsi désormais que des informations personnelles tirées, dans un cadre préventif, de mesures de sonorisation, ne peuvent conduire à l'action publique que si elles révèlent des faits relevant de la liste.

6°) La petite sonorisation : un cadre procédural strict

La mesure de petite sonorisation, que nous avons définie plus haut, a ceci de particulier en Allemagne qu'elle est prévue par la loi et ainsi strictement réglementée par la procédure pénale. § 100C Abs. 1 n°2 StPO définit en effet le "*kleiner Lauschangriff*" comme toute mesure de captation et d'enregistrement de conversations tenues hors des lieux privés, principalement donc dans les lieux publics ou accessibles au public. Cela concerne par exemple, selon une jurisprudence contestée, un parloir de centre de détention provisoire³³⁹.

Là encore, il semble que les mesures de petite sonorisation, compte tenu de leur formalisme rigide, suscite peu l'enthousiasme de services. Ainsi, en 1994, seules quatre mesures prises d'après § 100c n°2 StPO furent prises par la police judiciaire fédérale, la BKA³⁴⁰. Et les entretiens menés par N. Pütter auprès des praticiens confirment que si des petites sonorisations sont menées, elles sont en réalité employées en soutien aux opérations de police d'infiltration ou de surveillance, plus qu'en constitution de matériel probant à destination du juge.

³³⁶ BGH, 1997, 196.

³³⁷ BGH, 1995, 398 ; 1988, 419 ; 1981, 298 ; LG WIESBADEN, 1979, 175.

³³⁸ BGH, 1987, 2525 ; 1984, 2772.

³³⁹ BGHSt, 44, 138 [Safwan Eid]. ROXIN, 1999, 150 ; DUTTKE, 1999, 261.

³⁴⁰ PÜTTER, 1998, 74.

A) Conditions de mise en œuvre

Les mesures de petite sonorisation ne peuvent viser que le "*Beschuldigte*", ou bien les personnes qui, sur la base de faits avérés, semblent être en relation avec lui (sauf les avocats). Il s'agit également d'une mesure soumise à une forte contrainte de subsidiarité, puisque les autres mesures possibles doivent s'être avérées vaines ou substantiellement difficiles³⁴¹. Et la loi précise que les découvertes incidentes ne peuvent être employées à des fins probantes que si elles se rapportent à des faits catalogués, définis par § 100a StPO. L'autorisation est délivrée par le juge de l'instruction, mais le procureur ou des policiers de haut grade peuvent engager la mesure, qui doit recevoir confirmation, néanmoins, sous les trois jours, de la part du juge de l'instruction. Enfin, les personnes visées doivent être informées de la mesure selon les dispositions déjà rencontrées du § 101 Abs. 1 S. StPO.

B) L'adoption de la loi

Ces dispositions tendent à aligner le régime de la "petite sonorisation" sur celui des écoutes téléphoniques : la sonorisation des lieux privés, en revanche, reste élevée au rang de *ultima ratio*. C'est en 1989-1990 que les premières initiatives législatives furent prises, à l'invitation de la Bavière et du Bade-Wurtemberg, visant à la consécration de ce moyen par la loi, et ce dans le cadre de la réflexion sur les moyens de combattre la criminalité organisée. Le 11 mai 1990, le Bundesrat adopta une proposition de loi sur la lutte contre la criminalité organisée ("*OrgKG*"), qui portait entre autres dispositions la création de § 100c Abs. 1 n°2 StPO.

C'est à l'occasion de l'introduction de ces dispositions sur la "petite sonorisation" que se forgèrent les arguments que les uns et les autres employèrent ensuite dans le débat sur la grande sonorisation, au tournant de 1997-1998. Les débats furent en effet très vifs : le gouvernement Kohl prit position de la manière la plus réservée qui soit lors de la discussion au Bundestag, soutenu en cela par une grande partie de la doctrine et des médias³⁴². Les mesures de petite sonorisation et, de manière générale, d'emploi d'agents infiltrés ("*verdeckte Ermittler*" – agents sous couverture) tombaient sous le feu particulièrement nourri des critiques portées à l'encontre des tendances à l'alignement des méthodes policières sur les pratiques des services secrets. Le

³⁴¹ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 100 c Rn. 18.

³⁴² Sur les débats au Bundestag : BT-Drs. 11/ 7663, 49 *et suiv.* ; Stenogr. Berichte des dt. BT, 11^{ème} législature, 231. session, 25 octobre 1990, 18372 *et suiv.* ; *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10 mai 1990 et 26 juin 1990 ; *Süddeutsche Zeitung*, 19-20 mai 1990 ; *Die Welt*, 13 juillet 1990 et 13 décembre 1990 ; *Tageszeitung*, 25 octobre 1990.

déséquilibre des pouvoirs entre juges et procureurs, policiers et procureurs, nourrissait également une part non négligeable des débats de l'époque.

Les Länder se réunirent à nouveau autour d'une tentative de révision de leur proposition de loi. Une rédaction du § 100c StPO fut proposée, qui tendait à autoriser "la captation et l'enregistrement de conversations privées ("*nichtöffentlich gesprochenes Wort*") dans des appartements privés, dès lors que cela s'effectue en présence d'un fonctionnaire enquêteur sous couverture". Ce passage fut néanmoins retiré, non conforme au texte de la Loi fondamentale. Il en resta néanmoins la possibilité pour un tel agent d'enregistrer des conversations à l'insu des personnes, mais hors des lieux privés. Cela ouvrit la voie à une discussion constitutionnelle autour de l'enregistrement de conversations tenues au domicile des personnes écoutées... La loi de lutte contre le crime organisé fut adoptée au Bundestag et au Bundesrat en juin 1992, et promulguée le 22 juillet 1992. Elle posa les fondements des méthodes sous couverture et d'infiltration. Au delà, elle constitua le terreau de l'enthousiasme jamais démenti du législateur pour ces techniques, en dépit de leur manque d'efficacité, du reste plus nettement déploré par les praticiens que par les observateurs³⁴³. Toujours est-il qu'aujourd'hui, les agents sous couverture définis comme tels par la loi (*cf. infra*) se consacrent dans 60 à 90 % des cas à la répression des stupéfiants. Toutes poursuites confondues, on compte 591 opérations fédérales (menées par la BKA) ayant impliqué une infiltration de 1985 à 1995, mais 1 020 dans le seul Land du Bade-Wurtemberg de 1992 au second semestre 1995³⁴⁴.

C) Nouvelles incertitudes jurisprudentielles autour des opérations sous couverture

Les discussions autour de la légalité ou la légitimité des mesures de petite sonorisation se trouvent en quelque sorte étouffées par les points de vue plus généraux sur l'infiltration policière et par les affrontements autour des mesures de grande sonorisation, considérées par tous comme pénétrant d'un degré plus élevé la sphère privée.

La disposition la plus contestée a longtemps porté sur des enregistrements effectués dans le parloir d'un centre de détention provisoire à l'insu d'un détenu (Safwan Eid). La Cour fédérale considérait que le parloir d'un tel établissement ne peut être considéré comme un domicile et

³⁴³ Ainsi les propos du premier président de la chambre criminelle de la Cour fédérale de justice : "Les agents sous couverture et les indicateurs n'apparaissent dans nos affaires – c'est-à-dire dans les cas jugés par les cours des Länder qui sont ensuite objets de procédures de cassation – que lorsqu'il s'agit d'un coup d'achat ["*Ankauf*"]. (...) Je n'ai jamais vu jusqu'aujourd'hui un seul cas où un agent infiltré serait parvenu à pénétrer une organisation criminelle, puis à y mener ses activités jusqu'au niveau de décision de l'organisation en question ou bien même seulement au niveau intermédiaire. Il n'est – en tous cas dans notre pratique – aucun cas où quoi que ce soit de tel fût jamais mené avec succès" (MAUL, 2001, 30).

³⁴⁴ PÜTTER, 1998, 111.

pouvait donc se prêter à une mesure de petite sonorisation. Par ailleurs, si les mesures de grande sonorisation tendent à exclure certaines professions soit du champ de la captation, soit du champ de l'exploitation des paroles échangées, aucune disposition n'est précisée en matière de petite sonorisation quant à l'exploitation de paroles échangées avec les proches, le concubin, la famille. Il n'est pas impossible, cependant, que cette jeune jurisprudence de la Cour fédérale soit mise en péril par la décision "Sedlmayr" du tribunal constitutionnel³⁴⁵. Ce dernier, ayant à juger de la constitutionnalité d'un acte de petite sonorisation pratiqué par un agent infiltré auprès de la fiancée de l'un des "*Beschuldigten*", a déploré l'absence de dispositions légales sur ce type de pratiques et ce, au regard de la notion de procès équitable ("*fair-trial-Grundsatz*") élevée au rang d'exigences constitutionnelles³⁴⁶. Le tribunal de Karlsruhe, prudent³⁴⁷, a cependant débouté les requérants, pour une raison tenant à un vice de forme. Mais il place ainsi la jurisprudence à venir dans une grande incertitude : est-ce que ce sont les interventions d'agents infiltrés qui n'ont pas de base légale suffisante, ou bien les interventions auprès des proches (protégés par le § 52 StPO), ou bien encore les contacts oraux entre "*verdeckte Ermittler*" et proches du "*Beschuldigte*" ?

Dans le même temps, une décision récente de la Cour fédérale de justice est venue troubler quelque peu la tranquillité des dispositions de la loi de 1992, et ainsi peut-être bon nombre des dispositions prises dans le sillage de cette OrgKG. Rappelons tout d'abord que la grande innovation de la OrgKG fut en 1992 la consécration des pratiques sous couverture en tant que méthodes d'enquête (§ 110a et suiv. StPO). Il n'est pas inintéressant, du reste, au regard de l'actuelle création, en France, d'une nouvelle section "de l'infiltration" dans notre procédure pénale (art. 706-81 à 706-87 CPP – projet de loi sur les évolutions de la criminalité) de jeter un rapide coup d'œil sur les dispositions législatives allemandes qui réglementent, à un degré sans doute inégalé de capillarité, l'activité des agents infiltrés³⁴⁸.

La loi consacra notamment l'observation policière. Nous avons vu que les moyens techniques, trop chers, trop peu fiables en matière de lutte contre la "vraie" criminalité organisée, étaient surtout employés en renfort de l'observation par des moyens humains, agents infiltrés ("*verdeckte Ermittler*") et indicateurs ("*V-Männer*", littéralement : hommes de confiance – "*Vertrauensmänner*"). Ces derniers, dans leur écrasante majorité des personnes déjà condamnées, sont formés au métier de mouche par des policiers spécialisés : chacun d'entre eux "travaille" sous

³⁴⁵ BVERFG 3. KAMMER, StV 2000, 466.

³⁴⁶ Pour une description de l'affaire, cf. WIDMAIER, 2001, 54-56.

³⁴⁷ Indécemment prudent, aux yeux de C. Geisler, pour qui la décision rendue six ans après les faits, qui établit l'irrecevabilité des preuves collectées, est scandaleuse en ce sens qu'elle déboute dans le même temps les requérants pour des raisons de procédure (GEISLER, 2001, 21).

³⁴⁸ ...et des informateurs, dont il ne sera pas question ici (cf. sur ce point notamment l'ouvrage tout à fait impressionnant de rigueur et d'exhaustivité de STOCK, KREUZER, 1996, qui porte à partir d'un dispositif d'enquête à peu près comparable à ceux de PÜTTER (1998) et de ALBRECHT, DORSCH, KRÜPE (2003)).

la responsabilité d'un policier particulier. Ces indicateurs sont les pièces premières de la lutte contre le crime organisé et les autres formes de criminalité grave, car c'est par leur biais que l'éventuel "*verdeckte Ermittler*" sera introduit dans le milieu concerné. À son tour, ce dernier est plus encadré encore que le non-professionnel.

Ses qualités doivent être celles du parfait "bureaucrate" (objet d'un contrôle étroit, il doit remplir sans relâche toutes sortes de fiches à l'attention de son chef) et doit "d'un autre côté évoluer tranquille avec cet habitus peinarde propre au milieu"³⁴⁹. Tous suivent une formation en "*Landeskriminalamt*" (équivalent des SRPJ françaises)³⁵⁰, sous l'autorité d'un "*verdeckter Ermittler Führer*", qui veille au contrôle, à l'efficacité, à la durée et à la sécurité de l'activité de l'agent sous couverture. Les infiltrés doivent rendre compte à leurs supérieurs, être le plus souvent possible, dans leur vie privée, en contact avec des policiers, pour ne pas perdre leur identité et leur loyauté³⁵¹. Une professionnalisation accrue du métier d'agent infiltré prend ainsi forme ; professionnalisation qu'il faut à la fois entendre comme la consécration de ce métier particulier qu'est l'enquête sous couverture, ouvrant droit à des dispositions dérogatoires (le "*verdeckte Ermittler*" est dispensé de l'obligation de paraître à l'audience), mais aussi comme la manifestation de la nécessité pour ces policiers de faire de cette nouvelle profession une éthique instituée, celle d'une police propre (au sens où les débats sur la surveillance policière en Allemagne sont constamment affectés par le souvenir de la *Gestapo* et de la *Stas*)³⁵².

C'est justement pour faire face, du reste, à une réglementation trop contraignante des agents infiltrés que les différents services de police judiciaire ont créé des modes d'intervention sous couverture plus souples, plus rapides, moins facilement enserrés par ces dispositions. On distingue ainsi le "*quickly*" (l'agent participant, par exemple, à une transaction rapide de stupéfiants ou à un recel, dans une opération de flagrante) du "*swingy*", l'agent opérant sous couverture dans un but de collecte d'informations générales sur un milieu particulier (prostitution, recel, stupéfiants, etc.)³⁵³. Si "*quickly*" intervient à des fins répressives dans le temps même de la flagrante qu'il constate³⁵⁴, "*swingy*" reste en observation "sismographique" sans disposer de compétences répressives. Tout au plus permet-il de rassembler les éléments constitutifs d'un "début de soupçon" ("*Anfangsverdacht*") permettant l'ouverture d'une enquête proprement dite ; au cours de

³⁴⁹ Chef d'intervention, BKA ou LKA, in PÜTTER, 1998, 103.

³⁵⁰ Seuls la Sarre, Berlin et Brême n'ont pas de *verdeckte Ermittler* : ils les empruntent aux LKA des autres Länder (PÜTTER, 1998, 109).

³⁵¹ *Ibid.*, 105.

³⁵² Pour une discussion plus approfondie de cette notion de professionnalisation, je me permets de renvoyer à JOBARD, 2000.

³⁵³ PÜTTER, 1998, 90-96. Ces appellations sont celles des praticiens, souvent reprises dans les discussions doctrinales (cf. GEISLER, 2001).

³⁵⁴ Sur "*swingy*" et la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, cf. MAUL, 2001, notamment 32-34. Plus généralement, cf. STOCK, KREUZER, 1996. Pour une discussion doctrinale, cf. BEVERS, 1998.

laquelle le "*verdeckte Ermittler*" défini par la loi pourra intervenir. La littérature identifie pourtant un quatrième type d'agent, aux marges de ce que concède la loi, le "NoeP" ("*Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte*" – "le policier n'enquêtant pas à découvert"³⁵⁵). Deux éléments le différencient du "*verdeckte Ermittler*" : il intervient sur une courte durée et, n'étant pas "prévu" par la loi, n'est pas dégagé des obligations de déposer à la barre, le cas échéant. Comme "*quicky*", son intervention privilégiée est l'achat sous couverture, dit "coup d'achat", impliquant toutefois des personnes avec lesquelles il aura été en contact bien plus longtemps que "*quicky*".

Le maintien au rang des pratiques admises d'agents "NoeP", à côté des "*verdeckte Ermittler*" prévus et couverts par la loi montre les limites de l'emprise du droit sur les pratiques. Or, ce ne sont pas les discussions actuellement menées au sein de la doctrine de droit pénal qui seront à même de rassurer les praticiens. En effet, une décision de 1992 de la Cour fédérale avait donné sa pleine force au § 136 StPO, qui précise que toute personne entendue par la police au cours d'un interrogatoire ("*Vernehmung*") doit être informée de ses droits fondamentaux et surtout, pour ce qui nous intéresse ici, des faits qui lui sont reprochés. Pendant longtemps, et contre l'avis de la doctrine³⁵⁶, la Cour fédérale avait une lecture très libérale de cette disposition, refusant la systématisme de l'irrecevabilité des preuves recueillies en infraction au § 136 StPO.

Or, la décision BGHSt 38, p. 214, de 1992, refusa, pour la première fois, les preuves amenées par un interrogatoire mené au mépris du devoir d'information d'un mis en cause. Or, petit à petit, la doctrine s'est emparée de ce revirement pour en étendre la portée aux cas d'emploi des "*verdeckte Ermittler*" et des "témoignages" recueillis (enregistrés ou non) par eux³⁵⁷. Et ce ne sont précisément pas les dispositions de la loi de 1992 qui pourront s'y opposer, dès lors, précisément, que le § 136 StPO fut élevé par le tribunal constitutionnel au rang des moyens constitutifs du "*fair-trial-Grundsatz*" à valeur constitutionnelle : une loi ne saurait s'opposer à un tel principe.

Certes, H. Maul, juge à la Cour fédérale, et dont on a vu avec quelle réserve il considère l'efficacité générale des agents infiltrés, est ferme dans l'interprétation de BGHSt, 38, 214, à rebours de la lecture extensive d'un Roxin : la décision vise, et vise seulement, les interrogatoires formels (définis par le § 133 al. 1 StPO), "en conséquence, il ne saurait y avoir irrecevabilité des découvertes acquises ainsi³⁵⁸". La Cour estime cependant, bien sûr, que l'intervention de l'agent

³⁵⁵ PÜTTER, 1998, 91-94.

³⁵⁶ Dans son allocution célébrant le quarantième anniversaire de la Cour, le professeur Claus Roxin avait ainsi estimé que cette jurisprudence constituait le seul vrai point de discordance entre l'université et la Cour (ROXIN, 1991, 89, cité *in* GEISLER, 2001, 24).

³⁵⁷ Notamment ROXIN, 1997, 18, qui tient désormais la plupart des confessions obtenues par des agents sous couverture pour irrecevables.

³⁵⁸ MAUL, 2001, notamment 38. Et, plus loin : "D'après les dispositions des §§ 110a à 110c StPO, il ne saurait et il ne doit y avoir devoir d'information du mis en cause" (*ibid.*, 39). Cf. en ce sens, les décisions du 16 février 1995, du

infiltré doit être légale, et que l'accusé peut contredire les dépositions à l'audience. Mais faut-il alors, comme invite à le penser Claudius Geisler, prendre acte d'une déchéance prochaine du recours à l'interrogatoire policier, auquel seront systématiquement préférées les confessions obtenues sous couverture, ces "aveux subtilisés", comme les qualifiait la doctrine française³⁵⁹ ; lecture en contre-pied de l'esprit du revirement de la décision de 1992³⁶⁰.

7°) *Conclusion*

S'il est un droit emblématique de la croissance des prérogatives de l'État au profit de la défense de la sécurité intérieure et aux dépens de la sauvegarde des droits fondamentaux tels que fixés dans le marbre constitutionnel à la fin de la Seconde Guerre mondiale, c'est bien celui de la sonorisation des habitations, au point que le tribunal constitutionnel vient sans doute de le réduire à la portion congrue, alors qu'il n'était jusque lors pas massivement employé, loin s'en faut. Ce droit donne toutefois un aperçu de ce que peut être un encadrement presque maximal de la décision d'emploi d'une technique particulière dans le cadre d'une procédure pénale : la décision appartient à un collège exceptionnel de magistrats ; un juge particulier en contrôle l'exécution ; la sonorisation ne peut viser que des personnes déjà fortement soupçonnées et des infractions bien déterminées ; les personnes visées doivent être informées ainsi que, par un rapport annuel, la société tout entière. Est-ce toutefois ce coût très élevé de la mesure, ou bien sa maigre efficacité dans la lutte contre la "criminalité organisée" qui en fait un instrument si rare ?

II – LA SONORISATION DES LIEUX PRIVÉS EN FRANCE

S'il fallait offrir à des étudiants français en civilisation allemande ou à des étudiants allemands en civilisation française une borne-témoin de la distance des sensibilités publiques en matière de protection des libertés, les mesures de sonorisation offriraient un monument idéal. Alors que leur introduction dans le droit allemand a soulevé l'un des plus grands débats publics en matière de droit constitutionnel (seul le droit d'asile put offrir matière si abondante), leur consécration par le droit français n'a presque suscité aucune opposition, et fut adopté sans

18 juin 1996 et du 2 juillet 1996 défendant une interprétation de BGHSt, 38, 241 strictement limitée au cas de figure de l'interrogatoire formel. Voir aussi, bien sûr, les décisions récentes de la Cour de cassation française admettant le principe des déclarations informelles faites aux policiers enquêteurs avant l'audition formelle (HENNION-JACQUET, 2003).

³⁵⁹ LÉAUTÉ, 1958, 23 (cité *in* MATSOPOULOU, 1996, 726).

³⁶⁰ C'est là le raisonnement de GEISLER, 2001, 27.

remous constitutionnels aucun. Cela n'empêche ces sonorisations, qui entrent en vigueur au 1^{er} octobre 2004, d'être limitées par la loi.

1°) La "petite sonorisation" : une jurisprudence vacillante

En France, l'article 226-1 du code pénal, introduit par la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée, prohibe les procédés de captation des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, en quelque lieu que ce soit³⁶¹. Le policier ne peut enfreindre la loi, ni le procureur ou le juge d'instruction délivrer des ordonnances qui lui soient contraires. Seule l'écoute directe est donc permise : le policier peut prêter l'oreille pour entendre ce qui se dit à l'intérieur d'un local, s'il n'use pour cela d'aucun procédé d'enregistrement ou d'amplification.

Les seuls enregistrements estimés recevables, au titre de simples indices, furent longtemps ceux remis par des tiers et transcrits par des policiers : furent reçues, en l'espèce, des transcriptions, et non des enregistrements effectués par des policiers qui, eux, auraient été annulés³⁶². Il faut en effet souligner la très grande tolérance de la Cour de cassation à l'égard de preuves offertes versées au dossier par les parties civiles³⁶³. La rigueur de la protection de la vie privée et des correspondances fut longtemps telle, sur ce point, que la Cour de cassation tenait même pour déloyale l'utilisation d'un enregistrement caché, à l'occasion d'une conversation entre un policier et un tiers tenue, dans un lieu public, à l'initiative de ce tiers : "L'enregistrement effectué de manière clandestine, par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense ; [et] la validité d'un tel procédé ne peut être admise"³⁶⁴.

Toutefois, les observateurs relèvent, à défaut d'un clair revirement de jurisprudence, un raisonnement "opportuniste"³⁶⁵ de la part de la Haute instance face à ces moyens de preuve. Dans la même affaire, la chambre d'instruction de renvoi, puis la même chambre de la Cour de cassation ont en effet finalement reçu les enregistrements, au motif cette fois qu'il s'agissait "d'un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, ayant été effectué par un fonctionnaire de police, non dans l'exercice de ses fonctions, en vue de constater des faits de trafic de stupéfiants sur délégation judiciaire, mais, en tant que victime de faits de corruption, pour se

³⁶¹ MATSOPOULOU, 1996, 897.

³⁶² Crim., 28 avril 1987, Bull. crim. n° 173 ; ainsi que Crim., 11 février 1992, Bull. crim. n° 66.

³⁶³ LESCLOUS, MARSAT, 1993, 4.

³⁶⁴ Crim., 16 décembre 1997.

³⁶⁵ MOLINA, 2001, 380.

constituer une preuve des sollicitations dont il était l'objet"³⁶⁶. Raisonnement opportuniste, en effet, qui consiste à requalifier les actes conduits par le policier enquêteur, de procédés employés dans le cadre d'une commission rogatoire et avec l'accord de sa hiérarchie en une initiative privée menée à des fins privées.

Puis, dans une décision semblable à la précédente, la Cour de cassation s'est contentée d'aligner l'enregistrement sur la jurisprudence plus générale des provocations policières, estimant que "la participation simulée d'un fonctionnaire de police à une action illicite ne vicie pas la procédure lorsqu'elle ne détermine pas la personne intéressée à commettre le délit"³⁶⁷. Notamment, la Chambre criminelle emploie le raisonnement selon lequel un policier, intervenant dans le cadre contraignant d'une commission rogatoire, réagit ensuite en simple particulier dans le cadre d'une flagrance en constatant une infraction distincte... Pour E. Molina, ces nouvelles appréciations montrent que "la chambre criminelle de la Cour de cassation fait ainsi litière d'une jurisprudence que l'on pouvait espérer bien assise et... des règles relatives à l'audition des personnes suspectées, y compris celles de l'art. 62 CPP"³⁶⁸.

L'absence, on le voit, de cadre réglementaire pour les mesures de "petite sonorisation", et la préférence manifeste de la jurisprudence pour la liberté de la preuve, en tous cas en ce domaine, conduisent parfois la chambre criminelle à des positions d'équilibriste. En témoigne la décision implicite de validation d'enregistrements effectués auprès d'un détenu lors d'un "parloir famille"³⁶⁹. La Cour avait en effet préalablement qualifié l'enregistrement des conversations en question d'interception de télécommunications, afin de ranger l'acte sous une tutelle réglementaire et ne pas le voir disqualifié.

Il n'est pas sans intérêt de relever les signes les plus récents tendant, de la part de la chambre criminelle, à accueillir favorablement ces preuves autrefois jugées déloyales, et ce au moment où le projet de loi sur les évolutions de la criminalité introduit une nouvelle section "de l'infiltration" dans notre procédure pénale (art. 706-81 à 706-87 CPP – *cf. infra*). Le texte précise que les actes possibles effectués par les policiers enquêteurs touchent essentiellement au domaine de l'infiltration, par eux ou par des tiers alors comme eux exonérés de responsabilité pénale³⁷⁰, d'organisations se livrant à des activités criminelles. Il n'évoque pas les techniques strictement

³⁶⁶ Crim., 19 janvier 1999, Bull. crim. n° 9. *Cf.* MOLINA, 2001, 380, ainsi que MARON, 1999a, 22.

³⁶⁷ Crim., 23 novembre 1999, Bull. crim. n° 269. *Cf.* MOLINA, 2001, 381.

³⁶⁸ MOLINA, 2001, 381.

³⁶⁹ Crim., 31 mars 1998, Bull. crim. n° 121.

³⁷⁰ En réalité, il semble que l'adoption de cette disposition ait principalement visé la question de l'exonération de la responsabilité pénale des agents, confirmant ainsi ce que prévoyait René Lévy dans son étude sur la loi du 19 décembre 1991, constatant que la Cour de cassation, à rebours de la loi, avait exonéré les agents de responsabilité pénale : "Une fois la législation [de 1991] obtenue, les règles nouvelles ont été rapidement transgressées, entraînant le départ d'un nouveau cycle de légalisation", qui semble donc s'être engagé avec ce projet de loi du 9 avril 2003 (*cf.* LÉVY, 2003, 71).

dites de "petite sonorisation" comme a pu le faire le droit allemand. Mais on peut s'attendre à ce que la consécration imminente, par la loi, de la notion générale d'infiltration et d'emploi d'informateurs à cette fin, ne lève plus encore les éventuelles inhibitions qui pouvaient peser sur des enregistrements conduits par des agents voire des tiers sinon "infiltrés", du moins judicieusement "là au bon moment". De ce point de vue, le soin du Sénat à faire préciser en deuxième lecture (avant l'examen en CMP) que "aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par les officiers ou agents de police judiciaire ayant procédé à une opération d'infiltration", sauf s'ils "déposent sous leur véritable identité" apparaît sans incidence sur l'appréciation que pourrait porter un juge sur le matériel recueilli en infiltration par voie de petite sonorisation³⁷¹. La jurisprudence aura à en débattre.

2°) La sonorisation du domicile et du véhicule

En revanche, en ce qui concerne la surveillance audio de locaux privés ou professionnels, la jurisprudence³⁷² a toujours veillé au respect des règles procédurales et substantielles, même dans le cadre de l'instruction. Procédurales, en ce sens qu'une commission rogatoire doit toujours être produite et motivée, substantielles en ce sens que l'autorisation de sonorisation ainsi accordée ne doit en aucune manière porter atteinte aux droits de la défense. En l'espèce, la décision de la cour suprême visait des écoutes autorisées par la chambre d'instruction et visant à permettre de vérifier le bien-fondé des allégations formulées par l'officier de police judiciaire quant à un délit déjà commis.

Une décision ultérieure de la Cour de cassation³⁷³ laissa apparaître un plus grand flou. Au cours d'une perquisition effectuée au domicile d'un tiers, des policiers avaient placé des instruments permettant l'enregistrement de conversations susceptibles d'être tenues entre ce tiers et l'auteur présumé du meurtre qui avait motivé l'information judiciaire. Ces conversations, enregistrées, ont permis la mise en examen de l'auteur présumé. Son avocat demanda alors la nullité de la perquisition commise au domicile du tiers, ainsi que de l'ensemble de la procédure subséquente. Cela lui fut refusé, au motif que la personne sollicitant la nullité n'était pas celle visée par la mesure (la perquisition en question) et n'avait pas "qualité pour invoquer une violation des règles de procédure, portant atteinte à l'intimité de la vie privée". Or, la perquisition de ce domicile, contre laquelle du reste la personne visée ne s'éleva jamais, était fondée sur une

³⁷¹ SÉNAT, Projet de loi n° 45, 23 janvier 2004, art. 706-87.

³⁷² Crim., 23 novembre 1999.

³⁷³ Crim., 15 février 2000.

"commission rogatoire technique", que le magistrat instructeur était en droit de demander. Par ailleurs, la chambre criminelle tenait à souligner l'absence de provocation de la part des policiers, sachant que les conversations tenues entre le mis en examen et le tiers n'ont été encouragées en aucune manière par les policiers, ni du reste la visite de l'un à l'autre.

La Cour de cassation empruntait alors un chemin étroit, vers des horizons toutefois élargis. Le chemin était en effet étroit, balisé en l'espèce d'un côté par la nature "technique" de la commission rogatoire du juge d'instruction, et de l'autre côté par l'absence de réaction de la personne visitée, qui eût sans doute remis tout l'édifice des poursuites en cause. On peut toutefois considérer que, sur le fond, la Cour de cassation tenait surtout à affirmer le principe selon lequel une perquisition *stricto sensu* ne saurait donner lieu à la mise en place d'une surveillance électronique, mais aussi que celle-ci ne se mêle d'aucune provocation de la part des policiers. Aussi le stratagème était-il admis en matière de pose des appareils, mais refusé s'il devait altérer le comportement de la personne visée.

Sans doute ces débats seront-ils tranchés par la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, adoptée le 4 mars 2004. Lors de l'examen du projet de loi présenté en avril 2003, la Commission des lois a pris l'initiative, très peu commentée, d'ajouter une section 6 au chapitre II de la loi portant sur l'enquête de police dans les cas de poursuite de "la délinquance et du crime organisés", en termes de surveillance policière, d'infiltration, de garde à vue, de perquisitions, d'écoutes téléphoniques. Cet ajout, qui tend à créer les art. 706-96 et suivants dans le code de procédure pénale, introduit "des dispositions relatives à la sonorisation de certains lieux ou véhicules". Il reprend, en réalité, le texte d'une note d'intention formulée par le ministère de la Justice en décembre 2002, et curieusement abandonné par le Garde des Sceaux³⁷⁴.

L'amendement fut introduit en Commission des lois, par le rapporteur de la loi, sans grands débats. Il s'inscrivait alors dans la continuité d'une discussion portant sur la possibilité de recourir à la vidéo dans le cadre des auditions menées par le juge d'instruction auprès de personnes détenues provisoirement et estimées si dangereuses que leur transport hors de la prison serait susceptible d'entraîner un risque d'évasion. Le rapporteur se fondait sur "cette faculté (...) ouverte dans de nombreux pays voisins" pour élever la sonorisation comme moyen d'enquête légal, sans soulever plus de passion³⁷⁵. En séance, le rapporteur défendit en outre cette innovation en mettant en avant les arguments "de nombreux acteurs de terrain" sur l'inefficacité des seules écoutes téléphoniques, empêchées par la faculté des criminels astucieux de changer leurs puces et lignes téléphoniques³⁷⁶. Mais l'innovation passait presque inaperçue, tant d'autres préoccupations

³⁷⁴ A.N., 1^{ère} séance du jeudi 22 mai 2003.

³⁷⁵ A.N., Rapport n° 486, 12^{ème} législature.

³⁷⁶ A.N., 1^{ère} séance du mercredi 21 mai 2003.

absorbaient les travaux des parlementaires (*cf. infra*), parmi lesquels, notamment, l'enjeu que constitue la sauvegarde des pouvoirs du juge d'instruction. Moyen vu comme strictement "technique" confié à "l'autorité et [au] contrôle" du juge d'instruction, la sonorisation introduite par la Commission des lois échappait ainsi aux deux prismes critiques majeurs de la loi, du moins de son volet consacré à l'action pré-juridictionnelle.

En séance³⁷⁷, le Garde des Sceaux confiait pourtant son "hésitation", en rappelant qu'il n'avait pas retenu la mesure déposée dans la note d'intention de son ministère en décembre 2002, au motif que cette mesure conserve un "caractère très intrusif et potentiellement attentatoire aux libertés publiques". Le ministre souhaitait ne pas faire examiner le texte en urgence et solliciter ainsi "la réflexion (...) au cours de la navette". Néanmoins, à l'instar du rapporteur, il soulignait la quasi-obligation de fait d'adopter une telle mesure, afin de poursuivre, dans le cadre de recherches internationales, des sonorisations et des écoutes engagées sur d'autres territoires nationaux et réputées ne pas franchir le cadre des frontières françaises. À l'issue de cette première lecture, le texte s'enrichit donc d'une considération sur l'opportunité de la mesure, qui ne pouvait être prescrite que "lorsque les nécessités de l'instruction concernant les crimes et les délits entrant dans le champ d'application de l'art. 706-73 l'exigent".

Le Sénat, en première lecture, a considérablement élargi le champ ouvert aux sonorisations, en substituant au terme "instruction" celui "d'information", et faisant ainsi entrer le procureur de la République en jeu, de manière certes limitée, puisqu'il ne dispose que de la faculté d'adresser un avis au juge d'instruction entendant prescrire une mesure de sonorisation. Toutefois, l'ordonnance de ce dernier est désormais appelée à être "motivée" et doit comporter tous les éléments permettant de préciser l'infraction et les objets visés par la mesure (art. 706-96 nouveau).

Par ailleurs, le texte rendu par le Sénat envisage de définir plus précisément les pouvoirs concrets confiés aux agents en vue de l'installation des appareils de captation et d'enregistrement des paroles ou images (art. 706-97 al. 2) : il précise ainsi que les dispositifs techniques peuvent être introduits dans un véhicule ou lieu privés hors des heures prévues par l'art. 59. Si précisément l'opération est menée hors des heures prévues par l'art. 59, et si le lieu est le domicile privé, l'autorisation doit émaner du juge des libertés et de la détention, saisi par le juge d'instruction. Les interventions des policiers sont à leur tour objet d'un contrôle (*post hoc*) mieux assuré, puisque les OPJ ou le juge d'instruction doivent dresser procès-verbal au procureur des circonstances de chacune des opérations menées (art. 706-97-4 nouveau). L'ensemble des conversations et des images captées sont décrites ou transcrites pour être versées au dossier

³⁷⁷ A.N., 1^{ère} séance du jeudi 22 mai 2003.

(art. 706-97-5 nouveau). Par ailleurs, le juge d'instruction ou l'OPJ commis par lui peut confier l'opération d'installation des instruments de captation et d'enregistrement à tout agent qualifié d'un organisme relevant du ministère de l'Intérieur ou de la Défense (liste fixée par décret – art. 706-99 nouveau). Il est en outre précisé que les enregistrements sont détruits à l'expiration du délai de prescription de l'action publique (art. 706-102 nouveau).

En seconde lecture, l'Assemblée nationale a adopté l'ensemble de ces dispositions, rétablissant seulement "l'interdiction de la mise en œuvre de sonorisations dans certains lieux comme les entreprises de presse les cabinets d'avocat, de notaire, de médecin, ou les bureaux de députés ou de sénateurs"³⁷⁸. Elle a également introduit un quatrième alinéa, d'une portée considérable, puisqu'il précise : "le fait que les opérations prévues au présent article révèlent des infractions autres que celles visées dans la décision du juge d'instruction ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes"³⁷⁹. Le texte, qui n'a pas été modifié par le Sénat en deuxième lecture³⁸⁰, ouvre ainsi un champ très large à la recevabilité des découvertes incidentes issues de sonorisations.

Ce n'est toutefois pas le prisme par lequel des parlementaires ont attaqué le bien-fondé de cette mesure nouvelle devant le Conseil constitutionnel, se contentant de mettre en avant "l'atteinte à la liberté individuelle, le droit à la protection de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile". Le Conseil a estimé que les garanties procédurales, toutes entre les mains du juge "gardien des libertés individuelles" étaient suffisantes pour garantir la compatibilité de la mesure avec les principes constitutionnels³⁸¹.

L'article 706-96 porte donc : "Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction".

³⁷⁸ M. le Rapporteur, A.N., 2^{ème} séance du 26 novembre 2003 – art. 706-97 al. 3.

³⁷⁹ Projet de loi adopté avec modifications en deuxième lecture par l'Assemblée nationale, A.N., texte n° 208, 27 novembre 2003.

³⁸⁰ SÉNAT, projet de loi n° 45, 23 janvier 2004, art. 706-97 à 706-97-6.

³⁸¹ Décision DC n° 2004-492 du 2 mars 2004, 62-66. Le Conseil national du barreau appelait au contraire le Conseil constitutionnel à juger ces mesures fondamentalement contraires aux principes constitutionnels et à poser que leur mise en œuvre confiée au juge ne devait signifier que le "gardien des libertés individuelles [soit contraint de] s'affranchir des principes républicains les plus fondamentaux" (*in* DANET, 2004, 197-198).

3°) *Conclusion*

Le droit de la sonorisation des lieux privés aux fins d'enquête judiciaire est bien limité en France : monopole du juge d'instruction, pour une fois ménagé par une loi récente (2004) ; limitation relative des infractions recherchées. Mais l'expérience des écoutes téléphoniques en Allemagne, où un droit fort visant des infractions graves n'empêche pas l'abandon d'une grande part des poursuites où furent engagées des écoutes, laisse mal augurer de la non-nullité des découvertes incidentes, subrepticement mais fort à propos introduite dans la procédure pénale française. Le juge d'instruction tient en ses mains la possibilité de soumettre toute personne supposée liée à des infractions graves, mais au demeurant mal définies (criminalité organisée...) à une mesure de sonorisation "lorsque les nécessités de l'enquête" lui suggèrent, et se laisser guider, librement, vers d'autres infractions, qu'il pourra poursuivre, ou d'autres suspects.

III – LA SONORISATION DES LIEUX PRIVÉS EN GRANDE-BRETAGNE

Le Royaume-Uni s'est doté très tôt d'une réglementation propre sur la sonorisation des domiciles à des fins pénales (Home Office, "*Guidelines on the Use of Equipment in Police Surveillance Operations*", décembre 1984 – *infra* "HO Guidelines 1984"). Toutefois, cette réglementation était avant tout à usage interne, faisant office de manuel à l'usage des services usant de ces techniques, sans force obligatoire. D'ailleurs, ces "*Guidelines*" n'étaient pas accessibles au public, ni aux personnes visées ou à leur conseil. À l'époque, comme avant l'introduction du HRA en octobre 2000, la vie privée n'était pas protégée de l'intrusion des services de police, sauf lorsqu'une loi particulière l'exigeait. Les principes généraux de la protection de la vie privée en *common law* étaient les mêmes que ceux encadrant ou autorisant les écoutes téléphoniques. Comme le soulignait à l'époque (c'est-à-dire avant le HRA) Lord Nolan, toutes les précautions devaient être prises "afin que la notion de vie privée ("*privacy*") ne se transforme pas en une interdiction faite aux poursuites pénales dès lors que cette notion protège en l'espèce de simples actes commis ou des paroles échangées en privé"³⁸².

Instruit de l'expérience des écoutes téléphoniques, le régime britannique se dota d'un dispositif législatif pour prévenir l'intervention de la CEDH, notamment après l'affaire "Khan" [1996]. En l'espèce, M. Khan avait contesté les preuves employées à son encontre, tirées selon lui de moyens illégaux. Il s'agissait d'enregistrements ("*bugging*") effectués grâce à des micros cachés par la police dans l'appartement d'un individu auquel il rendit visite, avec lequel il échangea des

³⁸² Khan [1996], 3 ALL ER 289.

propos sur la foi desquels il fut au final condamné pour participation à un trafic d'héroïne. À ses yeux, la preuve ainsi recueillie devait être frappée de nullité, car son administration avait relevé d'une violation de domicile.

La cour d'appel et la Chambre des Lords refusèrent d'admettre l'argument faisant valoir la nullité des enregistrements, comme la position de Lord Nolan, citée, le laisse entendre. Outre l'argument selon lequel, à l'époque, la "*privacy*" ne faisait pas l'objet d'une protection particulière en matière de procédure pénale, il était souligné que le droit britannique ne prévoyait pas de nullité textuelle en la matière, et que, enfin, le prévenu, disposant des preuves discutées à l'audience, pouvait prendre appui sur elles pour sa défense. Toutefois, redoutant l'intervention de la CEDH, la Chambre des Lords prit elle-même les devants (notamment sous la plume de Lord Nolan, "Commissioner" des écoutes téléphoniques) en demandant l'introduction de dispositions dans le "*Police Act*" de 1997 (*infra* "PA 1997"), entré en vigueur en février 1998³⁸³.

La partie III PA 1997 réglemente l'usage des dispositifs d'enregistrement exigeant la violation du local concerné. Les éléments de sonorisation dont l'installation n'exige pas une telle intervention (par exemple tous ceux fondés sur une écoute à distance – "*wireless*"), ou bien ceux fondés sur le consentement de la personne écoutée restent sous l'empire du HO Guidelines 1984. Lorsque "Khan" fut examiné par les juges de Strasbourg ("Khan c/ Royaume-Uni", 2001), la CEDH réaffirma la nécessité d'encadrer ces pratiques par un texte législatif, considérant des mesures de sonorisation menées sur la base de textes réglementaires "non conformes à la loi", et renvoyant du reste à "Malone"³⁸⁴. Là encore, la CEDH posait des exigences de nature formelle sans révéler de manière précise quelles conditions substantielles de mise en œuvre des techniques seraient les mieux à même de satisfaire aux conditions "nécessaires dans une société démocratique", pour reprendre les termes de la jurisprudence de la CEDH. Le Parlement adopta ainsi les sections 91 à 108 PA 1997 qui réglementent ces pratiques de sonorisation des locaux. La section 101 PA 1997 a créé un *Code of Practice*, entré en vigueur en 1999, qui consiste en un manuel d'emploi de ces techniques, et qui restreint sur quelques points le champ d'interprétation des dispositions de PA 1997³⁸⁵. Certaines dispositions du RIPA sont venues en 2000 amender ou préciser certains domaines d'emploi de ces techniques.

³⁸³ LORD NOLAN, in "Khan" [1996] 3 WLR 162, 175 ; cf. aussi LORD SLYNN OF HADLEY in *ibid.* 166.

³⁸⁴ Voir aussi, consolidant "Khan c/ R.-U.", "Lewis c/ R.-U." (25 novembre 2003) : la sonorisation de l'appartement de M. Lewis, menée en 1997, soit avant l'application de PA 1997, n'était pas conforme à la loi, en ce sens qu'elle obéissait aux simples prescriptions du HO Guidelines 1984.

³⁸⁵ Le *Code of Practice* 1999 doit être toujours disponible dans les postes de police et les bureaux des Douanes ("*HM Customs and Excise*"). De la même manière que le PACE, toutefois, un manquement à ses dispositions de la part des services enquêteurs n'entraîne pas automatiquement leur responsabilité civile ou pénale (SHARPE, 2000, 119, n. 52).

1^o) *Conditions d'emploi*

A) *Les moyens techniques de sonorisation*

Revenons sur la définition des techniques employées. Le PA 1997 régit seulement les dispositifs exigeant la violation du local visé. Cela signifie qu'en cas de consentement préalable, la marge de manœuvre reste la même qu'en ce qui concerne les écoutes téléphoniques (*cf. infra*), c'est-à-dire à peu près maximale (aucune restriction en termes d'infractions visées, soit aux fins de prévention, soit aux fins de répression, aucune autorisation préalable). Lorsque les locaux visés sont des locaux de police, aucun consentement n'est requis : cela signifie que la police a libre faculté de pouvoir enregistrer les conversations par exemple tenues entre les personnes retenues dans les cellules de garde à vue³⁸⁶.

D'autre part, les éléments de sonorisation à distance ("*wireless devices*" ou "*stand-off devices*") restent également sous l'empire du HO Guidelines 1984, sans force contraignante, et il est à craindre que le progrès des technologies ne vide peu à peu les garanties offertes par les sections concernées du PA 1997 de toute portée³⁸⁷. Ceci n'est par ailleurs pas sans incidence sur la surveillance des conversations tenues dans les espaces publics (*cf. infra*). Une simple précaution fut toutefois introduite par le RIPA 2000, concernant la sonorisation permettant l'écoute de l'intimité de la personne ("*intrusive surveillance*"), comme nous le verrons plus loin.

B) *L'autorisation policière de moyens policiers*

L'autorisation préalable donnée à la sonorisation est accordée par un "*senior police officer*", c'est-à-dire par un "*chief constable*", un "*police commissioner*" ou le directeur du *National Criminal Intelligence Service* (s.93 PA). Aucun contrôle judiciaire, sauf exceptions (*cf. infra*), n'est prévu au stade de la délivrance de l'autorisation préalable. Ce point cristallisa l'essentiel des discussions au cours de la discussion parlementaire. Une proposition d'amendement en Commission des lois visant la substitution d'un juge ordinaire au policier compétent, mais le gouvernement écarta la proposition définitivement en seconde lecture, arguant qu'il n'est pas conforme à la séparation des pouvoirs de faire intervenir le juge au stade de l'enquête³⁸⁸. L'auteur de l'amendement se permit de souligner : "Si la loi reste en l'état, ses pouvoirs trancheront avec ceux du monde occidental. Parmi les pays exigeant une autorisation judiciaire préalable en vue des sonorisations,

³⁸⁶ R. v. Bailey and Smith [1993] 97 Cr. App. R. 365.

³⁸⁷ SHARPE, 2000, 119.

³⁸⁸ HANSARD, vol. 576 cols. 215-217.

on trouve les États-Unis, l'Allemagne, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la France, et d'autres encore. Je crois que la Commission devrait avec raison demander au ministre pourquoi nous devrions ainsi faire figure d'exception. En quoi notre système administratif est-il si particulier qu'il nous évite de prendre les dispositions qui sont jugées désirables partout ailleurs ?".

Deux conditions sont nécessaires à la sollicitation de la part du policier enquêteur d'une autorisation de son supérieur visant la sonorisation d'un lieu clos. L'une est la conviction de la part du policier que cette mesure est d'une utilité substantielle ("*of substantial value*") au regard des fins à poursuivre, c'est-à-dire à la répression ou à la prévention d'une infraction grave ("*serious crime*" – s.93(2) PA, s.32(2)(3) RIPA). L'autre est que l'acte autorisé permet d'obtenir des résultats qui ne peuvent raisonnablement pas être obtenus par d'autres moyens.

La discussion porte sur les infractions autorisant la sonorisation, ainsi que sur l'exigence relative au principe de subsidiarité. La définition de "*serious crime*" par le PA et le RIPA est aussi large que celle qui prévalait avec l'IOCA (s.10(3) IOCA, s.93(4) PA, s.81(2), (3) RIPA), qui embrassait le champ des infractions dites de "moyenne catégorie", tel que des coups et blessures aggravés, vol avec abus de confiance, fraudes aux assurances et, comme dans le cas des écoutes téléphoniques, infractions à l'ordre public commis par un grand nombre de personnes. Depuis, le *Code of Practice 1999* a permis de limiter le champ d'emploi de ces mesures, en précisant que le "*serious crime*" doit être entendu de manière analogue au trafic de stupéfiants et aux infractions semblables³⁸⁹.

Quant à l'exigence de subsidiarité, les commentateurs ont souligné qu'elle semble moins restrictive dans le PA 1997 que celle qui prévalait dans le PACE ou le HO Guidelines 1984. Ainsi, le PACE exigeait une ordonnance du juge lorsque les autres moyens de preuve "ont été tentés sans succès" ou bien "n'ont pas été engagés parce qu'il était apparu qu'ils étaient appelés à échouer". Sous l'empire du PA 1997, une simple estimation de la part du policier accordant l'autorisation suffit à engager l'acte. Le *Code of Practice* n'a pas permis de préciser les marges du pouvoir d'interprétation des services de police, sauf dans le cas précis de la substitution des écoutes téléphoniques, moyen jugé moins attentatoire à la sonorisation et dès lors préférable³⁹⁰.

Et de la même manière qu'en matière d'écoutes téléphoniques, les textes de droit britannique ne soumettent pas l'autorisation de sonorisation à la justification préalable d'un lien matériel entre l'infraction recherchée et l'objet de la mesure de surveillance. Aucun texte n'a d'ailleurs jamais précisé la nature exacte des locaux pouvant faire l'objet de telles mesures. À l'origine, le HO Guidelines ne faisaient pas de différence entre les locaux selon leur usage (privatif

³⁸⁹ FENWICK, 2000, 373.

³⁹⁰ Notes for Guidance 1 A.

ou professionnel), ni entre les différents moyens techniques employés en vue de la sonorisation. Depuis, des différences de statut ont été introduites quant aux moyens employés et aux locaux sonorisés.

Au delà, la loi en Grande-Bretagne est revenue sur les conditions de proportionnalité et de subsidiarité des moyens employés. Selon le HO Guidelines, le niveau de subsidiarité requis n'exigeait pas que les autres moyens d'enquête employés se fussent montré impuissants, ou bien que par nature ils n'eussent permis la découverte de la vérité. En réalité, il fallait simplement justifier des raisons de croire que l'emploi de ces moyens aurait vraisemblablement conduit à l'interpellation ou la condamnation du suspect, ou à la prévention d'actes de terrorisme³⁹¹. La rédaction du PA et du RIPA n'a pas repris ce dernier point. Le PA mentionne que le policier décidant de l'autorisation doit "raisonnablement croire" que la mesure employée est susceptible d'être d'un apport substantiel dans la prévention ou la répression d'un acte grave, et que les autres moyens d'enquête s'avèreraient vains suffit (s.93(2) PA, s.32(3) RIPA). Cela débouche donc sur la levée de certaines contraintes limitant le recours à ces mesures, notamment parce que c'est le policier délivrant l'autorisation préalable qui évalue ce qui lui semble raisonnable dans les circonstances présentes.

C) Degré d'intrusion dans l'intimité

En ce qui concerne le principe de la proportionnalité, sous le régime du HO Guidelines para.5, il devait être vérifié que le degré d'intrusion dans la sphère privée était proportionnelle à la gravité de l'infraction recherchée ou commise.

Cette restriction a été levée par le PA 1997, qui ne dit mot de toute exigence relative à la mise en balance du degré de violation de la vie privée et de la gravité de l'infraction. Le PA 1997 (sec. 97) a toutefois considéré des "cas sensibles" ("*sensitive cases*"), pour lesquels l'autorisation ("*prior approval*") du "*Surveillance Commissioner*", créé par s. 91(1) PA 1997, est nécessaire. Ces cas sensibles sont, par exemple, les cas de sonorisation de chambres à coucher, de chambres d'hôtel, ou des bureaux et locaux professionnels. Ils visent également certaines professions, comme les avocats (s.97(2)(b), s.98(1) à (4) PA) ou les journalistes (s.100 PA). Toutefois, les policiers pouvaient engager la sonorisation, s'ils l'estimaient l'urgente, urgence qui n'avait du reste pas à être motivée.

Mais le *Code of Practice* est venu en 1999 mentionner que l'urgence ne saurait être invoquée de manière routinière, et compte tenu du caractère quasi-légal de ces "Codes" (leur non-respect

³⁹¹ HO Guidelines, para. 4.

peut entraîner des sanctions disciplinaires), on estime que les cas d'urgence ont en effet été rares. De même, le *Code of Practice* requiert également de la part du policier qu'il soumette sa mesure à un test de proportionnalité. On peut toutefois se demander pour quelles raisons cette demande n'a pas été incluse dans le PA, en particulier au regard du fait que les pouvoirs de sanction prévus par le Code restent largement discrétionnaires³⁹².

En 2002, le rapport du "*Commissioner*" recensait un faible nombre absolu des autorisations délivrées sous PA 1997 Part III³⁹³ :

- 1999-2000 : 2 459,
- 2000-2001 : 2 437,
- 2001-2002 : 2 519,
- 2002-2003 : 2 511.

Un peu plus du dixième de ces autorisations avaient nécessité une autorisation préalable due à la sonorisation de "cas sensibles" :

- 1999-2000 : 323,
- 2000-2001 : 375,
- 2001-2002 : 306,
- 2002-2003 : 299.

Le RIPA 2000 a étendu les cas d'autorisation préalable du "*Commissioner*" à l'ensemble des mesures de sonorisation "indiscrète". Il a en effet introduit des distinctions spécifiques entre les actes de surveillance "dirigée" ("*directed surveillance*") et les actes de surveillance "indiscrète" ou "importune" ("*intrusive surveillance*"). Cette dernière est définie comme une écoute "menée par des instruments de surveillance (...) en direction de tout local résidentiel ou tout véhicule individuel", ce qui étend le régime visant par exemple les seules chambres à coucher à l'ensemble de l'appartement (s.26(3) RIPA). Les actes de "surveillance dirigée" (s.26(5) RIPA) sont les actes de surveillance orientés vers tous autres locaux ou véhicules, sauf si le dispositif est à même d'offrir des informations de la même qualité et la même intensité que ce qui pourrait ressortir d'actes de surveillance indiscrète. Les mêmes dispositions que celles de PA 1997, corrigées par le "*Code of Practice*" 1999, visent les cas d'urgence. En revanche, en cas de refus du "*Commissioner*", le policier peut faire appel au "*Chief Surveillance Commissioner*", qui dirige l'équipe des "*Commissioners*" (s.81(1)). Le RIPA revient au régime précédent (le policier délivrant l'autorisation doit être convaincu de la

³⁹² FENWICK, 2000, 376.

³⁹³ Chief Commissioner : LEGGATT, 2002-2003.

proportionnalité du moyen employé), mais uniquement en ce qui concerne les actes de surveillance indiscrete (s.32(2)(b) et s.29(2)(b) RIPA).

Les deux types de mesures de surveillance relèvent de deux ensembles juridiques distincts, du point de vue de la justification nécessaire, mais aussi des conditions de subsidiarité. Ainsi, l'infraction que l'on poursuit ou que l'on veut empêcher doit désormais être "grave" ("*serious crime*") pour autoriser une "surveillance indiscrete". Mais elle ne doit pas nécessairement l'être pour une "surveillance dirigée", qui inclut aux termes de s.81(2)(a) RIPA l'ensemble des "*crimes*". Par ailleurs, les mesures de surveillance indiscrettes sont soumises à l'accord préalable d'un "Commissioner", sauf si le ministre de l'Intérieur ("*Secretary of State*") en décide autrement (s.30(3) RIPA), ce qui ne s'est encore jamais vu.

La portée de ce système de contrôle est affaiblie par le fait qu'il repose avant tout sur la bonne volonté des policiers usant de ces méthodes. L'accord préalable est seulement requis lorsque le policier estime lui-même que les circonstances peuvent mettre en jeu un élément fort de confidentialité ; et cette estimation ne peut faire l'objet d'une contestation ultérieure. Par ailleurs, il apparaît que les "*Commissioners*" tendent le plus souvent à ne pas s'opposer aux motivations présentées par les services de police³⁹⁴. De surcroît, au sommet de l'institution de contrôle, le "*Chief Commissioner*", créé par s.91(1)(a) PA, reçoit les appels formés par les services de police lorsqu'un "*Surveillance Commissioner*" a refusé d'approuver une autorisation (s.104 PA). Les recours formés par les citoyens contre un "*Commissioner*" ayant accordé une autorisation, autrefois prévus par s.102 PA, ne sont plus possibles. Depuis l'introduction du RIPA, la seule instance fondée à recevoir ce type de recours (c'est-à-dire, en réalité, l'ensemble des requêtes visant des mesures de surveillance policière) est le "*Tribunal*" (s.70(2)(c) RIPA).

Il est vrai que les cas de refus d'autorisation préalables sont rarissimes : 4 cas sur les 1 280 autorisations accordées sous l'empire du RIPA depuis 2000³⁹⁵. L'une parce qu'aucun texte ne la justifiait, une deuxième parce que le test de subsidiarité n'avait pas été mené, une troisième parce les faits n'étaient pas suffisamment mentionnés, une quatrième, enfin, parce que le critère de "*serious crime*" n'était pas satisfait.

3°) Valeur probante

De manière tout à fait remarquable, aucune disposition telles que s.9 IOCA ou s.17 RIPA dans le cas des écoutes téléphonique ne prévoit de nullité textuelle visant du matériel tiré de

³⁹⁴ FENWICK, 2000, 377.

³⁹⁵ LEGGATT, 2002-2003.

sonorisations. Ce dernier est pleinement recevable devant la Cour, ce qui a pour effet, bien sûr, que le prévenu, d'une part, sait avec certitude que des mesures de sonorisation ont bien été prises à son encontre et, d'autre part, qu'il pourra combattre ces preuves à l'audience. Le principe supérieur d'égalité des armes à l'audience est respecté.

Sur le fond, la recevabilité des preuves tirées de sonorisation reste fondée sur s.78 PACE, ainsi que sur s.92 PA, qui précise : "aucune pénétration dans un local, intervention dans la propriété d'autrui ni usage de moyens de télécommunications n'est illégal ("*unlawful*") dès lors qu'il est permis par une autorisation prévue par la présente partie [de la loi]". Le critère essentiel, donc, de recevabilité de la preuve en matière de surveillance électronique reste la légalité de l'autorisation préalable.

Les problèmes dont les juges ont été saisis se rapportent, principalement, à deux matières. La première vise précisément le critère de la légalité de l'autorisation nécessaire, tiré de s.92 PA. La seconde vise la notion fondamentale d'auto-incrimination.

A) Portée effective de la section 78 du PACE et du HRA

En ce qui concerne l'autorisation préalable tenue pour critère majeur de recevabilité des preuves, deux inquiétudes se font jour dans la littérature, qui visent, pour l'une, la possibilité, pour l'auteur de l'acte de sonorisation, de présenter des justifications *ex post facto* visant à démontrer les convictions "raisonnables" quant à l'opportunité de l'acte au moment de l'autorisation. La seconde difficulté, moins spécifique, concerne le poids respectif de la protection de l'ordre public et du procès équitable, dès lors qu'une bonne part des cas de jurisprudence antérieure au PA 1997 montraient l'extrême réticence des juges à invalider une preuve tirée d'actes attentatoires à la propriété ou à la vie privées.

Ainsi de "Khan" [1996] (*cf. infra*), lorsque les juges, en appel et en cassation, avaient refusé d'annuler la preuve tirée d'une violation disproportionnée de la propriété privée. Il faut souligner, en l'espèce, la vision singulièrement étroite des causes de nullité substantielle par les juges, au premier rang desquels la "*Court of Appeal*", qui avait estimé que le droit britannique n'entend recevoir comme cause de nullité que celle liée aux conditions inéquitables d'obtention de l'aveu³⁹⁶. Dans la même instance, Lord Nolan estima que même s'il avait "une vision trop étroite" ("*too narrow a view*") des causes de nullité, on devait admettre que la définition de l'équité ("*fairness*") repose seulement sur l'appréciation discrétionnaire formulée par le juge. Aussi, si s.78 PACE désigne textuellement comme fautes commises lors de l'enquête ("*investigatory malpractice*") celles

³⁹⁶ Lord Taylor, "Khan" [1996], 3 ALL ER 297.

liées aux "circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue", les juges s'efforcent le plus possible de retenir une cause de nullité seulement en cas d'altération substantielle de l'équité de la phase juridictionnelle ("*fairness or unfairness of the proceedings*", pour reprendre l'expression de Lord Nolan³⁹⁷). Ainsi, une fois encore, la seule illégalité du recueil des preuves ne saurait suffire à leur annulation par le juge.

Une autre affaire permet de préciser la faible portée des nullités en matière de sonorisation, qui met en scène l'installation d'un dispositif d'écoutes dans l'appartement de "C."³⁹⁸. Quelque temps après la pose de ce dispositif, C. avait été arrêté par la police pour une autre infraction, mineure. Durant la rétention en garde à vue, les policiers s'étaient saisis des jeux de clés du véhicule et du domicile de C., et les avaient contrefaites. Ils s'étaient ensuite introduits à son domicile pour changer la pile des appareils d'écoute. Le juge avait estimé que, puisque l'autorisation en avait été donnée, la sonorisation était conforme au droit³⁹⁹. Il reconnaissait toutefois une double atteinte à l'art. 8 CEDH, provoquée en l'espèce par l'appropriation et la duplication des clés de C., ainsi que la pose de nouvelles piles. Mais, il considéra que le trouble à l'ordre public causé par le délit commis par C. obligeait à recevoir les preuves. La cour d'appel confirma le jugement. Et Lord Justice Auld prit soin de préciser que la phrase de s.78 PACE sur "les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue" ne soumet certainement pas la "*common law*" à l'obligation de considérer autre chose que la stricte équité du procès lui-même⁴⁰⁰. Ainsi, "d'un trait, la section 78 fut réduite à une réaffirmation de l'interprétation la plus étroite des pouvoirs discrétionnaires concédés par la '*common law*' lorsqu'il s'agit de la recevabilité des preuves⁴⁰¹", ce qui "ne contribue en rien à promouvoir le principe visant la défense de l'intégrité morale du procès"⁴⁰².

Compte tenu de cette réticence à intégrer les dispositions de sec.78 PACE, qui relèvent du droit interne, on ne sera pas surpris de la faiblesse des effets apparents du HRA (et plus largement de la Convention européenne) sur les principes guidant la recevabilité de la preuve devant les juridictions. Dans une affaire de 2002 ([2004] 1 Cr App R 2 11), la "*Court of Appeal*" a même qualifié le statut HRA de "particulièrement mystérieux et compliqué" ("*particularly puzzling and difficult*"). Le régime reste celui de l'interprétation dominante, donc très restrictive, de sec. 78 PACE : "il n'est aucun principe posé par la Convention permettant d'affirmer que des preuves

³⁹⁷ Lord Nolan, in "Khan" [1996], 301.

³⁹⁸ "Chalkley and Jeffries", [1998], 2 ALL ER.

³⁹⁹ "Chalkley and Jeffries", [1998], 155.

⁴⁰⁰ "Chalkley and Jeffries", [1998], 178. Lord Justice Auld s'appuya d'ailleurs explicitement sur la jurisprudence antérieure à PACE, notamment sur "R v Sang", [1980] : "[s.78 PACE] was not intended to widen the common law in this respect as stated by Lord Diplock in 'R v Sang'".

⁴⁰¹ SHARPE, 2000, 164.

⁴⁰² PACIOCCO, 1991, 316. Cf. aussi les opinions concordantes de CHOO, 1993 et CHOO, NASH, 1999.

obtenues de manière illégale sont irrecevables", affirme par exemple Lord Steyn, qui avait pourtant soutenu l'adoption du HRA, dans une affaire visant la loyauté de l'écoute d'un téléphone portable⁴⁰³. Il estime en effet, dans le même commentaire, qu'il faut peser les principes avancés par le HRA et le principe de "triangulation des intérêts " propre au procès pénal. Ce dernier, en effet, est le lieu de confrontation " de l'accusé, de la victime ou de sa famille, et des intérêts publics"⁴⁰⁴.

Cela signifie que, sous HRA, un procès équitable ne se joue plus seulement dans les transactions entre l'accusé et l'État, mais entre l'accusé, la victime, et le public. L'entrée en scène de la victime, qui est un phénomène nouveau dans le répertoire d'argumentation, semble être justifiée pour contrebalancer, en quelque sorte, les contraintes nouvelles nées du HRA. Bien entendu, on pourra par exemple considérer que, les intérêts publics et ceux de la victime coïncidant, l'équité du procès se retourne en un jeu déséquilibré de deux contre un (l'accusé).

B) Le principe de non-incrimination de soi

Le second point de la discussion autour du statut de la preuve tirée d'opérations de sonorisations de locaux ne touche plus à leur illégalité, mais au conflit possible avec le principe de non-incrimination de soi. Le conflit porte notamment sur les méthodes de police pouvant entrer en contradiction avec le Code C tiré du PACE qui requiert de la police qu'elle informe tout suspect de son droit au procès équitable et, notamment, de son droit à garder le silence et de son droit à ne répondre aux questions posées qu'une fois réunies les conditions d'équité. Toutefois, "ces principes n'ont jamais attiré une grande sympathie de la part de la Court of Appeal"⁴⁰⁵.

Ainsi de l'affaire "Christou and Wright" [1992], dans laquelle des policiers s'étaient présentés comme acheteurs de bijoux d'occasion dans un magasin d'antiquités sis dans une zone réputée pour ses forts taux de cambriolages et de vols. Rencontrant les vendeurs à leur échoppe, ils avaient disposé des matériels d'enregistrement audio et vidéo près du comptoir et alentour. MM. Christou et Wright, les deux propriétaires, furent jugés et condamnés pour recel de biens issus de cambriolages et complicité de cambriolage, à l'appui de l'enregistrement des transactions auxquelles ils se livraient. Lord Taylor accepta que "la police soit clairement engagée dans une opération dite de 'tromperie et ruse' ("*a trick and deceit*")", sans s'être eux-mêmes livrés aux transactions, ni être intervenus comme '*agents provocateurs*' (en français dans le texte)". Mais il

⁴⁰³ "R v P" [2001], A-G's Reference n° 3, 1999, 2 WLR 56.

⁴⁰⁴ Les auteurs remercient Peter Ramsay (King's College, Londres) pour ses précieuses indications sur ces décisions récentes et cette redoutable constance des juges de son pays.

⁴⁰⁵ SHARPE, 2000, 164-165.

estima alors que s. 78 PACE impose d'analyser le degré d'iniquité ou d'équité à la manière d'un juge à l'audience : qui met en balance la réalité des preuves déposées et la gravité de l'infraction et l'importance des intérêts en jeu⁴⁰⁶. Ainsi, les juges de la "*Court of Appeal*", à nouveau, imposent une lecture "pré-PACE" de la section 78, et précisent que "une ruse permettant la production d'une preuve à charge n'est pas par nature inéquitable". Les juges estimaient ainsi qu'il fallait établir une différence substantielle entre la tromperie qui consisterait, par un mensonge, à dire à un suspect que ses empreintes digitales ont été trouvées sur l'arme du crime, afin de l'obliger à s'incriminer lui-même, et, comme dans "*Christou and Wright*" [1992], à obtenir de la part des clients, par des policiers sous couverture, leurs empreintes digitales. De même, le motif d'irrecevabilité déduit du Code C PACE ne fut pas admis, au motif que l'interaction entre les policiers et les suspects n'était en l'occurrence pas un interrogatoire.

En réalité, le point fondamental concernant la recevabilité de preuves obtenues au moyen d'une tromperie, d'une ruse voire d'une infraction pénale caractérisée est celui du degré de la provocation policière, en somme l'incitation par le policier sous couverture à commettre une infraction ou à en faciliter le cours. Cette doctrine fut posée par la jurisprudence notamment dans un cas de "petite sonorisation", "*R v Smurthwaite and Gill*", lorsqu'un policier se présenta à un suspect comme tueur à gages et enregistra la conversation qu'il eut avec le commanditaire d'un meurtre ; encore l'argument de la Cour tint essentiellement à ce que la première conversation entre le policier et le futur prévenu ne fut pas enregistrée et ne permit donc pas d'établir avec netteté les causes d'irrecevabilité de la preuve⁴⁰⁷. En l'espèce, la juridiction n'a pas frontalement disputé l'enregistrement des conversations.

Car là encore, le caractère scientifique de l'enregistrement élève la difficulté de nullité des preuves qui en sont issues : souvent, la jurisprudence considère la fiabilité technique des preuves déposées aux dépens des conditions exactes de leur administration. Ainsi, dans "*R v Latif, R v Shazad*" [1996], la Chambre des Lords fut interrogée sur le point de savoir dans quelle mesure des écoutes opérées dans une chambre d'hôtel où se trouvaient les deux suspects, et où des policiers sous couverture avaient placé leurs instruments, étaient recevables. Cette opération de "grande sonorisation" n'était, de surcroît, que la face immergée de l'iceberg de l'enquête de police. En effet, les deux suspects avaient engagé des premiers conciliabules avec un informateur, qui les avaient enregistrés (opération de "petite sonorisation" par un tiers). De plus, ils avaient également été écoutés, selon eux, lors de discussions au Pakistan à l'issue desquelles un agent des douanes britanniques avaient importé de la drogue que les deux suspects ont, finalement, réceptionnée en Grande-Bretagne. Ce n'est qu'après cette chaîne d'événements selon toute vraisemblance incitatifs

⁴⁰⁶ "*Christou and Wright*", [1992], 4 ALL ER, 564.

⁴⁰⁷ "*Smurthwaite and Gill*", [1994], 1 ALL ER, 898, cf. aussi "*R v Bryce*", [1992], 4 ALL ER, 567.

que la chambre d'hôtel avait été sonorisée ; mais ces actes de provocation policière, si établis, n'avaient pas eu lieu sur le territoire britannique, et la gravité de l'infraction finalement constatée obligeaient la Cour à admettre la sonorisation en tant que preuve. Le caractère hautement discutables des opérations sous-couverture, préalablement engagées (le prévenu n'avait jamais été condamné pour de pareils faits, il a été abordé à l'initiative des agents de répression) n'a pas résisté à la valeur probante du résultat des sonorisations, indexée à la fiabilité technique du dispositif, conjuguée à la gravité de l'infraction finalement constatée.

4°) L'écoute et l'infiltration

À la différence de l'Allemagne, encore une fois, le régime britannique des informateurs, indicateurs, agents infiltrés, était le plus libéral possible, en ce sens que, pour reprendre les termes du sociologue américain de la police Jerome Skolnick, toutes les tromperies et duperies ont toujours été acceptées, pour autant qu'elles ne passent pas le seuil de la salle d'interrogatoire et, surtout, ne pénètrent pas la salle d'audience⁴⁰⁸.

Parmi les moyens employés par les enquêteurs britanniques, on peut noter l'enregistrement de conversations tenues par au moins un suspect, et ce par le biais soit d'agents infiltrés, soit, plus généralement, par le biais d'un tiers, proche des personnes suspectées. Ce moyen ("*wiring of individuals*") est largement accepté par les juridictions britanniques, en dépit de leur possible contradiction au principe de non-incrimination de soi⁴⁰⁹. Avant l'adoption des textes réglementaires des années quatre-vingt, les déclarations enregistrées par la "duperie" ("*deceptive admissions*" – déclarations obtenues par tromperie sur le statut de la personnes destinataire de ces déclarations) avaient devant les juges la même valeur que les résultats de fouilles corporelles, et ne pouvaient être contestées à l'audience.

L'adoption du PACE est venue changer quelque peu la donne, bien en deçà, toutefois, de ce que laissait entendre le texte. De manière générale, la section 78 du PACE a tenté de réglementer quelque peu les pratiques des "*agents provocateurs*" (en français dans les textes), des "coups d'achat" et autres "stratagèmes" ("*entrapment*") en ouvrant la possibilité d'annuler les preuves obtenues par des moyens abusant de la duperie. De la même manière, le PACE a levé la distinction autrefois admise entre "l'aveu" entendu au cours d'un interrogatoire policier ("*admission*") et la révélation donnée hors du cadre réglementaire de l'interrogatoire ("*confession*"). Le PACE sec.82(1) définit ainsi la "*confession*" comme "toute déclaration retenue en tout ou partie

⁴⁰⁸ SKOLNICK, 1975.

⁴⁰⁹ SHARPE, 2000, 9.

contre la personne qui en est l'auteur, que cette déclaration fût faite, ou non, auprès d'un titulaire d'autorité, et qu'elle fût faite verbalement ou par tout autre moyen ".

Toutefois, les juridictions se sont montrées très prudentes dans l'admission effective des principes tirés du PACE⁴¹⁰. En réalité, c'est encore une fois la prise en compte de la phase pré-juridictionnelle dans la notion de "*due process*" ou de "*fair trial*" qui suscite le plus de résistance de la part des juridictions britanniques, même si "Reine c/ Horseferry Road Magistrates Court ex parte Bennett" [1994] a pour la première fois admis que les juges du siège ont également compétence pour examiner l'action des enquêteurs ("*executive action*"). On se souvient ainsi de "Smurthwaite" [1994], où la Cour tenta de délimiter le cadre de la recevabilité de telles preuves, soulignant en l'espèce que la première conversation tenue entre le commanditaire du meurtre et le policier intervenant sous le masque d'un tueur à gages aurait également dû être enregistrée. Et l'on se souvient également de "Latif" et "Shazad" [1996], où la Cour avait également exigé une plus grande connaissance des interventions préalables menées par les informateurs et visant à confondre les auteurs.

Toutefois, les juridictions britanniques semblent savoir du danger, notamment au regard du droit européen, à ne pas garantir les décisions contre les abus éventuels des services d'enquête et à ne pas protéger l'intégrité morale du système judiciaire. Lord Steyn, dans la décision "Latif", souhaite ainsi publiquement éviter que "le sentiment général ne devienne que la cour se lave les mains ("*condone*") des comportements délictueux et fautifs des services de police" (1 ALL ER 253). Certains juges avaient ainsi demandé que la cour se saisisse de son pouvoir disciplinaire pour, au-delà de l'équité de la phase juridictionnelle, condamner les services de police au nom de la défense des droits fondamentaux, et notamment du droit à la vie privée. Ainsi, il fut retenu que le policier des douanes qui conduisit la livraison du Pakistan vers la Grande-Bretagne n'avait pas à agir ainsi. Toutefois, compte tenu de la "maturité" et des antécédents supposés du prévenu, cet écart avec les principes fondamentaux de l'enquête de police ne devait pas amener l'affaire à être déjugée. La jurisprudence semble en effet constante à rappeler que la recevabilité des moyens employés doit également s'évaluer au regard de la carrière criminelle des mis en cause ou accusés, attestée par les poursuites intentées à leur encontre par le passé.

Cette difficulté à donner sa pleine force à sec. 78 et sec. 82(1) PACE est bien entendue multipliée par la procédure du plaider coupable : l'accusé confronté à des enregistrements obtenus de manière douteuse peut être amené à se dire coupable, ce qui obère d'un poids certain les chances d'annulation, en appel, des preuves utilisées en première instance. "Le moyen [de petite sonorisation] a une telle force probante ("*is so probative*") que la sentence reste intouchée. Si

⁴¹⁰ SHARPE, 1994.

l'accusé persiste à plaider non coupable afin de se protéger d'une décision de culpabilité, il risque de perdre toute remise de peine⁴¹¹. Ainsi de la décision récente "R c/ Rajcoomar"⁴¹², dans laquelle il était demandé d'évaluer la recevabilité d'enregistrements de conversations téléphoniques et d'enregistrements vidéo de conversations tenues avec des informateurs et des agents sous couverture. Le point de départ de la démarche du requérant tendant à annuler, avant le procès, certains moyens de preuve, était que les premières conversations avaient été conduites alors qu'il se trouvait encore en détention. Certaines de ces conversations, mais pas toutes, avaient été enregistrées.

Sous la pression du HRA, et avant cela de "Teixero c/ Portugal"⁴¹³, où la Cour européenne imposa une limitation du recours à la duperie et aux informateurs au regard de l'art. 6-1 de la Convention, la partie II du RIPA est venue poser une exigence de "conformité" ("*compliance*") des actes entrepris sous couverture aux principes généraux définis dans le HRA et le RIPA, définissant la nouvelle notion de "sources de renseignement sous couverture humaine" ("*Covert Human Intelligence Sources*" – CHIS). Le CHIS couvre à la fois les actions des "*undercover agents*" et des "*informers*". Ceci n'est pas sans susciter les critiques d'un certain nombre d'observateurs estimant ainsi les règlements trop généraux qui rechignent à entrer dans le détail des opérations concrètes de ces deux types distincts d'intervenants⁴¹⁴.

En particulier, sec. 26(8) RIPA pose la nécessité de pondérer la pénétration dans la vie privée du suspect avec les fins recherchées : un indicateur qui se serait attiré la confiance de personnes privées ne saurait, sans enfreindre les principes généraux de l'action sous couverture, recueillir des informations confidentielles et les transmettre sans autre forme de procès aux enquêteurs⁴¹⁵. Le RIPA a néanmoins posé des critères clairs d'appréciation de l'intervention des informateurs et agents infiltrés pour ne pas supprimer toute chance d'intervention de cette nature⁴¹⁶. Ainsi, quatre critères sont posés à l'aune desquels l'intervention est jugée dans sa recevabilité (aux termes du RIPA et du *Code of Practice* qui découle du RIPA Part II) :

- Critère dit "de légalité" : les pratiques doivent être fondées sur des textes clairs et accessibles au public (en somme, le *Code of Practice*) ;
- Critère de proportionnalité : le policier délivrant l'autorisation doit auparavant juger de la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée avec les fins recherchées ;

⁴¹¹ SHARPE, 2000, 171.

⁴¹² "R c/ Rajcoomar" ([1999] Crim. L.R.728, 18 février 1999.

⁴¹³ CEDH, 1999, 28 EHRR 101.

⁴¹⁴ Cf. notamment le rapport de l'organisation non-gouvernementale "Justice ", qui avait été activement sollicitée lors des discussions autour de l'élaboration de RIPA Part II (JUSTICE, 2000).

⁴¹⁵ Cf. de manière générale, WILLIAMSON, BAGSHAW, 2001, 98-109 ; NEYROUD, 2003, 578-601.

⁴¹⁶ NEYROUD, BECLKLEY, 2001, 167.

- Critère dit "de nécessité" : les indicateurs ne peuvent être employés qu'aux fins de "prévenir ou détecter une infraction ("*a crime*") ou prévenir un désordre" ;
- Critère de contrôle ("*remedy*") : le "*Surveillance Commissioner*" et le "*Tribunal*" reçoivent et instruisent les requêtes de personnes sur la base de sec.7 HRA et de la Convention européenne.

Le droit ainsi créé prévoit des conditions d'emploi relativement strictes des agents ("*use and conduct of a CHIS*") : agents et informateurs sont placés sous la responsabilité de deux hauts gradés, l'un chargé du suivi jour par jour de la mission, l'autre chargé du contrôle des conditions d'emploi, des risques encourus et de la mise à jour des rapports de suivi ; ils ne peuvent être employés plus de douze mois (sans renouvellement) à une même mission, ce qui est notablement plus long que les trois mois prévus en cas de "*intrusive surveillance*" (*cf. infra*). L'ensemble des actes et documents est soumis au contrôle *ad hoc*, le cas échéant sur place et sur pièces, par le "*Commissioner*".

Pendant, les décisions récentes tentent à montrer le fort pouvoir discrétionnaire du juge dans l'évaluation de l'action des policiers infiltrés au regard du principe d'équité. Ainsi, dans "*Nottingham City Council c/ Amin*"⁴¹⁷, où les juges avaient à discuter de l'éventuelle infraction des opérations d'infiltration aux principes de la Convention importés dans HRA, ils ont simplement posé qu'il fallait que l'accusé jouisse de ses droits à une audience équitable...

5°) Conclusion

Rarement plus qu'à l'aune des mesures de sonorisation une mesure de garantie de l'équité de la procédure pénale aura été plus mise à mal que le fut la section 78 du *Police and criminal evidence Act* de 1984. La sonorisation est presque libre, sauf lorsque les activités des personnes entendues sont intimes, et nul juge ne s'aventure à regarder de près ce que les agents chargés de la mise en œuvre et de l'exécution de ces mesures font véritablement. Mais là encore, est-ce une raison de croire à la liberté des policiers avec cette mesure ? Au vu de quelques indications chiffrées, il y a encore une fois lieu de supposer que l'absence de valeur probante, devant le juge, du produit de cet instrument, en ruine considérablement la valeur aux yeux des policiers...

On notera toutefois la puissance d'un ordre juridique interne lorsque les magistrats des instances hautes se dressent en cerbères des traditions jurisprudentielles, parfois même au mépris des innovations législatives de leur propre parlement. N'insistons pas, en effet, trop longtemps

⁴¹⁷ "*Nottingham City Council c/ Amin*", [2000], 1 WLR, 139.

sur le caractère formel des prescriptions de la CEDH, qui semble défendre de se satisfaire d'enquêtes inéquitablement pour autant qu'elles sont prévues par des textes à valeur législative. Dans le cas de la Grande-Bretagne, toutefois, c'est tout un ordre judiciaire suprême qui s'emploie à ruiner toute portée à l'introduction par la loi de la notion de loyauté de l'enquête de police, lui préférant la lecture oh combien réductrice d'équité de la phase de l'audience – et ce de manière systématique : lorsqu'il s'agit de discuter les duperies et stratagèmes de policiers en petite sonorisation, lorsqu'il s'agit de comprendre la place d'une sonorisation dans une longue chaîne d'interactions entre la personne écoutée et les policiers poseurs de micros, etc.

Enfin, il faut noter un mouvement particulièrement intéressant, qui consiste à la fois à doter de textes législatifs un moyen technique d'enquête (la sonorisation), et à bureaucratiser par des textes également législatifs le travail traditionnel, absolument non technique, d'enquête de police qu'est l'infiltration ou le rapport aux indicateurs de police. Comme si, d'une certaine manière, le problème n'est pas tant du micro que de la main qui le pose, débouchant ainsi sur un alignement de l'humain et du technique dans l'enquête de police, où le micro n'est jamais qu'une oreille électrique et l'oreille qu'un micro qui n'enregistre pas...

IV – CONCLUSION SUR LA SONORISATION

Les lignes de partage relatives à la sonorisation sont difficiles à établir. En effet, on pourrait séparer encore une fois la Grande-Bretagne et la liberté des manœuvres d'établissement de la preuve qui y règne, des deux autres pays, où l'emploi de techniques de sonorisations apparaît fortement encadré. D'emblée cependant, ce partage est plus flottant qu'il n'y paraît. D'une part en effet, la liberté des investigations liées aux découvertes incidentes de mesures de sonorisation est fixée par la loi, en France ; si bien que là où le contrôle est (formellement...) assuré par le juge, la mesure ne semble en réalité pas avoir de limites matérielles. Le filet de captation flotte au gré des écoutes. Ensuite, la sonorisation heurtant à un tel degré la sensibilité publique en Allemagne, il semble que les juges constitutionnels (qui sont, là-bas, juges par voie d'exception et ne se limitent pas, comme la CEDH, à un examen des simples conditions formelles des actes judiciaires) aient sonné le glas de mesures au demeurant peu efficaces et rarement employées. Enfin, il est tout à fait intéressant de noter que dans les trois pays, les dispositions ouvrant droit ou consacrant ces mesures se soient accompagnées de dispositions relatives aux moyens traditionnels d'enquête criminelles que sont l'infiltration ou la relation aux indicateurs. Cela permet de constater combien les moyens techniques de police ne sauraient se comprendre distinctement les uns des autres : la sonorisation n'a pas de sens sans une enquête préalable de l'entourage ou de la personne écoutée,

laquelle enquête est peut-être la seule base de constitution d'un dossier suffisant au déclenchement de la sonorisation. En introduisant les mesures de subsidiarité, de proportionnalité et de contrôle des moyens les plus humains d'enquête, nos trois pays rendent d'une certaine manière obsolète le partage entre l'humain et la technique lorsque ceux-ci sont envisagés comme moyens judiciaires.

QUATRIÈME PARTIE

LES PREUVES TIRÉES

DE LA VIDÉOSURVEILLANCE

On admettra dans ce qui suit que le droit d'usage des images (photographiques ou filmiques) en matière de lieux privés relève du même droit que celui visant les conversations captées et enregistrées. Sauf exception, donc, cette partie traitera de l'emploi à des fins probatoires des images tirées de la surveillance vidéo des espaces publics.

I – LES PREUVES TIRÉES DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN FRANCE

En France, l'article 226-1 du code pénal interdit l'emploi d'un procédé quelconque pour capter ou enregistrer l'image d'une personne se trouvant en un lieu privé. Doctrine et jurisprudence s'accordent pour estimer nulles les preuves tirées d'images obtenues dans un lieu privé où le policier ne peut pénétrer d'office⁴¹⁸. Les rares décisions, convergentes, sont rendues en ce sens sous l'empire de la loi du 17 juillet 1970 : ainsi, le policier ne peut prendre de photos, à travers des fenêtres fermées, des activités auxquelles un individu se livrait au sein de son appartement placé en face de l'endroit où se trouvait le policier⁴¹⁹.

Avant même l'adoption de dispositions législatives réglementant la surveillance vidéo et audio de lieux et établissements ouverts au public (Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, ci-après "LOPS", 21 janvier 1995), les images prises sur la voie publique étaient estimées parfaitement saisissables par les services enquêteurs. En particulier, un véhicule automobile se trouvant sur la voie publique n'était pas considéré comme un lieu privé ou un domicile et son conducteur était dès lors réputé ne pas s'abriter derrière le mur de la vie privée⁴²⁰. Ainsi, la Cour de cassation a très tôt estimé que les images prises par une caméra de surveillance

⁴¹⁸ MATSOPOULOU, 1996, 907.

⁴¹⁹ Crim., 25 avril 1989, Bull. crim. n° 165.

⁴²⁰ MATSOPOULOU, 1996, 908.

d'une agence bancaire pouvaient très bien offrir matière de preuve pour être soumises au débat contradictoire⁴²¹.

La loi du 21 janvier 1995 est venue fixer un cadre réglementaire à la vidéosurveillance des espaces publics. Son article 10 précise qu'un tel dispositif peut être mis en œuvre "aux fins d'assurer la protection des bâtiments publics et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des infractions aux règles de la circulation ou la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol aux fins d'y assurer la sécurité". L'article en question prévoit également que les films sont enregistrés et conservés pendant un délai maximal d'un mois, au terme duquel ils sont nécessairement détruits.

Saisi, le Conseil constitutionnel avait souligné la conformité de cet article 10 aux règles fondamentales de la vie privée, estimant que l'image vidéo ne constitue pas une information nominative au sens de la loi du 6 janvier 1978. Il ne s'était ainsi pas opposé à la vidéosurveillance pourvu, avait-il toutefois rappelé, que toute installation soit soumise à l'autorisation du préfet, que le public en soit informé par voie d'affichage et que l'installation ne permette pas de filmer l'intérieur des immeubles d'habitation, ni leurs entrées⁴²². Le Conseil constitutionnel a également souligné la nécessité, prévue par la loi, de voir la commission départementale qu'elle institue jouer son rôle de contrôle (du reste limité à l'édition d'un simple avis, dont l'art. 10 de la loi n'impose pas qu'il soit conforme...) ⁴²³.

Aucune finalité visée par l'article 10 ne renvoie directement à l'établissement de la preuve d'un crime, d'un délit ou d'une contravention : la finalité de ces installations, avant tout liées à la prévention de troubles à l'ordre public, n'apparaît donc pas spécifiquement probatoire, ce qui ne signifie pas que la vidéosurveillance ne puisse bien entendu être utilisée afin de prouver une infraction⁴²⁴. Dans la mesure où l'article 10-IV se réfère à l'existence d'une procédure d'enquête ou d'instruction au cours de laquelle les enregistrements issus de la vidéosurveillance seraient utilisés, rien n'empêche les services d'enquête de recourir licitement à cette technique de preuve lorsque les formalités relatives à l'implantation et à la gestion du réseau de caméras auront été respectées.

La licéité des preuves obtenues par le biais de la vidéosurveillance repose sur le respect des règles définies dans la loi de 1995. Du reste, avant même la mise en œuvre de la loi, lorsqu'un

⁴²¹ Crim., 4 avril 1990, Gaz. Pal., 1990.2.506.

⁴²² Cons. constit., 18 janvier 1995, n° 94-352. Cf. de manière plus générale, LUCHAIRE, 1995, 575.

⁴²³ MOLINA, 2000, 222.

⁴²⁴ LUCHAIRE (1995) considère toutefois que dès lors que l'art. 10 énumère les comportements que la vidéosurveillance a pour fin d'identifier, la loi ne permet que la satisfaction de ces fonctions, et donc pas l'établissement de matériel probatoire.

employeur licenciat un employé pour faute lourde, dès lors qu'il était attesté que ce dernier avait commis un vol établi par la surveillance vidéo, il importait avant tout de déterminer si l'employé avait dûment été informé du fait qu'il était surveillé par des installations vidéo⁴²⁵. Sur la même base, la chambre criminelle put confirmer la condamnation au chef d'abus de confiance prononcée contre un préparateur en pharmacie et établie par les caméras du magasin⁴²⁶. L'exigence formelle reste la même hors du milieu du travail, par exemple lorsqu'est enregistrée la scène de vol d'une banque⁴²⁷.

L'emploi de matériels tirés d'une vidéosurveillance dans le cadre de recherches judiciaires redéfinit néanmoins les conditions d'usage des enregistrements, ainsi que les garanties offertes par l'art. 10 de la loi du 21 janvier 1995. D'une part, bien sûr, le délai légal, d'un mois, de conservation des films est allongé pour épouser celui de la durée nécessaire de l'enquête (LOPS, art. 10-IV). À l'issue de ce délai, les enregistrements doivent être détruits, ainsi que "les éventuelles données numérisées issues de la transformation des images et susceptibles d'être traitées sur ordinateurs"⁴²⁸.

Ensuite, l'accès des citoyens prévu par la loi aux enregistrements effectués n'est plus garanti pour des raisons "tenant à la sécurité de l'État, à la défense, à la sécurité publique, au déroulement de procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures ou au droit des tiers" (LOPS, art. 10-V, al. 4). Ainsi, d'une part, les possibilités de refus apparaissent aux commentateurs "très étendues"⁴²⁹ et, d'autre part, la loi entretient un certain flou quant aux garanties du contradictoire, en ne distinguant pas suffisamment clairement la phase d'enquête de la phase d'instruction proprement dite, au cours de laquelle l'accès au dossier doit être assuré aux parties⁴³⁰. On peut supposer toutefois que cette exception quant à l'accès aux enregistrements ne vise que l'accès à la commission départementale et non pas, bien entendu, l'accès au dossier dans le cadre d'une instruction.

Comme on le voit, le législateur semble ne pas avoir voulu étendre très loin le régime de la vidéosurveillance en matière de recherches probatoires, sans doute pour protéger l'efficacité propre, en ce domaine, de la technique. C'est sans doute cette raison qui l'a amené à exclure la vidéosurveillance du champ d'application de la loi du 6 janvier 1978, en précisant dès l'art. 10-I que l'image ne constitue pas une "information nominative". Définition stricte, voire restrictive de la notion d'information nominative⁴³¹, cette disposition permet de ne pas considérer comme

⁴²⁵ Cass. soc., 20 novembre 1991, D., 1992, Jur., 73. *Cf.*, de manière générale, LEFEBVRE, 1999.

⁴²⁶ Crim., 6 avril 1994, JCP, 1994.G.IV.1755.

⁴²⁷ WEHBI, 2000, 36.

⁴²⁸ BOULOC, 1996, 439.

⁴²⁹ LUCHAIRE, 1995, 581.

⁴³⁰ MOLINA, 2000, 222.

⁴³¹ PELLET, 1995, 142 *et suiv.* Dans le même sens, *cf.* DE LAJARTRE, 1996, 318-319.

fichier relevant de la loi informatique et libertés les fichiers d'images tirés d'enregistrements vidéo. Avant la loi, il faut rappeler que les employeurs qui souhaitaient procéder à l'installation de caméras de surveillance dans leurs établissements devaient en faire la déclaration à la Commission nationale informatique et libertés, comme l'exigeait l'art. 16 de la loi du 6 janvier 1978. La même loi définit d'ailleurs les données nominatives comme "les informations [permettant], sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques" (art. 4, loi du 6 janvier 1978). Toutefois, si les enregistrements sont destinés à constituer un fichier effectivement nominatif, ce fichier tombe sous le coup de la loi informatique et libertés et sous le contrôle de la CNIL.

Nonobstant ces difficultés éventuelles sur la conservation des images, les services d'enquête sont donc amenés à déposer les images vidéo dûment enregistrées aux termes de la LOPS comme moyens de preuve. Certes, puisque nous sommes en matière pénale, "aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale"⁴³². Mais les juridictions répressives veillent au caractère loyal de l'obtention et de la matérialité de la preuve ainsi fournie : "compte tenu des possibilités de montage et de trucage qu'offre l'évolution des techniques, [l'enregistrement vidéo réalisé par l'employeur] ne présente pas des garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité et de sincérité"⁴³³, ainsi qu'à la matérialité de l'infraction, qui repose notamment sur la possibilité offerte par les images "de différencier l'erreur de l'acte intentionnel"⁴³⁴.

Une dernière innovation consiste en l'introduction du croisement de fichiers de police et de données numérisées de plaques d'immatriculation de véhicules en circulation, transmises par les caméras de vidéosurveillance du trafic routier. Cette innovation introduite à l'automne 2003 fit grand bruit, en raison de la massivité des procès-verbaux dressés et transmis "en temps réel". Il est trop tôt pour évaluer ce dispositif. En revanche, nous verrons en Grande-Bretagne et en Allemagne comment ces installations sont devenues des instruments aux fins de poursuites pénales, et pas seulement de répression des infractions routières constatées sur le champ.

II – LES PREUVES TIRÉES DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN ALLEMAGNE

En Allemagne, la distinction entre action répressive et action préventive des forces compétentes conduit à un débat sur l'utilisation dans le cadre des poursuites judiciaires des

⁴³² Crim., 6 avril 1994, JCP, 1994.G.IV.1755.

⁴³³ CA Aix-en-Provence, 4 janvier 1994, JCP, 1995.G.II.22514.

⁴³⁴ CA Aix-en-Provence, 10 juin 1999, *in* MOLINA, 2000, n. 1148.

enregistrements préalables effectués dans l'espace public et sur un questionnement constant sur la valeur probante du produit recueilli dans ces conditions⁴³⁵. De manière générale, les termes du débat restent semblables à ceux employés en France.

La mise en œuvre de dispositifs de vidéosurveillance à des fins préventives dépend des lois de police ("*Polizeigesetz*") de chaque Land. La plupart des Länder ouvrent droit à de tels dispositifs sur des zones précises, définies comme étant particulièrement exposées à la délinquance ("*Kriminalitätbrennpunkte*"). Ainsi, dans une décision récente du tribunal administratif du Bade-Württemberg, on peut lire que le dispositif de vidéosurveillance déployé dans certains lieux publics ne heurte pas le principe de la protection de l'intimité garantie par la Loi fondamentale, dès lors que les lieux filmés relèvent exclusivement du domaine public, que les textes qui les autorisent sont clairs et accessibles à tous, que la délinquance est effectivement supérieure dans ces zones que dans le reste de la ville⁴³⁶.

Le point de discordance soulevé dans la doctrine exprime une exigence plus forte visant à distinguer les enregistrements préventifs de vidéosurveillance et le filmage ciblé d'événements en vue d'enregistrements d'images dans d'éventuelles procédures judiciaires (§ 100c StPO). Ces derniers sont par exemple employés au cours de manifestations ou rencontres sportives, et permettent aux policiers en mission de maintien de l'ordre public de mettre les images d'auteurs d'infractions commises dans ces rassemblements à la disposition des éventuelles parties poursuivantes.

De manière générale, toutefois, les critiques fondées sur la crainte de voir confondues les activités répressives et préventives de la police restent imprégnées par un souci général de ne pas voir se généraliser les mesures de surveillance par embrassement continu et sans borne des activités menées dans l'espace public⁴³⁷. À l'encontre de telles inquiétudes, qui supposent toujours un refus fondamental des passants à être filmés, d'autres auteurs insistent sur la nécessité de renforcer la vigilance quant à l'usage des données recueillies, seul critère d'emprise sur les droits individuels, notamment la libre disposition des informations individuelles, plutôt que sur une dénonciation générale de la vidéosurveillance.

De prochaines initiatives législatives préparées par la Conférence des ministres de l'Intérieur des Länder ("*IMK*", *cf. infra*) aspirent toutefois à mettre en place un système automatisé de croisement de fichiers avec des données numérisées issues des bandes de vidéosurveillance. Il s'agit d'ouvrir la possibilité technique de numériser les numéros de plaques d'immatriculation filmées par les caméras surveillant les axes de circulation routière, d'acheminer sur le champ ces

⁴³⁵ Les auteurs remercient Nimet Güller (Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg-im-Breisgau) pour ses conseils avisés en matière de vidéosurveillance.

⁴³⁶ VGH Baden-Württemberg, 1. Senat, 21 juillet 2003.

⁴³⁷ Typique, de ce point de vue, est ROGGAN, 2001, 134-141.

numéros d'identification aux fichiers informatisés de police, qui mettront immédiatement en évidence si telle personne recherchée ou suspectée se trouve sur tel axe de circulation, et informera par alarme la circonscription de police concernée, qui pourra acheminer un véhicule et opérer le contrôle auprès de la personne ainsi identifiée et localisée⁴³⁸. La motivation essentielle présentée par les ministres de l'Intérieur vise la localisation des suspects voire condamnés en fuite, ainsi que la répression du trafic de voitures volées.

Ce type de mesures, qui instaure une surveillance indéfinie (à des fins préventives ? à des fins répressives ? aux fins d'enregistrement des données sur les déplacements individuels ?) au moyen de croisement de fichiers de police et de moyens de surveillance du trafic routier, suscite déjà des oppositions considérables⁴³⁹. D'autant que les premières traductions dans les lois de police ("*Polizeigesetz*") de certains Länder (Hesse, Thuringe, Rhénanie-Palatinat, Bavière) laissent apparaître un champ considérable de personnes susceptibles d'être comme cela identifiées et contrôlées à bord de leur véhicule individuel. Ainsi, le projet de "*Polizeigesetz*" du 24 juin 2003 présenté par le gouvernement SPD/FDP de Rhénanie-Palatinat prévoit que les données numérisées des plaques d'immatriculation pourront être, dans un délai de deux mois, croisées avec celles des fichiers de police qui gardent en mémoire les auteurs d'infractions, voire d'infractions de police "d'une particulière gravité", qui ne se seraient pas acquittés du paiement de leur amende, voire de leurs obligations civiles (pensions alimentaires, par exemple) et celles des fichiers de personnes recherchées ou suspectées de quelque infraction que ce soit (§ 27 Abs. 7 projet de loi). Le projet bavarois, présenté à l'automne 2002, assigne quant à lui trois objectifs à ces systèmes de numérisation. Le premier est le repérage de véhicules lors d'alertes policières données, par exemple, à l'occasion de hold-up, vols à main armée, enlèvements, etc. Le second est le repérage et le dressage immédiat de procès-verbaux d'infractions en cas d'excès de vitesse (semblable à ce qui a été mis en place en France à l'automne 2003). Le troisième est le croisement des données numérisées filmées sur les autoroutes traversant la frontière vers la Tchécoslovaquie avec les fichiers de personnes recherchées, ce qu'a refusé le "*Datenschutzbeauftragter*" (CNIL indigène – *cf. infra*)⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Cf. le document présenté le 29 juillet 2003 à la IMK par le "*Arbeitsgruppe Kriminalpolizei*" : *Automatische Kennzeichensysteme. Technische und rechtliche Rahmenbedingungen und Empfehlungen für praktische Einsatzmöglichkeiten*.

⁴³⁹ Ainsi récemment *Der Spiegel*, 2004a ; *Süddeutsche Zeitung*, 2004b. Ce dernier révèle ainsi que, sur une artère de Zürich, en Suisse, où un tel système fonctionne depuis le printemps 2001, les caméras identifient environ 10 000 plaques d'immatriculation par jour et transmettent, chaque jour également, quatre signaux d'alarme à la police locale aux fins d'intervention.

⁴⁴⁰ BOOS, 2003, 48.

III – LES PREUVES TIRÉES DE LA VIDÉOSURVEILLANCE EN GRANDE-BRETAGNE

La Grande-Bretagne est sans doute l'un des pays européens qui dispose de la plus grande densité de caméras de vidéosurveillance. L'on comptait en 1990 une centaine de caméras, disposées dans trois centres-villes, en 1994 plus de quatre cents, disposées dans seize centres-villes, et l'on estimait que, fin 2002, environ 40 000 caméras équiperait les centres-villes britanniques, sans compter, donc, les parkings, transports publics, centres commerciaux⁴⁴¹ (dont les équipements cumulés élèveraient le nombre de caméras à 1,5 million)⁴⁴². Une étude a en conséquence estimé qu'un "Anglais-type" est filmé 300 fois au cours de sa journée⁴⁴³...

L'engouement pour ce moyen appelé "*Close Circuit Television*" (CCTV) fut tel qu'entre 1996 et 1998, trois quarts du budget du *Home Office Crime Prevention* furent absorbés par la mise en place de CCTV⁴⁴⁴. Il se mesure de manière plus prononcée du côté des investisseurs publics que du côté des populations puisque les enquêtes montrent un attachement seulement relatif à ce type d'équipements, de l'ordre de 50 % d'opinions favorables⁴⁴⁵.

La disposition par les services de police de dispositifs de vidéosurveillance à des fins de recherche pénale obéit depuis le PA 1997 (*cf. infra*) à un cadre réglementaire. Le Code régit ainsi les cas où la vidéosurveillance est appelée à "satisfaire un besoin lié à l'enquête" ou bien lorsqu'elle vise "des individus spécifiques". Ainsi, lorsque la personne recherchée est désignée dans la demande du policier, l'autorisation doit émaner d'un "*superintendent*" (ou tout policier de grade supérieur) ; si, en revanche, la personne n'est pas spécifiée (si, donc, le dispositif vise en réalité l'identification d'une personne particulière), ou si le dispositif doit être mis en place d'urgence, alors l'autorisation peut être délivrée par un "*inspector*". Cela signifie que le grade est quoi qu'il en soit inférieur à celui requis dans le cadre d'une demande de mise sous sonorisation d'un lieu privé.

Ainsi, la mise sous surveillance électronique d'une rue où un trafic de stupéfiants est supposé se tenir, relève du régime mis en place par le PA 1997 et appelle donc la délivrance d'une autorisation prévue dans ce cadre. De même, la surveillance d'un individu supposé s'être livré à

⁴⁴¹ ARMITAGE, 2002, 2.

⁴⁴² D'après une étude citée in NIETO, JOHNSTON-DODDS, SIMMONS, 2002, 9.

⁴⁴³ *Ibid.*, 8-9.

⁴⁴⁴ KOCH, 1998, 48.

⁴⁴⁵ DITTON, 1998. L'article détaille notamment les biais de sondages d'opinion menés par certaines municipalités qui, pour afficher le plus grand soutien possible, faisaient poser par les enquêteurs quelques questions relatives à la délinquance, et favorables au CCTV, puis posaient la question relative à l'attachement au CCTV. Dans l'une de ces enquêtes, le taux de réponses favorables s'élevait ainsi à 91 %. On peut par exemple aisément imaginer qu'une question telle que "êtes-vous favorable à l'installation de caméras de vidéosurveillance permettant l'identification de terroristes ou délinquants" recueille plus de 85 % d'opinions favorables en novembre 2001 aux États-Unis (*cf. Business Week Online*, 2001).

une série de cambriolages dans une aire donnée requiert une autorisation particulière, même si les enregistrements visent les déambulations de cette personne autour de centres commerciaux. Toutefois, si les policiers, surveillant par vidéo un aéroport, sont amenés à resserrer l'observation autour d'une personne donnée, on estime que cette opération s'inscrit dans la continuité de leurs compétences de surveillance générale et n'est ainsi pas soumise à une autorisation préalable requise par le PA 1997⁴⁴⁶.

Aux fins d'une enquête de flagrance, la vidéosurveillance peut être étendue aux espaces privés, dès lors qu'elle s'exerce dans le prolongement d'une autorisation de surveillance d'espaces publics : par exemple, lorsqu'un cambrioleur, après s'être exercé dans les espaces commerciaux, entreprend de sévir dans les bureaux adjacents au local. En ce cas, toutefois, la surveillance est limitée à 24 heures, sauf autorisation spéciale d'un "superintendent". "*Cameras must not look into private properties*"⁴⁴⁷.

De la même manière qu'en France, mais plus tardivement, un système de contrôle a été introduit par voie législative. Ainsi, le "*Data Protection Act*" de 1998 pose désormais que tout système de vidéosurveillance doit remplir les exigences suivantes, très semblables à celles de la loi française : le public doit être informé de manière claire, par un autocollant A4 ou A3, de tout système opérant, les données ne peuvent être employées qu'aux fins présentées au public, elles doivent éviter toute captation d'images "impropres ou intrusives" ("*irrelevant or intrusive*"), et toute personne peut avoir accès aux images. Un "*Data Protection Commissioner*" a été institué par la même loi, auprès duquel tout système de vidéosurveillance doit être enregistré, et tout système postérieur à 2000 doit être soumis à son autorisation. Du fait de l'adoption de HRA, cette autorisation doit se fonder sur des critères de proportionnalité, d'opportunité, de subsidiarité, et enfin de responsabilité, entendant par là la responsabilité de la personne mettant en œuvre un tel système.

On a vu les investissements considérables absorbés par le CCTV en Grande-Bretagne au milieu des années 1990. Il semble que, passées quelques années, l'enthousiasme soit quelque peu retombé parmi les observateurs⁴⁴⁸. Selon les évaluations les plus récentes, le CCTV semble n'avoir contribué à une réduction de la criminalité que sur la moitié des programmes mis en place en Grande-Bretagne et Amérique du Nord ; et encore la baisse de l'activité délinquante n'est elle pas

⁴⁴⁶ SHARPE, 2000, 125.

⁴⁴⁷ LOCAL GOVERNMENT INFORMATION UNIT, 1999, *A Watching Brief: A Code of Practice for CCTV*, chap. 11.

⁴⁴⁸ Pour un bilan commenté, cf. notamment PAINTER, TILLEY, 1999. Cf. aussi, plus récemment, STOLLE, HEHLENFELD, 2002, 257-272.

des plus spectaculaires, puisqu'alors évaluée à moins de 5 %⁴⁴⁹. Seule la mise en place de ces systèmes sur les parkings semble avoir un impact réellement significatif (40 % de réduction des vols de voiture) ; toutefois, on ne dispose pour cette mesure que de quatre études, qui par ailleurs ne mesuraient pas l'impact de l'éventuel effet de déplacement de la délinquance⁴⁵⁰. De manière générale, du reste, ces études restent d'un abord difficile, puisque dans la moitié des cas la mise en place de ces systèmes de surveillance s'est accompagnée de programmes divers, tels que des programmes de prévention ou de facilitation des dépôts de plainte auprès des policiers, ou des transformations de l'aménagement urbain, comme un meilleur éclairage des rues ou la transformation de certaines voies en rues piétonnes. Par ailleurs, les installations étant récentes, et les demandes politiques pressenties, aucune étude n'a véritablement pu être menée évaluant les effets sur la durée du CCTV, bien qu'il semble communément partagé par les évaluateurs que les effets suivent un cycle relativement bref, formé d'un succès initial et d'un dépérissement rapide des effets visibles (cycle dû le plus souvent à la destruction des dites caméras).

De fait, l'évaluation du coût d'opportunité de la mesure ne se prête pas non plus à l'enthousiasme initial. Comme nous l'avons dit, trois quarts du budget national consacré à la prévention du crime a été consacré au CCTV de 1996 à 1998, et ce sont encore 170 millions de Livres qui ont été investies dans la mise en place de tels systèmes en Grande-Bretagne⁴⁵¹. Le besoin urgent d'évaluation se porte bien entendu sur les sites où la mise en place de ces systèmes fut effectivement réductrice du niveau de la criminalité (essentiellement les parkings), dans lesquels il reste à évaluer le poids relatif des autres indicateurs de l'intervention publique. Toutefois, les vieux pots faisant les meilleures soupes, il n'est pas impossible que d'anciennes recettes, certes moins innovantes mais génératrices d'effets "latéraux" bien visibles, soient dotées d'une efficacité plus affirmée : une étude du Home Office montre ainsi que le simple éclairage public des voies publiques entraîne une réduction de 20 % de la criminalité constatée⁴⁵². Les chiffres sont ici à analyser avec prudence, dans la mesure où une augmentation de la délinquance constatée pourrait être tout aussi bien un indicateur de l'excellence du système, qui induirait en effet un accroissement des facultés de repérage des actes de délinquance, et éventuellement d'interpellation⁴⁵³.

⁴⁴⁹ WELSH, FARRINGTON, 2002, 52-54. L'étude synthétise et compare les résultats échelonnés de 22 études menées sur diverses villes ou sites (parkings, transports publics, logements sociaux) de Grande-Bretagne et d'Amérique du Nord.

⁴⁵⁰ Sur la mesure précaire de ces effets à partir d'une poignée d'études non représentatives, et l'engouement pourtant unilatéral pour ces équipements en Grande-Bretagne, cf. DITTON, SHORT, 1999, 201-224. De manière générale, sur la mesure de l'activité délinquante, cf. OCQUETEAU, 2002.

⁴⁵¹ HOME OFFICE POLICING AND REDUCING CRIME UNIT, 2001, 8.

⁴⁵² PAINTER, 2001, cité in ARMITAGE, 2002, n. 43.

⁴⁵³ Là encore, cf. OCQUETEAU, 2002.

Par ailleurs, aucune loi n'interdit en Grande-Bretagne la commercialisation des films tirés de ces enregistrements, si bien que de nombreuses cassettes vidéo ont pu être vendues de manière parfaitement légale, qui montraient des femmes se changer dans des magasins de sous-vêtements, des couples se livrant à des gestes intimes dans les ascenseurs, etc. L'un de ces produits, au titre explicite de "*Really Caught in the Act*", qui présentait outre des scènes érotiques quelques actes illicites, a soulevé une vague d'indignation initiée par les associations de défense des libertés publiques et promptement relayée jusqu'au Parlement⁴⁵⁴. Par ailleurs, un certain nombre de recherches sont désormais en cours visant à approfondir les moyens électroniques de reconnaissance faciale des individus captés par des caméras de vidéosurveillance. Les logiciels actuellement testés ne présentent pas une fiabilité considérable. Il est toutefois largement envisageable que cette technique donne lieu à des innovations non négligeables en matière notamment préventive (repérage de personnes cataloguées comme "terroristes", "hooligans" ou "délinquants sexuels" aux abords des aéroports, des stades ou des écoles, par exemple)⁴⁵⁵.

De même qu'en Allemagne, la recherche de nouvelles techniques tend au croisement de données numérisées et de fichiers d'information nominale. Un premier système avait été mis en place à Londres, en 1994, dans le contexte de la lutte contre le terrorisme nord-irlandais : le fichier auquel était alors lié la captation par CCTV des données numérisées de plaques d'immatriculation était celui des services spécialisés dans la lutte contre le terrorisme⁴⁵⁶. L'ambition conjointe de la municipalité de Londres et des services de police était alors de faire de Londres un espace vierge de terrorisme. Cette ambition s'est transformée ensuite, lors de la mise en place de péages payants à l'entrée du centre de Londres, en un instrument de repérage des infractions routières : les 203 caméras installées sur les 21 km² du centre-ville numérisent les plaques des véhicules et dressent des procès-verbaux d'infraction de tous ceux qui n'ont pas réglé leurs droits de péage. On estime le taux de réussite des identifications à 90 % des véhicules en circulation.

Les vidéos de circulation routière tendent désormais à être exploitées sur le champ à des fins répressives pénales, comme le montre le programme national "Projet Laser. Refuser aux délinquants l'usage du volant" ("*Project Laser. Denying criminals the use of the roads*"), où les plaques numérisées, sont immédiatement confrontées aux données enregistrées dans toutes sortes de fichiers policiers : le fichier des assurances automobiles, le fichier des immatriculations et des

⁴⁵⁴ Cf. les auditions effectuées par le "*Parliament's Media Committee*", mars 1996.

⁴⁵⁵ Pour un bilan des aspects techniques de cette méthode d'identification, cf. PHILIPPS, *et al.*, 2002 (<http://www.dodcounterdrug.com/facialrecognition/DLs/Feret7.pdf>). Pour une vision prospective, cf. GRAY, 2003, 314-330.

⁴⁵⁶ WALKER, MCGUINNESS, 2002, 234-259. À l'encontre de cette lutte contre le risque terroriste par des moyens publics, cf. le dispositif essentiellement privé mis en place par la ville de Manchester après 1992 (MATASSA, NEWBURN, 2003, 486).

véhicules signalés (DVLA), le fichier informatique de police (PNC) et les éventuels fichiers des polices locales⁴⁵⁷.

La police de Northamptonshire vient d'expérimenter, avec l'aide du ministère de l'Intérieur, un système généralisé de surveillance des routes de la région. D'avril à décembre 2001, 1,5 % des véhicules en circulation ont déclenché une alarme par voie d'identification vidéo dans les services de police du ressort. Le problème, toutefois, fut de constater qu'avec six fonctionnaires affectés à ce service, seuls 8 % des alarmes déclenchées aboutirent à une prise poursuite. Toutefois, 2 516 véhicules furent contrôlés, et 388 personnes interpellées : un tiers d'entre eux n'avaient pas de permis de conduire, un quart d'entre eux roulaient à bord de véhicules volés, n'avaient pas d'assurance, n'avaient pas payé leurs impôts liés à la propriété d'un véhicule. Les services estiment que ce type de délinquance a baissé de 10 % sur le ressort surveillé, et a légèrement augmenté dans les ressorts alentours⁴⁵⁸. Une équipe d'intervention de seize policiers dans les West-Midlands estime avoir réalisé 171 interventions grâce à un système mobile d'identification des plaques d'immatriculation : 376 personnes ont été arrêtées pour vol, 34 pour vol avec violence, 27 pour cambriolage, 200 pour stupéfiants, 250 pour délits routiers (64 véhicules volés ont été restitués)⁴⁵⁹. Ce type de programmes est appelé à être généralisé sur 21 circonscriptions.

IV – CONCLUSION SUR LA VIDÉOSURVEILLANCE

Les études empiriques sur la vidéosurveillance montrent combien des moyens techniques peuvent être célébrés par les opinions publiques, ou ces micro-agoras de délibération sur les techniques en politique que peuvent être des réunions de copropriétaires⁴⁶⁰, se révèlent à la fois riches en profits, riches en promesses (d'élucidation ou de lutte contre le crime) et décevants en résultats concrets. Il montre également en quoi l'introduction des techniques au niveau de la lutte contre la petite délinquance butte contre les impondérables de la vie policière, et sans doute de la vie sociale, qui voient la première bien plus redevable de la sociologie du travail que du gadget technique et la seconde fortement dépendante des variables lourdes commandant la production du crime et des déviances.

⁴⁵⁷ BOOS, 2003, 45-47 ; NORRIS, ARMSTRONG, 1999, 214 *et suiv.*

⁴⁵⁸ BOOS, 2003, 45 ; <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200102/cmbansrd/vo011102/text/11102n01.htm>.

⁴⁵⁹ BOOS, 2003, 45 ; http://www.policereform.gov.uk/bureaucracy/Change_Proposal_Reports/Intelligence_Handpage2.html.

⁴⁶⁰ CALLON, LASCOUMES, BARTHE, 2001.

CINQUIÈME PARTIE

L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES

L'enregistrement audio ou vidéo des interrogatoires de police peut être vu comme un moyen technique employé afin de consolider la fiabilité des interrogatoires policiers et de garantir au juge l'accès à la substance inaltérée de l'échange tenu entre la personne interrogée et les enquêteurs.

Instrument de meilleure garantie de la fiabilité des preuves, l'enregistrement des interrogatoires peut être également vu par les policiers, ou le législateur, comme un instrument plaçant leur travail d'enquête sous surveillance, ce qui n'est pas sans limiter, à ce jour, la généralisation de ce système hors des cas visant l'audition de témoins considérés comme "fragiles" (Allemagne) ou de mineurs (France). Seule la Grande-Bretagne a, à partir de 1984, introduit l'enregistrement des interrogatoires dans la procédure pénale générale. L'essentiel de ce chapitre sera donc consacré aux évaluations de cette technique au regard de la fiabilité ainsi que de la recevabilité de la preuve ainsi versée. En ce qui concerne l'admissibilité des bandes vidéo d'interrogatoires au rang de preuve, il faut souligner la jurisprudence rigoureuse de la Cour européenne des droits de l'homme, qui dans des décisions récentes⁴⁶¹ a rappelé la nécessité de la confrontation de l'accusé et du témoin à charge, afin de permettre l'éventuelle interrogation de celui-ci par celui-là⁴⁶².

D'autres formes d'emploi des instruments audio et surtout vidéo des interrogatoires ou des auditions sont envisageables, notamment celles qui tiennent à la vidéoconférence de témoins protégés à l'étranger, en particulier dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée. Les résolutions du Conseil de l'Europe en date du 23 novembre 1995 (sur la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale) et du 20 décembre 1996 (sur les personnes qui coopèrent avec la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale) encouragent ces nouvelles utilisations. Ces dernières ont été concrétisées par l'accord européen du 29 mai 2000 qui impose l'entraide des États en vue de la participation de ce type de témoins par vidéoconférence. Le présent rapport étant consacré à l'administration de

⁴⁶¹ Kostovski c/ Pays-Bas, 20 novembre 1989 ; Windisch c/ Autriche, 27 septembre 1990 ; Van Mechelen c/ Pays-Bas, 23 avril 1997.

⁴⁶² BANK, KIRSCH, 2001, 70.

la preuve au stade pré-juridictionnel, nous n'évoquerons pas ici ces techniques et leur impact sur la substance des audiences. De même, nous n'évoquerons pas les exonérations de production des témoins à la barre lorsque ceux-ci sont des policiers ayant agi sous couverture, l'essentiel de ces mesures ayant à voir avec la recevabilité des manœuvres et stratagèmes policiers, et non pas avec la technicité des preuves avancées.

I – L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES EN ALLEMAGNE

La place de l'enregistrement vidéo ou audio des interrogatoires policiers dans la procédure pénale allemande est limitée à des considérations visant la protection des personnes fragiles. Cette mesure fut d'ailleurs introduite dans la Loi du 4 mars 1998 sur la protection des témoins lors des interrogatoires en procédure pénale et sur l'amélioration de la protection des victimes – abrégée "Loi de protection des témoins" ("*Zeugenschutzgesetz*", ci-après "ZSchG"). En réalité, c'est le choix d'une procédure exceptionnelle par le tribunal de Mayence dans une affaire d'atteintes sexuelles sur mineurs qui avait ouvert le débat conduisant à l'adoption de cette loi : le tribunal avait exceptionnellement admis, au cours des audiences tenues en 1995, qu'un mineur victime, pour ne pas être confronté à l'auteur des faits qu'il avait eus à subir, soit interrogé en vidéo-conférence par le juge⁴⁶³. À cette occasion, le législateur introduisit une procédure qui, en réalité, n'avait plus grand rapport avec les audiences menées en vidéo-conférence, mais qui relevait bien plus de l'enquête de police, sous l'influence de ce qui se pratiquait alors en Autriche ou en Grande-Bretagne.

1°) Un dispositif de protection des acteurs fragiles

Ainsi, désormais, toute audition d'un témoin mineur de moins de seize ans doit être enregistrée par vidéo, ou bien lorsqu'il est établi que le témoin (ou l'expert, ou le coaccusé) majeur ne pourra assister à l'audience (§ 58 a StPO)⁴⁶⁴. Si la loi ne vise que les auditions menées par un magistrat du siège ou du parquet, des circulaires d'application ont été prises pour permettre l'extension de cette disposition aux auditions policières⁴⁶⁵. La spécificité, toutefois, des auditions

⁴⁶³ LG MAINZ, 1996, 208.

⁴⁶⁴ BEULKE, 2001, Rn. 430 *et suiv.* ; EISENBERG, 1999, Rn. 1328b *et suiv.* ; ROXIN, 1998, § 44 Rn. 13. Les conditions d'exemption d'audience sont fixées par § 251 StPO : décès, maladie grave, impossibilité du tribunal de l'informer de la tenue de l'audience ou, mais seulement pour l'expert et le témoin, séjour ou résidence à l'étranger, ou tout autre considération liée à la substance du témoignage.

⁴⁶⁵ KLEINKNECHT, MEYER-GÖBNER, § 58a Rn. 2 ; SK-ROGALL, § 58a Rn. 3 ; RIEB, 1998, 3241.

menées par le parquet ou la police judiciaire consiste en ce que le matériel obtenu ne peut être utilisé au cours de l'audience qu'avec l'accord de l'accusé, de son avocat et du procureur, et pour autant que la personne ne puisse effectivement participer aux audiences (§ 251 Abs. 2 S. 1 StPO).

En matière d'atteintes sexuelles, et si le témoin en question est un mineur âgé de moins de seize ans, lorsque ce dernier ne veut pas déposer à l'audience, contre le souhait de l'accusé et de sa défense, alors le juge peut recourir à la production d'interrogatoires enregistrés. Toutefois ces interrogatoires doivent avoir été menés par un juge, et non plus seulement par le procureur ou le policier, et uniquement si l'avocat a pu lui aussi participer à l'interrogatoire (§ 255 al. 2 StPO). La loi ne ménage pas une grande possibilité de participation de la défense à l'audition du témoin. Elle se contente de préciser que la production de l'enregistrement audio n'est recevable que si la victime avait eu la possibilité de participer à l'interrogatoire, sans égard aux informations dont disposait la défense au moment dudit interrogatoire sur l'opportunité pour lui à y participer également⁴⁶⁶. L'usage de cette disposition est cependant rare, le plus souvent parce qu'un aveu de la part de l'accusé, confronté aux dépositions enregistrées du témoin, survient au cours de l'audience, rendant vaines ses résistances contre l'absence de présence physique du témoin.

Comme on le voit, les préoccupations du législateur allemand portent sur la protection des personnes fragiles, notamment des mineurs témoins ou victimes d'agressions sexuelles, face à l'épreuve qu'est la situation d'audience. Le même souci vise bien entendu la cohérence des témoignages des enfants, dont on sait la fragilité : disposer de l'enregistrement de premières déclarations apparaît décisif dès lors que l'enfant comprend mal la logique d'interrogatoires successifs ou lorsque les éventuelles dispositions thérapeutiques dont il est l'objet sont susceptibles d'avoir une forte incidence sur la continuité de ses témoignages⁴⁶⁷.

2°) La vidéo au regard des principes fondamentaux de la procédure pénale allemande

Les discussions autour du respect des principes fondamentaux du droit doivent très nettement distinguer le dispositif visant le face à face du juge et de la personne interrogée par vidéoconférence et le dispositif visant l'admission à l'audience de la bande enregistrée d'un interrogatoire. En effet, le premier principe, directement tiré de l'innovation du tribunal de Mayence, soulève peu d'oppositions, malgré la crainte, exprimée par quelques-uns, de voir les salles d'audience se transformer, à la faveur du progrès technique et des capacités de transport de

⁴⁶⁶ BEULKE, 2001. Contre cette solution, certains auteurs plaident pour la substitution d'une "participation effective" à la simple possibilité de participation de la part de la défense à l'audition (*cf.* SCHLOTHAUER, 1999, 49).

⁴⁶⁷ BEULKE, 2001.

données des lignes téléphoniques, en salles de "chat"⁴⁶⁸. L'audition par le juge, en direct, d'un témoin par vidéoconférence ne s'oppose pas au principe de l'immédiateté des preuves, ce qui n'est pas le cas, bien sûr, du dépôt devant le juge d'interrogatoires enregistrés.

Toutefois, beaucoup notent précisément le progrès que représente, au regard du principe de l'immédiateté des preuves, l'accès par le juge à l'interrogatoire tel qu'il fut mené, au lieu d'une simple prise de connaissance du protocole : c'est bien la réalité de la personne interrogée, constituée de ses silences, de ses hésitations, de ses embarras, et donc la réalité de la situation d'interrogation qui sont ainsi livrées au juge⁴⁶⁹. Il faut rappeler toutefois les exigences formelles posées en termes de respect des droits de la défense et de maintien de l'exigence du contradictoire à tous les stades de la procédure, notamment en cas de nouveaux interrogatoires des témoins "sensibles", qui impliquent la participation de l'accusé. C'est pourquoi de nombreux auteurs prennent position contre la définition du "jeune mineur" (témoin potentiellement "fragile") à seize ans, et plaident pour la limitation de l'exonération de comparaître aux jeunes enfants⁴⁷⁰.

Ce n'est d'ailleurs, soutient la doctrine, qu'à la condition de voir très strictement limitées les conditions ouvrant droit à ce type de procédures, que l'exigence du contradictoire exprimée par la CEDH, et impliquant la nécessaire confrontation entre l'accusé et le témoin à charge, sera maintenue dans le respect des principes fondamentaux de la procédure.

Certains auteurs ont plaidé pour l'importation des techniques anglo-saxonnes (en réalité, britanniques et canadiennes) d'enregistrement vidéo des interrogatoires policiers pratiqués sur l'accusé, et non plus seulement sur le témoin fragile. Ainsi, Werner Beulke souligne que l'enregistrement vidéo des interrogatoires permettrait de contrôler le respect de la phase policière de la procédure, notamment visée par le § 136 StPO. Ce dernier impose, depuis la loi de 1964, l'information immédiate du mis en cause sur les faits qui lui sont reprochés et les peines qu'il encourt, sur son droit au silence ou à déposer par écrit, son droit à se pourvoir immédiatement d'un avocat, son droit à produire des preuves. Beulke vise également le § 136a StPO sur la protection des droits individuels au cours de l'interrogatoire, et notamment la garantie dont doit jouir le mis en cause de disposer librement de sa volonté, et ce contre tous mauvais traitements, épuisement, atteinte corporelle, hypnose, menace, tromperie, etc.⁴⁷¹. D'autres soulignent également la plus grande fiabilité d'enregistrements vidéo par rapport aux retranscriptions écrites⁴⁷².

⁴⁶⁸ EISENBERG, 1999, Rn. 1328 e.

⁴⁶⁹ L'écart entre le texte produit et les conditions de production des confessions est constamment noté dans l'analyse des situations d'entretien : LÉVY, 1985, 410-423 ; KOMTER, 2001, 367-395 ; MOUHANNA, 2001, 120-125.

⁴⁷⁰ BEULKE, 2001, 709 *et suiv.*

⁴⁷¹ *Ibid.* Cf. dans le même sens, le rapport produit par le professeur Gössel à la 60^{ème} conférence des juristes allemands (GÖSSEL, 1994, 58 *et suiv.*).

⁴⁷² HINTERHOFEN, 2000, 235 et 238 *et suiv.* Cf. de manière générale, en français, BRUCK, 1998.

La plupart des auteurs sont cependant défavorables à l'extension de l'enregistrement vidéo à l'interrogatoire de l'accusé. Pourtant, le gouvernement fédéral prit position dans un texte d'intentions ("*Eckpunktepapier*") présenté le 6 avril 2001 en faveur d'enregistrements d'interrogatoires comme aides durant la phase de l'enquête⁴⁷³. Le gouvernement envisage toutefois un usage restreint de cette mesure. Envisagé seulement dans le cadre de procédures particulièrement compliquées ou de délits particulièrement graves, l'enregistrement ne serait pas produit en audience, pour une meilleure connaissance des faits, lorsque l'accusé refuse de répondre au juge ou produit des réponses contradictoires. Ainsi, dans le cadre du § 254 StPO, le juge peut lire en audience, lorsque les circonstances l'imposent, des extraits des interrogatoires produits lors de l'enquête.

Ainsi, le recours à l'enregistrement vidéo des interrogatoires policiers menés auprès des mis en cause ou mis en examen est envisagé de manière très prudente tant par la doctrine, dont une partie y verrait certes un encouragement du respect des droits du gardé à vue, que par le gouvernement actuel, qui tendent à un usage accessoire de cet instrument, et à le voir le moins possible évincer les mécanismes propres au contradictoire.

II – L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES EN GRANDE-BRETAGNE

On se souvient des deux motivations principales qui avaient pesé sur l'adoption du PACE en 1984 : une meilleure régulation des pouvoirs de contrôle d'identité et de palpation, afin notamment de minimiser les accusations de discrimination dans la conduite de ces pratiques, et une meilleure fiabilité des enquêtes de police, dont quelques ratés spectaculaires avaient défrayé la chronique. L'un des points essentiels du PACE fut, en conséquence de ce second point, l'affirmation des "droits du suspect" et, parmi d'autres mesures, l'introduction de l'enregistrement audio, et parfois vidéo, des interrogatoires de suspects par la police⁴⁷⁴. Tous les interrogatoires, sauf ceux visant la recherche d'infractions terroristes, doivent être enregistrés, à moins que le policier en charge de la garde à vue (le "*custody officer*") estime, de manière écrite et motivée, que les circonstances ne le permettent pas (Code E para. 3). L'enregistrement doit être estimé conforme par écrit par la personne interrogée (Code C para. 11).

Cependant, la Commission préparatoire aux travaux du PACE avait d'emblée fixé des limites à la nature des garanties entourant les interrogatoires. Elle avait en effet estimé qu'il n'était

⁴⁷³ *Der Strafverteidiger*, 2001, 316.

⁴⁷⁴ La littérature est abondante sur l'histoire du PACE et ses effets : cf. notamment, sur le volet de la procédure pénale, MC CONVILLE, SANDERS, LENG, 1991 ; SANDERS, YOUNG, 1994, ou SANDERS, YOUNG, 2003, 228-258, pour une mise au point sur l'état des recherches les plus actuelles.

ni "praticable ni souhaitable" de réguler la nature des interrogatoires policiers, et réservé l'irrecevabilité systématique ("*automatic exclusion*") aux seuls cas d'usages absolument inacceptables, comme la violence ou la menace de recours à la violence, la torture, et tout traitement inhumain ou dégradant⁴⁷⁵. Le gouvernement avait toutefois entendu pourvoir les interrogatoires de garanties plus larges, et avait ainsi fait adopter s.76(2) PACE, où la notion "d'oppression" qualifie les méthodes appelant l'exclusion des preuves obtenues.

Mais la "*Court of Appeal*" a redéfini "oppression" de sorte que seuls les traitements retenus par la RCCP sont effectivement disqualifiés par le juge. Ainsi, dans Fulling⁴⁷⁶, la Cour avait estimé "que le terme 'oppression' est le plus approprié, en anglais, pour désigner la forme la plus détestable de la vilenie". Ainsi le choix de ce terme encourage à ne disqualifier que les actes les plus volontairement attentatoires à la dignité individuelle. Ce que la jurisprudence donne le plus souvent à voir, ce sont des refus d'admettre des preuves tirées d'interrogatoires pratiqués en infraction sinon volontaire, du moins caractérisée de prescriptions formelles : refus d'avoir accordé au gardé à vue son temps de repos réglementaire⁴⁷⁷, refus d'avoir fait assister un débile léger par un adulte spécifiquement requis⁴⁷⁸, menace et chantage exercé sur un débile léger⁴⁷⁹ et, bien entendu, absence de l'enregistrement réglementaire de l'interrogatoire⁴⁸⁰. Le critère de refus des preuves tirées d'interrogatoires sous l'empire du PACE est ainsi celui d'infraction manifeste ("*serious breach*") au respect de ses dispositions. L'affaire des "Trois de Cardiff" est restée célèbre, dans laquelle la police avait interrogé un certain Miller à pas moins de trois cents reprises sur un meurtre qu'il niait chaque fois. Si la "*Court of Appeal*" avait refusé d'admettre l'interrogatoire pour "oppression", il faut souligner qu'il fut auparavant admis par les juges de la première juridiction et deux juges de la "*High Court*".

Ainsi, des interrogatoires qui n'auraient pas été enregistrés, ou bien des confessions que la police dit avoir entendues de la part du suspect hors du cadre formel de l'interrogatoire restent admissibles devant le juge, qui en estime la portée. C'est pourquoi, dès les premières recherches menées en Écosse, qui portaient avant l'adoption du PACE sur des dispositifs semblables déjà mis en œuvre en Écosse, soulignaient le risque de voir les policiers multiplier les "entretiens informels" avec les suspects et les transmettre en qualité d'aveu reçu. En effet, les premières observations conduites de manière systématique auprès d'équipes de police judiciaire n'ont pas tardé à mettre en avant d'une part la réduction du nombre d'interrogatoires formels, et la

⁴⁷⁵ RCCP, 1981, Cmmd. 8091, para. 4.132, cité in CHOONGH, 1997, 125.

⁴⁷⁶ FULLING, [1987], 2 All ER, 65.

⁴⁷⁷ TRUSSLER, [1988], Crim., LR, 446.

⁴⁷⁸ EVERETT, [1988], Crim., LR, 826.

⁴⁷⁹ DELANEY, [1989], 88, Cr App R, 338.

⁴⁸⁰ DOOLAN, [1988], Crim., LR, 747.

réduction de leur durée, sans toutefois que la durée des gardes à vue soit elle-même réduite. Mc Conville ne tardait pas à constater, dès avant la généralisation des dispositifs par le PACE, l'augmentation par trois de la proportion des aveux faits avant l'arrivée au poste de police (de 14 à 44 %), constat corroboré par l'augmentation du temps séparant l'interpellation et l'arrivée du suspect au poste.

Une fois les enregistrements engagés, en revanche, il était noté que les policiers se livraient généralement à un interrogatoire extrêmement formel, courtois, et bref. L'essentiel s'était de toutes les manières déjà produit, puisque bien souvent l'interrogatoire formel ne servait qu'à consigner sur bande audio les aveux recueillis auparavant : "ce qui se passait était que la police était parvenue à donner le change, acceptant la procédure de l'enregistrement des interrogatoires dans un nombre acceptable de cas. 'Mc Fadden' avait laissé entendre la leçon, selon laquelle il y a de réels risques à enregistrer ce qui se déroule durant un interrogatoire véritable. Ce qui est enregistré, en ce sens, est ce qui est acceptable aux yeux des juges et qui satisferait les exigences du public"⁴⁸¹. Dans l'affaire "H.M. Advocate c/ Mc Fadden", en effet, la *Scottish High Court* avait en 1980 refusé d'admettre des aveux obtenus selon les juges d'une manière impropre, attestée par l'enregistrement vidéo de l'interrogatoire.

Les recherches menées après l'adoption du PACE ont amené des résultats partagés, les unes mettant en avant les tactiques d'évitement de la part des policiers, les autres, notamment les observations dans un poste de police de Brighton entre 1986 et 1987 par Irving et McKenzie, soulignant le déroulement conforme des procédures⁴⁸². Cette dernière recherche, cependant, fut mise en cause au motif qu'elle s'attachait principalement aux interactions observées en poste de police ; l'essentiel se trouvant, précisément, ailleurs... Ainsi, A. Sanders relevait de nombreux témoignages, recueillis auprès de suspects gardés à vue, relatifs à des interrogatoires antérieurs aux interrogatoires officiels, lesquels témoignages étaient d'ailleurs confirmés par les observations menées par les chercheurs⁴⁸³. La recherche de Mc Conville entreprise après l'adoption du PACE tendait aux mêmes conclusions⁴⁸⁴, tandis que Maguire et Norris relevaient la fréquence des conversations et transactions menées durant le trajet du lieu d'interpellation au poste de police, ou bien dans les cellules de garde à vue⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ MC CONVILLE, MORRELL, 1983, 162.

⁴⁸² IRVING, MCKENZIE, 1989, 157 *et suiv.*

⁴⁸³ SANDERS, *et al.*, 1989.

⁴⁸⁴ "Il est à peu près établi que les enregistrements officiels des interrogatoires, même s'ils sont 'consolidés' par des notes manuscrites et attestées par des tiers comme les procureurs, ne constituent qu'une représentation partielle de ce qui a transpiré [de l'interaction]", *in* MC CONVILLE, *et al.*, 1991, 140.

⁴⁸⁵ La faculté de contourner ainsi la loi est reconnue par beaucoup de policiers interrogés comme la démonstration de la maîtrise du métier : MAGUIRE, NORRIS, 1992, 42-46.

Dans son étude, plus récente, Satnam Choongh relève que seulement un cinquième des 79 suspects avec lesquels il a pu converser au cours de ses enquêtes lui ont révélé des interrogatoires inofficiels, mentionnant pour lieux de tenue de ces interrogatoires soit le véhicule de police, la salle de fouille, la salle d'enregistrement des empreintes digitales, ou bien même la salle d'interrogatoire avant l'enclenchement de l'appareil d'enregistrement⁴⁸⁶. Généralement, la police promettait une sorte de traitement favorable en cas d'aveu⁴⁸⁷. Par ailleurs, il put assister *de visu* à un interrogatoire informel avec pressions physiques sur le suspect⁴⁸⁸. Tous ces résultats amènent certains auteurs à proposer aujourd'hui la réduction substantielle de la "surface policière invisible", autrement dit de soumettre non seulement l'interrogatoire, mais aussi l'ensemble du poste de police, à la vidéosurveillance⁴⁸⁹... La mesure est en effet aujourd'hui appliquée, dans un nombre toutefois marginal de postes de police.

Bien entendu, et depuis même les discussions autour des résolutions de la Royal Commission qui avaient précédé l'adoption du PACE⁴⁹⁰, de nombreux auteurs ont plaidé en faveur de l'inadmissibilité pure et simple des aveux passés hors cadre légal ; ce qui ne retirerait pas la possibilité de mener des pressions sur le suspect et de consigner leur effet, sous forme d'aveux "officiels", dans des enregistrements audio. Ce risque est bien mis en valeur par l'étude de Evans, qui a révélé que 76 % des aveux étaient passés quasiment instantanément après le début de l'enregistrement, avant même qu'il fût dit au suspect les faits qui motivaient son interpellation et les charges encourues !⁴⁹¹

Autrement dit, l'enregistrement vidéo devient l'habillage moderne de pratiques traditionnelles. D'autant plus qu'en réalité, afin de réduire le temps passé en audience à écouter les cassettes audio produites par ces enregistrements, le Home Office a diffusé quelques années après l'adoption du PACE des recommandations ("*guidelines*") visant à ce que les policiers produisent une transcription des enregistrements, plus précisément un "compte rendu approprié et fidèle des passages pertinents de l'interrogatoire"⁴⁹². Et Baldwin et Bedward ont ainsi mis en évidence que, bien qu'ils soient placés à la disposition de tous, les enregistrements ne sont pas écoutés, procureurs et avocats préférant se référer exclusivement aux comptes rendus écrits⁴⁹³.

⁴⁸⁶ CHOONGH, 1997, 169-170.

⁴⁸⁷ Sur l'usage le recours à la menace (positive ou négative) au cours de ces interrogatoires, cf. JOBARD, 1999, 221-251.

⁴⁸⁸ CHOONGH, 1997, 170.

⁴⁸⁹ Cf. en particulier NEWBURN, HAYMAN, 2002.

⁴⁹⁰ CHRISTIAN, 1983.

⁴⁹¹ EVANS, 1993, 674. Le cas le plus spectaculaire était celui où la première question posée était : "alors, qu'avez-vous fait ?". "Nous sommes rentrés dans la boutique et avons fait en sorte de subtiliser des produits sans les payer". De manière générale, toutefois, il semble que les proportions d'aveux immédiats soient plus faibles (légèrement supérieures à la moitié des aveux passés). La proportion des gardés à vue gardant le silence d'un bout à l'autre de l'interrogatoire est de 3 à 4% (cf. BUCKE, STREET, BROWN, 2000).

⁴⁹² HO Circular 76/1988, cité in CHOONGH, 1997, 171.

⁴⁹³ BALDWIN, BEDWARD, 1991, 671-679.

Or, ces comptes-rendus sont effectués par le policier qui a procédé à l'interrogatoire et, en l'état actuel des pratiques, rien ne peut permettre la vérification de la conformité à l'entretien enregistré⁴⁹⁴. Ainsi, la recherche de Baldwin et Bedward menée dans les West Midlands met en avant 16,5 % de comptes rendus omettant des détails essentiels, et 33 % considérés comme "induisant en erreur, distordus ou de mauvaise qualité"⁴⁹⁵. Et la recherche menée par Evans sur 164 comptes rendus d'interrogatoires de mineurs montrait que dans treize cas, la police indiquait un aveu franc et net de la part de la personne interrogée, alors que la cassette rendait compte d'un rejet par le suspect d'une quelconque participation à l'infraction !⁴⁹⁶

Si la recherche sociologique sur la police aux États-Unis s'est tournée principalement, jusqu'au début des années quatre-vingt dix, vers la question de l'usage de la force, la recherche menée en Grande-Bretagne s'est principalement centrée sur la question du pouvoir discrétionnaire des policiers dans leur décision de contrôler les personnes sur la voie publique ("*stop and search*"), et sur la question de la qualité des interrogatoires⁴⁹⁷. Après l'adoption du PACE, l'investigation des effets propres de l'enregistrement des interrogatoires offrit l'une des plus abondantes matières de recherche empirique. Les résultats de ces recherches ont amené un certain désenchantement par rapport aux bénéfices escomptés quant à l'introduction de ces nouvelles technologies. Les études de J. Baldwin pour la RCCJ, notamment, avaient mis en évidence le sous-professionnalisme caractérisé des policiers, notamment leur manque de confiance et de préparation en vue des interrogatoires véritablement disputés, ainsi que leur manque de connaissance des règles fondamentales de l'interrogatoire couchées dans le PACE⁴⁹⁸.

Le constat semblait être partagé par la plupart des chercheurs, même si les causes les séparaient. Pour les uns, l'ascendant, dans la culture policière, de la répression du crime sur le droit ou, pour le dire dans les termes partagés, du "*crime control*" sur le "*due process*", est ce qui obère la fiabilité des entretiens ; pour d'autres, en revanche, ce seraient tout simplement les insuffisantes formations initiale et continue qui pèsent sur la faible qualité constatée des interrogatoires⁴⁹⁹. Les recherches ont toutefois influencé la décision publique et amené en particulier le gouvernement à adopter un partenariat entre la police et des sociologues afin de mettre sur pied une nouvelle méthodologie de l'interrogatoire, appelée "*investigative interviewing*"⁵⁰⁰. Cette méthode est à la fois destinée à assurer une meilleure assise "éthique" aux interrogatoires, ainsi qu'une meilleure

⁴⁹⁴ Rappelons également l'écart entre la vidéo et l'écrit (LÉVY, 1985 ; KOMTER, 2001 ; MOUHANNA, 2001).

⁴⁹⁵ BALDWIN, BEDWARD, 1991, 674.

⁴⁹⁶ EVANS, 1993, 40.

⁴⁹⁷ JOBARD, 1999, 31-45.

⁴⁹⁸ BALDWIN, 1992a et b. Cf. aussi le bilan des critiques adressées aux biais traditionnels des méthodes d'interrogatoire chez MAGUIRE, 2003, 379-380.

⁴⁹⁹ SANDERS, YOUNG, 1994, 241.

⁵⁰⁰ Cf. les circulaires du Home Office, 22/1992 et 7/1993.

protection contre les risques d'erreurs judiciaires. Une enquête considérable fut menée dans laquelle les chercheurs ont enregistré eux-mêmes les interrogatoires, en ignorant si les policiers enregistrés avaient suivi les formations recommandées par les circulaires⁵⁰¹. Il en ressortait, au regard des études menées une dizaine d'années auparavant, une meilleure maîtrise générale de l'interrogatoire, ainsi qu'un recours moins fréquent aux menaces, intimidations, offres de chantage. Toutefois, 10 % des interrogatoires examinés offraient matière, selon les chercheurs, à des infractions au Code C PACE. La question de l'impact des circulaires est rendue compliquée par le fait qu'aucune différence significative ne ressort entre les policiers formés aux nouvelles méthodes, et les autres.

III – L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES EN FRANCE

C'est également en 1998 que fut adoptée en France une loi consacrant "l'arrivée d'un texte qui, pour la première fois, dans un pays où la procédure écrite est la règle, propose de consacrer l'importance de la vidéo"⁵⁰² ; en l'occurrence, la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, créa l'art. 706-52 CPP sur l'obligation de procéder à l'enregistrement vidéo ou audio de l'audition du mineur victime d'infractions sexuelles (définies à art. 706-47 CPP) et sur l'utilisation de ces enregistrements au cours de la procédure⁵⁰³.

En réalité, il ne s'agissait au départ que de consacrer des pratiques déjà existantes dans une quinzaine de juridictions, et qui tendaient à amoindrir les effets de "deuxième victimation" que produit le récit des faits. De manière inattendue, les parlementaires tinrent à rendre obligatoire cet enregistrement vidéo (ou, à défaut, audio) des mineurs victimes, ce qui compliqua le déploiement du dispositif et entraîna une mise en vigueur reportée au 1^{er} juin 1999⁵⁰⁴.

L'enregistrement ne peut être engagé qu'avec le consentement de la personne interrogée ou, si son état de santé ou son trop jeune âge ne permet pas l'expression de son accord, avec l'autorisation des tuteurs. En pratique, le consentement semble être rarement refusé⁵⁰⁵. La loi, curieusement, ne précise pas à quel moment de la procédure l'enregistrement doit se dérouler, mais l'on suppose, compte tenu de ces motifs, qu'il s'agit du moment de l'audition d'enquête. Il appartient bien sûr au juge de demander une nouvelle audition, mais il considérera alors sa

⁵⁰¹ CLARKE, MILNE, 2001.

⁵⁰² "De la difficile conjugaison entre la vidéo et l'écrit judiciaire. À propos de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998", *Gaz. Pal.*, 20-22.06.1999, doct., 926.

⁵⁰³ Sur la procédure exacte, cf. HULIN, 1999, 28-32.

⁵⁰⁴ Cf. circ. du 20 avril 1999.

⁵⁰⁵ HULIN, 1999.

décision avec une prudence d'autant plus grande qu'il connaît le poids de la première audition et les garanties de fiabilité que, du fait de l'enregistrement vidéo, elle est susceptible d'offrir.

Plus problématique pourrait être la question de la confrontation avec l'auteur supposé. La doctrine considère toutefois que le contradictoire est garanti dès lors que l'auteur peut visionner la cassette et réagir aux propos filmés. Par ailleurs, la loi n'interdit pas le recours au procédé de vidéo-conférence où, d'une pièce à l'autre, victime et auteur se répondent simultanément.

Le seul élément de controverse concerne en réalité la retranscription éventuelle de l'audition filmée ou enregistrée. Compte tenu des conditions actuelles d'exercice de la justice pénale, il n'est pas indifférent de souligner l'allongement substantiel de la procédure du fait du travail sur pièces audio ou vidéo plutôt que sur des procès-verbaux de retranscription, voire de synthèse, des auditions. On a constaté en Grande-Bretagne que les textes sur l'obligation d'enregistrement vidéo des auditions ont vu leurs effets en grande partie annulés par le recours de la part des juges non pas au témoignage filmé, mais au compte rendu synthétique d'enquête établi par les services de police.

À cet égard, les parlementaires ont écarté la solution qui consistait dans la retranscription intégrale de l'audition enregistrée. La loi ne déroge pas sur ce point aux règles de procédure pénale, et se contente d'une synthèse par les agents enquêteurs. Dans celle-ci peuvent, et même doivent, figurer les observations essentielles sur les attitudes, les gestes, les silences du mineur interrogé. On peut alors se demander dans quelle mesure l'art. 706-52 CPP n'est pas ainsi privé de sa portée : "On pourra rétorquer que si les intervenants judiciaires désirent connaître les propos de l'enfant, ils n'auront qu'à regarder la cassette. Certes, cela est possible. Mais la réalité judiciaire nous induit à penser que, ni les magistrats, ni les avocats ne peuvent consacrer un long temps à visionner ce genre de documents"⁵⁰⁶.

Une affirmation plus franche de la loi aurait consisté à retrancher l'obligation de retranscription, et à consacrer ainsi pleinement l'enregistrement vidéo ou audio non pas comme matière préparatoire à la pièce de procédure, mais comme matière unique et première. L'exemple britannique aurait pu initier une loi certes plus audacieuse, mais surtout maîtresse de ses ambitions.

Lors de la discussion de la loi sur la présomption d'innocence, la loi du 15 juin 2000, l'Assemblée nationale proposa un amendement tendant à l'enregistrement audio des interrogatoires de mineurs gardés à vue. Elle n'avait retenu que l'enregistrement audio des mineurs, "comptant sur le rôle majeur du droit des mineurs pour faire évoluer le droit commun,

⁵⁰⁶ *Gaz. Pal.*, 20-22.06.1999, doctr., 926.

celui des majeurs"⁵⁰⁷. Au Sénat, une proposition de loi (n° 264⁵⁰⁸) tenta de généraliser l'enregistrement obligatoire de l'ensemble des interrogatoires. Les auteurs de la proposition de loi n° 264 aspiraient à mieux discipliner les comportements policiers, faisant valoir que "nombre d'avocats ou de personnes ayant connu la garde à vue font état de méthodes employées par les enquêteurs qui contreviendraient au respect des droits de l'individu (propos injurieux, menaces, fouilles au corps...)".

Il faut rappeler que la même loi, l'une des plus entreprenantes en matière de réglementation de la garde à vue, introduisit la possibilité de consulter un médecin, ainsi que de faire appel à l'avocat dès la première heure, jusqu' à trois fois au cours de la mesure. De manière tout à fait intéressante, le rapporteur de la commission des lois au Sénat notait une telle "séduction" de l'enregistrement sonore que, puisqu'il était introduit pour les mineurs, il n'y avait nulle raison, notamment de coût, à ne pas l'étendre aux majeurs. Il retirait pourtant l'amendement, estimant la très grande difficulté pour un auteur d'aveux de se rétracter par la suite.

L'amendement visant à la généralisation aux majeurs fut à nouveau présenté à l'Assemblée nationale et défendu par la Commission des lois⁵⁰⁹. La ministre de la Justice ne soutenait pas, pour sa part, l'amendement, l'estimant contraire "au caractère écrit de notre procédure pénale". Le ministre de l'Intérieur, de son côté, estimait le coût prohibitif de la mesure consistant à retranscrire intégralement le contenu des enregistrements, activité qui aurait absorbé "2 500 policiers à temps plein" (même rapport). La Commission proposa donc seulement un enregistrement possible de l'interrogatoire, sur demande du mis en examen, après son entretien avec l'avocat.

Le Sénat s'étant par deux fois opposé à l'adoption de l'amendement, refusant d'admettre une disposition selon lui attentatoire à la présomption de probité de la police, la Commission mixte paritaire accepta finalement le principe de l'enregistrement vidéo des mineurs. L'amendement fut adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale en deuxième lecture⁵¹⁰. La discussion se prolongea longtemps en CMP, où les parlementaires se trouvaient partagés entre le faible coût de la mesure (notamment après en avoir pris connaissance en Grande-Bretagne), et la nécessité de ne pas sur-juridiciser la garde à vue et la transformer en mesure de "pré-instruction" (M. Badinter, sénateur). Finalement, la CMP adopta le principe de l'enregistrement des gardes à vue des mineurs, et le souhait de généraliser en juin 2002, après avoir éprouvé les éventuelles difficultés en droit des mineurs, à l'ensemble des personnes gardées à vue.

⁵⁰⁷ Rapporteur A.N. du projet : LAZERGES, 2001, 14. Cf. aussi PRADEL, 2001, 1040.

⁵⁰⁸ Cf. rapport sénat : Ch. Jolibois, A.N., Sénat, 10 juin 1999.

⁵⁰⁹ Rapport n° 2136, A.N., 2 février 2000.

⁵¹⁰ Entre temps, une délégation parlementaire s'était rendue en Grande-Bretagne pour constater "l'attachement des forces de police à la pratique de l'enregistrement des gardes à vue" (Rapport de la CMP, A.N., 2049, 18 mai 2000).

Un rapport d'évaluation de l'ensemble de la loi devait être confié aux parlementaires. Mais, face à la mobilisation sans précédent des forces de police et de gendarmerie à l'automne 2001⁵¹¹, le Premier ministre préféra faire adopter un rapport parlementaire séparé sur la garde à vue par le seul député J. Dray (rapport du 19 décembre 2001). Son rapport, qui consistait essentiellement en une reprise commentée des meilleures protestations policières⁵¹², proposa ainsi de limiter l'enregistrement des mineurs seulement dans le cas de crimes, et enterra la proposition de généralisation aux majeurs. La loi de mars 2002 visant l'amélioration de la loi du 15 juin 2000 laissa cependant le dispositif intact.

Pendant ces débats sur l'introduction d'un degré de technicisation des preuves tirées des interrogatoires, la Chambre criminelle favorisait au contraire le face à face très humain du mis en cause (il faudrait dire ici : "mis à disposition") avec le policier, hors tout cadre défini par la procédure. En effet, la Chambre est venue plusieurs fois approuver la pratique selon laquelle des policiers, interpellant un individu, retardent son placement en garde à vue et avec lui l'exercice de ses droits à la défense ouverts par la loi du 15 juin 2000, permettant ainsi le recueil de renseignements, aveux, ou déclarations de tous ordres⁵¹³. Ce blanc-seing, qui rappelle fortement les inquiétudes allemandes sur l'éventuelle déchéance de l'interrogatoire formel au profit de toutes sortes d'entretiens informels, brouille pour le moins les droits du suspect tels que la loi du 15 juin 2000 entendait les consacrer, et avec eux la réalité légale de ce volet de l'enquête de police. On retrouve d'ailleurs la notion de consentement, qui permet de contrecarrer les entreprises législatives de garantie des preuves. En effet, la Chambre criminelle tend en réalité à admettre le consentement prétendu de l'intéressé à suivre le policier au poste de police pour ne pas faire droit à son éventuelle mesure d'annulation des mesures informelles de garde à vue : il doit faire la preuve (!) de l'existence d'une contrainte⁵¹⁴.

⁵¹¹ Sur cette mobilisation et les réactions gouvernementales, cf. MONJARDET, 2002, 543-555.

⁵¹² Ainsi du paragraphe 9 "L'enregistrement audiovisuel des auditions", où comme dans les autres paragraphes les déclarations choc de policiers constituent les titres de partie : "Avec la vidéo, c'est nous qui nous sentons en cause" ; "Maintenant, il faut un enquêteur qui pose les questions, un deuxième qui rédige le PV et un troisième qui contrôle l'enregistrement. Ça fait beaucoup pour un vol à l'étalage" ; "J'ai dû parlementer vingt minutes avec un môme qui voulait remettre sa casquette devant la caméra. J'ai pas réussi à le convaincre. Tout juste s'il ne m'a pas demandé une maquilleuse" ; "De toute façon, personne n'a jamais visionné les CD-ROM" ; "La généralisation en juin 2002 ? Vous pouvez essayer, c'est tout simplement impossible". Ce très bref rapport était parfois illustré de considérations aériennes sur la Grande-Bretagne, notant par exemple que l'enregistrement vidéo des interrogatoires, marque d'un grand doute des parlementaires à l'égard des policiers, ne pouvait empêcher les éventuels abus policiers, qui seraient en effet commis à d'autres moments que l'interrogatoire ; façon grossière, en somme, de rejeter un moyen perfectible au prétexte même de sa perfectibilité.

⁵¹³ Crim., 27 novembre 2001, D, 2002.257 ; Crim., 28 novembre 2000 ; Proc., 1999, comm. n° 138. Cités *in* HENNION-JACQUET, 2003, n. 121.

⁵¹⁴ Crim., 6 décembre 2000, *in* HENNION-JACQUET, 2003. Cf. aussi BUISSON, 2001, 671 *et suiv.*

IV – CONCLUSION SUR L'ENREGISTREMENT DES INTERROGATOIRES

L'enregistrement des interrogatoires fut introduit en France et surtout en Grande-Bretagne d'abord comme une mesure de protection contre l'éventuel arbitraire policier. On peut même dire que de toutes nos techniques, l'enregistrement des interrogatoires est la seule mesure visant l'enquête de police en Grande-Bretagne qui fut pleinement adoptée par la loi et défendue par les juridictions, ailleurs dressées contre la loi en gardiennes du temple des traditions judiciaires. De cette mesure protectrice des libertés individuelles, il faut garder à l'esprit qu'elle est surtout terriblement dépendante de ses conditions de mise en œuvre ; que l'on pourrait synthétiser sous forme d'un constat à valeur plus générale. Lorsque la garantie d'un droit exige le déploiement d'une technique coûteuse (en procédure, en temps, en moyens humains ou matériels), les acteurs adoptent un ersatz dérivé de cette technique, dont la propriété est d'être à la fois compatible avec les exigences formelles de la technique initialement prévue, et de la détourner, en réalité, de sa finalité essentielle. La synthèse finale d'interrogatoire proposée au juge incarne ici parfaitement l'ersatz de la technique souhaitée par le législateur. De manière plus générale, il faut considérer avec la plus grande prudence le surcroît de contrôle exigé lors de la mise en œuvre d'une technique particulière, et l'autorisation pour les policiers de réduire la technique à un simple rapport de synthèse dont ils sont les seuls auteurs et que ne vient pas contrebalancer le résultat brut de la technique employée : on pense ici, à l'aune de ce que nous apprennent les enquêtes sociologiques sur les interrogatoires britanniques, à l'art. 706-101 CPP français adopté suite à la loi Perben II, qui précise que l'officier de police judiciaire désigné par le juge d'instruction dans le cadre de la mise en place d'une sonorisation "transcrit (...) les images ou les conversations enregistrées qui sont utiles à la manifestation de la vérité"⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Le Conseil constitutionnel s'est contenté ici de préciser que tous les éléments étrangers à la manifestation de la vérité et captés par les enregistrements devaient être détruits (décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, § 26).

CONCLUSION

Lorsqu'elle pénètre la preuve pénale, la technique lui offre un supplément de force probante : elle réduit le risque d'erreur. Dans le même mouvement, elle prolonge le processus de civilisation de l'administration de la preuve pénale, en réduisant les interventions sur l'individu, son corps ou sa conscience. Une humanisation, en quelque sorte, par la mise à distance de l'humain. La "preuve pénale technique", ne portant que sur des traces laissées par la personne (un cheveu, une voix, une image...), laisse au suspect la pleine jouissance de son intégrité et lui assure la plénitude de ses droits à l'équité des mesures d'enquête et de la décision finale prise par le juge.

Voici comment l'on pourrait résumer l'engouement pour la technicisation de l'administration de la preuve pénale ; engouement qui est l'objet même de cette étude. Rappelons en effet les termes de l'enquête. Une seule et même technique, au service de deux garanties : celle de la validité de la preuve recueillie et celle de la liberté et l'intégrité de la personne entendue. L'importance prise par la technique dans l'administration de la preuve pénale amène donc la réflexion sur deux terrains :

- est-il juste de penser que la technologisation de l'administration de la preuve pénale contribue à cette double garantie ;

- y a-t-il un nouveau régime de la preuve pénale, et lequel, lorsque celle-ci se voit ainsi soumise à une exigence croissante de perfection ?

I – LA PREUVE TECHNIQUE, PREUVE PLUS FIABLE ?

OU : DES RAPPORTS DU HARPON ET DU FILET

En termes de définition de ce qu'est une "technique probante", il faut impérativement distinguer le dispositif génétique de l'ensemble des autres. Cela ne tient pas d'abord à la fiabilité de l'outil, mais à la distinction qu'il faut introduire entre deux types de moyens probants : les moyens type "harpon" et les moyens type "filet". La pêche au harpon permet le ciblage d'un poisson identifié et de lui seul. La pêche au filet consiste à ramasser l'ensemble des poissons infortunés, et en faire ensuite le tri. La recherche du crime par ADN est la pêche au harpon : une trace ou une empreinte est recueillie, elle est comparée avec une trace conservée (et l'on élucide une affaire) ou avec une empreinte conservée (et l'on identifie un auteur). La pêche au filet (voire

au filet flottant lorsque les découvertes incidentes sont, par la loi, admises – comme c'est le cas, bien souvent, en France) consiste à disposer les moyens techniques et à recueillir les preuves : le filet ramène alors, on l'a vu, rarement le poisson convoité, et très souvent toutes sortes d'indices sur de nouvelles affaires, ou des affaires incidentes. Le filet permet alors l'enquête sur des affaires qui sont souvent d'une importance bien moindre que celle qui était convoitée.

Ce constat entraîne plusieurs brèves remarques :

1°) La capacité probante de l'ADN tient certes à l'infime marge d'erreur des recoupements, mais aussi à la nature répressive de son emploi : un fait est constaté, des recoupements sont effectués. Cette considération de bon sens permettra, à l'avenir, d'évaluer la force probante d'un outil technique à son contexte d'emploi. Lorsque l'ADN est convoqué, soit l'auteur du fait est déjà interpellé et l'on recueille des empreintes, soit le fait est déjà connu et l'on recueille des traces. Ce n'est le cas d'aucune autre technique. La force probante de la technique est conditionnée par le contexte de son emploi.

A) Cette propriété singulière de la preuve génétique entre en contradiction avec l'enthousiasme qu'elle entraîne. On peut partir des expériences peu concluantes (Pleine-Fougères en France, Munich en Allemagne) qui ont été menées en matière "d'enquêtes de population". Lorsque l'on force le harpon à se faire filet, il échoue à saisir la proie. La force de l'ADN ne tient pas à l'étendue de son rayon d'action, mais aux errements de l'auteur recherché : ce n'est que lorsque le poisson se hasarde aux abords de la surface pour y chercher de l'air que le harpon redevient efficace. Ce n'est que lorsque l'auteur d'un crime non élucidé commet un nouveau délit qu'il est susceptible de se laisser prendre et de livrer une empreinte.

B) Par ailleurs, pour reprendre les critiques récemment formulées par l'"*Inspectorate Constabulary*" à l'encontre de l'usage de l'ADN en Grande-Bretagne, il faut noter une autre tension visant à faire du harpon un filet. Imaginons ainsi que, à des fins d'élucidation d'affaires à venir, la population entière soit fichée dès la naissance. Pendant le même temps, les capacités de recueil des traces sont multipliées et leur coût abaissé, de telle manière qu'il soit possible pour un enquêteur de ramasser l'ensemble des traces possibles sur une scène de crime, voire sur une scène de simple délit (comme un vol avec effraction). L'efficacité gagnée en matière de collecte de matériel probant serait réduite par le coût du tri des recoupements pertinents. Or, nous avons vu, notamment à propos des dispositifs d'enregistrement, que le temps est bien la variable qui assure son pouvoir probant à la technique. Parce que le juge n'a pas de temps disponible pour écouter les enregistrements sonores, les enquêteurs lui livrent un résumé synthétique de l'enregistrement. Pour une proportion considérable, le résumé ne correspond pas exactement à l'enregistrement. Faute de temps, donc, une technique est comme renversée en son contraire. Par ailleurs,

rappelons (à l'instar de la Cour de révision dans l'affaire Raddad en France) la nécessité de maintenir le matériel recueilli hors de toute pollution, ce qui accroît considérablement les coûts de manipulation à mesure de l'accumulation des empreintes et traces.

C) En termes de libertés publiques (droit des informations nominatives), l'élargissement des fichiers est susceptible de poser des problèmes considérables, limités toutefois tant que, en matière génétique, l'usage en est strictement répressif, ce qui suppose en réalité la distinction stricte entre deux fichiers : celui des empreintes, et celui des noms correspondants. Mais la limitation du fichier aux seuls auteurs de délits a pour effet d'introduire un déséquilibre dans les chances d'élucidation des affaires : qui n'a jamais commis qu'un acte, ne sera jamais confondu ; qui a déjà commis un acte, multiplie ses chances d'être confondu à l'acte suivant, même s'il est bénin. Cette asymétrie devant la répression est ce qui fait la spécificité de l'ADN au regard des débats propres à l'usage de fichiers en matière pénale, du point de vue notamment du droit à l'oubli.

2°) L'ensemble des autres preuves techniques sont en effet des filets de capture lancés avec plus ou moins bonne fortune autour de délits supposés. Qui lance le filet (le policier ou le juge ?), à l'occasion de quels faits (strictement répertoriés comme le plus souvent en Allemagne, ou bien liés à de simples conditions de proportionnalité ?), visant quelles personnes (seulement le mis en cause ou bien tous les auteurs possibles ?), voilà qui dépend, d'un strict point de vue formel, des conditions légales de l'emploi du filet. Mais il apparaît avec force que la technique, en l'espèce, reste un outil prospectif, dont la capacité d'élucidation dépend très largement du travail préalable d'identification de la cible, et non pas de la force probante de la technique : on jette le filet ici plutôt que là parce que l'on sait que les poissons convoités se trouvent ici plutôt que là. Le régime britannique, qui ne distingue pas en matière d'écoutes, les administratives des judiciaires, illustre comme un cas extrême cette propriété de l'usage probatoire des techniques.

3°) Poser les filets requiert du marin qu'il dispose de compétences certes techniques : nouer sa traîne, sentir le vent, et bien d'autres choses encore. Mais la prise dépend surtout de sa connaissance du milieu, et des habitudes de la faune marine.

A) Le filet, en conséquence, apparaît bien plus comme le prolongement technique de son être de marin que comme l'outil qui se substitue à lui. Les services d'enquête spécialisés (stupéfiants, terrorisme, crime organisé), en Allemagne, emploient systématiquement un "bouquet de moyens" techniques (écoutes, sonorisations) et non techniques (infiltration, indicateurs) ; et

leur capacité à déployer leurs armes classiques dépend des connaissances accumulées sur le milieu enquêté et des savoir-faire de l'enquêteur.

B) Le filet, toutefois, est bien d'un apport considérable pour qui ne disposait que d'une canne à pêche. Le risque est alors d'assister à une mutation de l'enquête de police. En matière de criminalité organisée, en effet, le harpon est impropre (l'acte de crime organisé ne laisse pas de traces – seul le meurtre et l'ensemble des actes dérivés de l'éventuelle association criminelle en laissent, mais qui ne font jamais apparaître le cœur de l'organisation criminelle supposée à la surface), et la canne à pêche peu propice (on n'attire pas les gros poissons avec du vinaigre – on a vu en effet que, par crainte devant les capacités techniques, aux dires des enquêteurs, les hommes de l'ombre, ceux qui tiennent les fils de l'organisation, justement, n'ont jamais recours à la technique, comme le téléphone, pour éviter toute traçabilité ; l'exemple le plus fameux étant en matière de criminalité financière les systèmes d'échange entièrement fiduciaires, fondés sur l'oralité de face à face des transactions et des actes). Le risque est alors de jeter les filets un peu partout, un peu au hasard, espérant qu'un jour une proie substantielle s'y laisse prendre. Mais ce risque de voir glisser, sous l'effet de la technique, le régime de l'enquête judiciaire vers une enquête préliminaire généralisée est faible : il suffit pour cela de constater le faible nombre absolu des écoutes et des sonorisations, ainsi que leur coût financier et humain. Ces moyens techniques, à interroger les praticiens, restent peu appréciés. Le danger ne réside donc pas dans une généralisation à des fins répressives de ces outils, mais bien plutôt dans un redoublement de l'attention des policiers sur leurs clientèles habituelles. Pour le dire de manière plus nette : le danger est moins celui de la surveillance généralisée que de l'acharnement sur des clientèles particulières, au mépris de la poursuite du reste de la véritable criminalité en col blanc, criminalité astucieuse, criminalité fiscale ou financière.

4°) En effet, bien souvent, l'introduction en droit de nouvelles techniques accompagne un accroissement de l'intensité répressive à l'encontre de délits particuliers, voire permettent la consécration législative de délits particuliers. Ainsi, en France mais surtout en Allemagne, les adjuvants techniques à l'enquête ont accompagné la création législative de la notion de criminalité organisée. Toutefois, les enquêtes sociologiques sur les pratiques d'enquête montrent que, comme nous l'avons dit, la force d'élucidation de la technique dépend du travail préalable d'enquête classique, de sorte que les adjuvants techniques sont plus employés à affiner la surveillance des milieux criminels que l'on connaît déjà que de découvrir des criminels nouveaux. Si l'on ajoute à cela le constat fait par les enquêteurs que les "gros poissons", les chefs des organisations criminelles, les hommes de l'ombre, ceux précisément recherchés par les nouvelles dispositions

législatives, n'emploient justement pas les moyens techniques de communication, on comprend que ces techniques aident certes à résoudre des affaires, mais aident peu, en réalité, à pénétrer au cœur des éventuels édifices criminels. On pêche, certes, mais on ne ramasse que très rarement de nouvelles espères.

5°) La technique du harpon renseigne très précisément sur l'auteur (une empreinte = un individu et un seul), mais très peu sur le contexte de l'action, à la différence des techniques de filet (l'écoute et la sonorisation permettent d'entendre "l'aveu", mais aussi les motivations éventuelles, le gradient de participation, voire de contrainte subie dans l'exécution de l'acte, etc.). En ce sens, l'ADN est un outil qui enferme considérablement l'enquête (il accélère la clôture de la phase pré-juridictionnelle), mais laisse l'entière liberté d'appréciation au juge quant à l'examen de la responsabilité pénale, voire de l'opportunité à juger (*cf.* le refus de révision dans l'affaire Omar Raddad). Ni l'expert, ni le policier n'ont là l'ascendant sur le juge : ils livrent les éléments, dotés d'une force probante considérable, mais de force impérative quant au procès.

II – LA PREUVE TECHNIQUE : PREUVE MI-JUDICIAIRE, MI-SCIENTIFIQUE ? OU : DE L'ÉMERGENCE DES ÊTRES HYBRIDES

En Grande-Bretagne, il est procéduralement plus aisé, pour un enquêteur, de sonoriser un véhicule ou un domicile que de placer une ligne téléphonique sur écoutes. Ce n'est pas le cas en Allemagne, où le droit considère que des conversations téléphoniques ne sont pas de même nature que des conversations menées dans l'intimité d'un appartement. Le droit allemand formule cette différence de nature des conversations en considérant que la conversation téléphonique, véhiculée par un opérateur technique, est un "hybride" de voix humaine et de voix électrique. La voix humaine perd de sa pureté ; et le droit allemand impose à la voix "pure", celle de conversations menées en appartement, la plus grande distance par rapport aux éventuelles convoitises de l'enquêteur (autorisation par une chambre spéciale de trois juges, etc.). C'est que l'être humain contemporain s'hybride souvent de prolongements techniques : il n'est qu'à songer au portable qui, faisant corps tout au long de la journée, avec son porteur, permet à qui voudrait l'entreprendre une "traçabilité" parfaite de ce dernier. Et cette nature hybride de l'être humain n'est pas sans conséquence du point de vue de la preuve pénale.

1°) Ce qu'il faut d'emblée noter de cette hybridation, c'est que l'enquêteur lui-même n'est sur ce plan pas en reste par rapport à l'enquêté.

A) Sauf dans le cas singulier de l'ADN, le dispositif technique est toujours le prolongement d'un savoir-faire humain : il en est l'adjuvant, et non pas le substitut. Si un auteur a pu qualifier, dans les années cinquante, le micro d'oreille ultra-sensible, il semble que cette définition de la technique dans l'ordre du travail d'enquêteur garde aujourd'hui encore toute sa force.

B) Cela a pour conséquence, en droit, que l'apport technique ne bouleverse pas considérablement la procédure. S'il fallait en effet désigner les deux notions de tutelle de l'apport technique en matière d'administration de la preuve pénale, l'une serait empruntée à la science, l'autre au droit. La première serait ainsi la "perturbation", la seconde la "perquisition".

- La perturbation désigne, depuis la médecine expérimentale, la modification induite par l'observateur sur l'objet observé. L'on a en effet, à de nombreuses reprises, croisé les notions de "provocation", "d'incitation", de "tromperie" voire, dans le cas de pressions physiques ou psychologiques, "d'atteintes". Ces cas sont les seuls, lorsqu'ils sont avérés, qui font peser quelque risque de nullité, du moins en droit allemand et français. Le droit anglais pondère toujours le degré de perturbation à la taille du dommage constaté à l'intérêt public ou la partie privée (comme vient de le confirmer, de manière spectaculaire, la position de la Cour à l'égard des aveux obtenus sous la torture d'autres services que ceux de la Couronne), voire à la carrière criminelle de l'accusé, ainsi qu'à la fiabilité technique de l'outil employé. Ainsi, on ne sera pas surpris de constater que l'introduction des techniques ne bouleverse pas l'immuable imperméabilité des juridictions à l'égard des causes de nullité : le vieux droit de la provocation reste ici maître.

- Seconde tutelle juridique : la notion de perquisition. En effet, le souci majeur, notamment en Allemagne, eu égard à l'emploi des instruments techniques, est celui du vecteur humain : il faut déposer les outils de sonorisation, souvent par effraction ou par ruse ; l'humain trop humain fait corps avec la technique lorsque l'on administre la preuve. Et lorsque l'on en examine la recevabilité : que fait-on des découvertes incidentes ? Si le droit allemand a tenté, tant bien que mal (rappelons le taux très élevé de simples vols poursuivis suite à des écoutes), de limiter les découvertes incidentes à des infractions strictement répertoriées, le droit français ouvre généralement le champ libre, par la jurisprudence quand ce n'est pas par la loi, à la recevabilité des écoutes incidentes. D'un point de vue juridique, on apprend peu de l'apport de la technique : cela reste un problème de recevabilité des découvertes incidentes au domicile d'autrui, peu ou prou calqué sur le droit de la perquisition.

2°) Il est une seconde dimension à la notion d'hybridation technique de l'humain, qui est éclatante dans cette juridicisation manifeste de ce qui ressort le moins de la technique, que sont le travail d'agent infiltré et le travail d'indicateur. Le droit français a adopté en 2004 (Loi Perben II)

ce que le droit allemand et, plus récemment, le droit anglais ont consacré : une bureaucratisation approfondie de ces activités. La confiance dans les techniques s'accompagne en France et en Allemagne, chez l'Exécutif, d'une certaine défiance à l'égard des mesures de petite sonorisation, c'est-à-dire de la captation et l'enregistrement des conversations tenues par des personnes auprès desquelles, sous une fausse identité, un policier s'est infiltré. Et pourtant, l'Exécutif a souhaité dans les deux pays à la fois consacrer l'infiltration par la loi et la soumettre à un protocole très contraignant. L'humain, dans l'enquête, se technicise à son tour. La technique a-t-elle alors raison de l'humain ? Sans doute pas, pour trois raisons rendues évidentes à l'examen des situations concrètes et des jurisprudences.

A) Si l'enquêteur voit son travail de plus en plus pénétré de techniques et de contraintes bureaucratiques, si en quelque sorte son pouvoir d'appréciation discrétionnaire est de plus en plus soumis à des contraintes formelles, il serait erroné d'en conclure au triomphe de la technicisation sur l'humain. Simplement, l'enquêteur et la technique, l'enquêteur et la bureaucratie apprennent à tisser de nouveaux liens, de nouvelles formes hybrides de travail. Prenons l'exemple de l'enregistrement vidéo des interrogatoires policiers, dont l'objet est de discipliner l'enquêteur et d'élever la garantie d'équité dans la phase pré-juridictionnelle. L'enquêteur sait que le juge manque de temps : il double l'adjuvant technique (les bandes sonores) d'un adjuvant écrit et personnel (la synthèse de l'interrogatoire établie par ses soins), et ruine ainsi une part des effets attendus de la technique pure : par sa synthèse, le seul document examiné par le juge, l'enquêteur reste maître de l'interrogatoire. Ou bien il investit beaucoup plus les lieux libres de caméras : lieu de l'interpellation, trajet vers le poste de police, cellule de garde à vue, qui deviennent des lieux essentiels à l'obtention d'aveux, dont l'interpellé et le policier présenteront la mise en scène face aux caméras. Le législateur britannique évoque alors une aspiration plus générale à la discipline, en soumettant le poste entier au CCTV. Même effet général attendu : une raréfaction des cas les plus spectaculaires de violence ; mais libération de nouvelles zones de ruse.

B) On a vu à propos de la vidéosurveillance que l'un de ses effets avérés sur la délinquance constatée est celui, bien connu, de déplacement : les délinquants, appréhendant le centre-ville quadrillé de caméras, commettent leurs actes délictueux en bordure. Cet effet de déplacement se repère également dans les inquiétudes jurisprudentielles et doctrinales les plus récentes quant à l'emprise du formalisme sur les actes d'enquête. Prenons l'exemple de l'interrogatoire en Allemagne : la Cour fédérale de justice, on l'a vu, l'a soumis très récemment à des contraintes fortes d'information du mis en cause sur ce qui le vise, sur ses droits, etc. On craint alors en Allemagne, compte tenu du double mouvement de formalisation et de consécration des méthodes d'infiltration, qu'à l'audition se substitue la confession (pour reprendre les termes

anglais) ; autrement dit que l'essentiel de l'enquête ne se déroule dans le domaine des actes sous couverture, ou des simples actes informels (conversation dans le fourgon de police), et que l'audition ne serve alors qu'au polissage des preuves destinées à être présentées au juge. En d'autres termes, l'essentiel des preuves collectées (y compris orales) le seraient désormais hors du cadre de l'interrogatoire, devenu formellement trop contraignant. On bascule alors d'un répertoire à l'autre, d'un répertoire humain (l'interrogatoire) devenu trop contraignant car trop technicisé et juridicisé, vers les méthodes sous couverture, fort opportunément consacrées par le droit qui les encadre quelque peu, que ces méthodes soient secondées de la technique (sonorisations) ou non.

C) C'est sans doute cette capacité à choisir les répertoires d'enquête en fonction du degré de technicité engagée qui explique ce paradoxe apparent selon lequel en Allemagne, où les conditions d'écoutes judiciaires sont rigoureusement encadrées, les écoutes se trouvent 15 fois plus employées qu'en Grande-Bretagne, où les conditions de mise sur écoutes sont pour le moins libérales (en gros, demander l'autorisation à son supérieur, avec une infime probabilité de contradiction par l'autorité indépendante). Là où l'on peut le plus, on peut le moins, mais toujours plus facilement et plus librement : en Grande-Bretagne, l'usage d'un informateur et surtout la libéralité de la notion de consentement reçu élèvent considérablement le coût d'opportunité de la technique, si libérale soit-elle. On touche là, au passage, à la difficulté de tirer des conclusions de la comparaison des régimes formels de preuve.

D) Ce qui est en revanche tout à fait certain, et les premières études sur les systèmes d'identification numérique par caméras de vidéo-surveillance sont explicites sur ce point, c'est une aspiration à l'automatisation du travail de police judiciaire en matière de petite criminalité. Dans ce domaine, où un dispositif technique de repérage des véhicules recherchés déclenche une alarme au poste de police le plus proche, on connaît la résistance propre de l'humain à se voir automatisé. Double résistance, qui tient à ses capacités techniques de réactivité (le signal d'alarme parcourt les kilomètres en quelques fractions de secondes, mais pas l'équipe d'intervention) et au travail policier lui-même, dont la machine n'est pas la seule source d'injonction hiérarchique (mais sa hiérarchie propre, ou le préfet, ou la victime, ou le public...). Il y aurait grand risque, de ce point de vue, à l'automatisation du métier de policier.

3°) Grande force de résistance à la technicisation, bureaucratisation, juridicisation de l'enquête de police : les cours suprêmes des ordres internes.

A) Rappelons d'un mot l'extrême résistance des juridictions d'appel ou de cassation à faire valoir les nullités d'ordre substantiel ou d'ordre privé en matière d'enquête de police. Seule

l'Allemagne échappe à ce constat. En Grande-Bretagne, les juridictions ont privé de portée la section 78 du PACE. En France, la doctrine s'accorde à déplorer, en matière de garde à vue ou d'infiltration, la déchéance des causes de nullités.

B) Sur ce chapitre, l'apport technique dans l'administration de la preuve pénale est directement concerné dans la mesure où, sauf en Allemagne sur la preuve génétique, le consentement, lorsqu'il est supposé donné à l'enquêteur, annule les contraintes procédurales et verse la preuve dans un régime entièrement libéral. Il suffit donc à l'enquêteur de convaincre le tribunal que le micro placé dans l'appartement de l'une des personnes recherchées le fut avec le consentement de cette dernière pour contourner le formalisme attendu des moyens techniques d'administration de la preuve. Et l'on se souvient là encore de la réticence des juridictions à constater la duperie. La technique n'ajoute donc à la garantie des droits que lorsqu'elle est absolument nécessaire, ou lorsque la ruse a échoué. La technique ne se substitue pas à l'humain, elle le prolonge éventuellement.

III – LA PREUVE TECHNIQUE, PREUVE ÉQUITABLE ET DOUCE ? OU : DU PROCÈS, DU THÉÂTRE ET DE SES COULISSES

À l'examen des procédures législatives nombreuses que nous avons restituées, il apparaît qu'en réalité le perfectionnement des capacités répressives de la police judiciaire ne soulève pas de grandes oppositions dans les opinions publiques. Il n'en est pas de même, bien sûr, de l'accroissement des capacités préventives, ou de surveillance ; ni quant à l'équilibre des pouvoirs entre le juge et le policier : nous reviendrons sur ces deux points. Une lecture possible de cette faible mobilisation, parmi d'autres facteurs (la préférence généralisée pour les options répressives, la peur du terrorisme, etc.), est le reflet de ce que la société a pris acte de l'hybridation des humains, et qu'il y a peu à redire lorsque le policier, soupçonnant de manière un tant soit peu raisonnable une culpabilité, traque les prolongements techniques de l'humain. Seule reste sanctuarisée, selon des modalités et à des degrés divers (définition de gravité de l'infraction poursuivie en France, voire d'infractions listées en Allemagne ; contrôle *ex-ante*, judiciaire en France, judiciaire d'exception en Allemagne ou indépendant en Grande-Bretagne ; qualification préalable du degré d'intrusion en Grande-Bretagne), la sphère privée définie comme la stricte intimité du for intérieur, la confession faite à l'époux, l'avocat, le prêtre, ou le corps nu d'oripeaux techniques.

1^o) Nous avons isolé deux critères quant à la qualité procédurale de la preuve technique, outre sa fiabilité technique : sa capacité à garantir l'équité du procès, sa capacité à protéger le mis en cause des pressions.

A) Le rapport de la preuve technique à l'équité n'est pas le même selon la fiabilité de la preuve, ou plus exactement si la preuve consiste en un harpon ou un filet, nous n'y reviendrons pas. En ce qui concerne les techniques empruntées au filet de pêche, tout dépend des manœuvres engagées pour déposer les filets et choisir la zone de pêche, ou le poisson convoité : c'est ce que nous venons de voir en 2.A).

B) En ce qui concerne la protection face aux pressions, l'adjonction de la technique à l'administration de la preuve est en réalité à double tranchant. Tout dépend d'une part de la "surface invisible", pour reprendre les termes de la recherche anglaise, et la part laissée au colloque singulier de l'enquêteur et de l'enquêté, ainsi que du degré éventuel de duperie. Il apparaît toutefois avéré, une fois encore, que l'enregistrement technique de ces interactions a sinon produit, du moins accompagné un processus de réduction des atteintes au corps de l'enquêté. Par ailleurs, et c'est le revers des techniques, ce qui est dit et enregistré est ensuite considéré comme définitif. Là encore, le poids de ce qui est antérieur à l'enregistrement (approches du suspect par les enquêteurs, manœuvres diverses par ses proches, négociations préalables à l'enregistrement) détermine véritablement l'équité et l'honnêteté de la preuve produite. Ce trait est plus manifeste encore lorsque la procédure invite le mis en cause à se désigner coupable au préalable. D'une certaine manière, de ce point de vue, l'examen concret de l'emploi de ces techniques dans le procès pénal permet d'affirmer que l'expression "force probante" est impropre : il faudrait parler de "force élucidante".

C) Ces traits sont accentués par la force toujours inaltérée de l'aveu dans le procès. D'une part, comme nous l'avons vu, la plupart des moyens techniques nouveaux introduits dans l'enquête de police ne sont pas produits à l'audience, mais employés durant l'enquête en vue de confondre les auteurs, les confronter aux résultats livrés par les preuves techniques et les amener à avouer. C'est cet aveu qui sera ensuite livré au juge. Ce n'est que lorsque, dans des cas rares, l'accusé ne reconnaît pas les faits en enquête que les protocoles de la preuve technique sont livrés au juge. Le procès est un théâtre, et la technique actionne en coulisses.

2^o) L'emploi de la technique se tient pour l'essentiel dans les coulisses du procès, si l'on considère en effet leur faible production à l'audience, voire leur part réduite (si l'on songe aux poursuites engagées sur écoutes et sonorisations) dans les poursuites effectives. Est-ce à dire que le policier l'emporte sur le juge ?

A) La question, en quelque sorte, ne se pose pas en Grande-Bretagne, où chaque introduction de technique ou de technicité s'est accompagnée d'une réaffirmation de la conception pré-PACE du PACE : seule compte la scène théâtrale et la liberté discrétionnaire du juge. On est loin, de ce point de vue, d'une harmonisation européenne sous l'effet de la Convention et de la CEDH. Le travail de la CEDH n'est pas sans effet sur les textes pris en Europe et lissent en effet les différences les plus apparentes entre les ordres juridiques internes. Mais il suffit de rappeler la force avec laquelle les juges britanniques défont les dispositions législatives prises en leur propre pays pour souligner la faible portée réelle des prescriptions de la CEDH, tant que celle-ci en reste à un examen formel de la validité procédurale textuelle des techniques d'administration de la preuve.

B) Il faut également replacer ces débats sur la technique dans l'administration de la preuve sous les deux tutelles juridiques : la perquisition et la provocation. De ce point de vue, l'extrême réticence de la Chambre criminelle française à annuler les actes d'enquête montre bien l'ancillarité du juge à l'égard du policier. Ceci n'a rien de neuf. Toutefois, le juge ne dispose jamais, d'une certaine manière, des techniques employées en tant que telles, mais uniquement du produit fini. L'art de l'enquête réside dans l'hybridation du processus de fabrication. On peut ainsi redoubler de scepticisme quant à l'apport d'équité offert par la preuve technique.

C) Enfin, sur ce point, le facteur majeur de transformation de la preuve pénale n'est pas l'harmonisation européenne. Ou du moins pas celle que l'on suppose spontanément, qui réside dans les textes fondamentaux ou les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

- Cette dernière, en effet, ne veille qu'à une chose : l'existence de la loi, le formalisme des actes. Sur le fond, c'est-à-dire là encore sur le processus de fabrication par hybridation de l'humain et de la technique, la Cour s'abstient (à l'image du reste des juridictions hautes des ordres judiciaires internes). Or, c'est là que tout s'éprouve.

- Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas çà et là harmonisation des pratiques judiciaires effectives. À la source de cette éventuelle harmonisation se tient moins une diffusion de normes européennes sous l'influence de la CEDH ou de la Commission qu'à une convergence des législations internes portant sur des secteurs particuliers de la criminalité : infractions sexuelles, trafic de stupéfiants, terrorisme, criminalité organisée. Ce point est connu, mais il nous semble ici intéressant dans la mesure où il a bien plus d'effet que les simples rappels à l'ordre du respect du formalisme des actes par la CEDH. Ces législations sont en effet extrêmement proches dans leurs effets, et dans la création ou la consécration des moyens d'enquête. Mais surtout, elles sont portées par un alignement des perceptions chez l'ensemble des acteurs de la chaîne pénale (ce point est notamment soulevé dans les recherches allemandes), où les acteurs judiciaires chargés

du contrôle d'actes pris en raison de la poursuite de ces infractions graves ou scandaleuses se contentent d'enregistrer les demandes adressées par les enquêteurs. Ce n'est donc pas seulement la question des moyens différenciés au long de la chaîne pénale qui pèse sur les capacités de contrôle, mais aussi cette homogénéisation des cadres de perception qui met en cause, aux yeux des acteurs, le bien-fondé du contrôle. C'est également une mesure de la vanité des aspirations formalistes de la CEDH ou des juridictions de cassation : à preuve, la nécessité sans cesse éprouvée par le législateur allemand de rappeler au juge son obligation de motiver réellement ses décisions en ce domaine. Et la preuve technique est en cela d'autant plus concernée que l'une des conditions de sa généralisation repose sur les garanties de contrôle indépendant (judiciaire, parlementaire ou indépendant), en réalité, peu effectives.

3°) Le juge prononce les condamnations. En cela aussi, bien sûr, il jouit d'une grande liberté, sur laquelle la fiabilité des preuves joue peu. Car soit le juge est convaincu, soit le doute bénéficie entièrement à l'accusé. Mais lorsqu'il condamne, le juge estime l'ensemble de la personnalité de l'accusé, sa situation sociale, son espoir de réinsertion. Cela intéresse la technique de la preuve pénale sous deux aspects.

A) Tout d'abord, le droit allemand pose une équation liant l'inscription d'une empreinte génétique au fichier des empreintes et le pronostic de réitération, fortement indexé à la motivation de la condamnation prononcée. L'examen de la personnalité joue ici dans l'abondance des moyens techniques.

B) Le procès reste le lieu, essentiellement, où se mesure l'homme face au juge. Et l'homme, à l'audience pénale, reste une personnalité qu'il faut apprécier en fonction de ses qualités humaines. Sur ce point, la création d'une nullité légale des condamnations prononcées au motif du "*bad character*" de l'accusé dans un acte législatif, le *Criminal Justice Act* de 2003, qui, par ailleurs, entreprend de multiplier les capacités techniques d'élucidation et de consolidation scientifique de la preuve, notamment par l'abondance du fichier ADN, est exemplaire : le procès retourne au colloque singulier du juge et de la personne, entendue non plus comme hybride socio-technique, mais comme personnalité criminelle.

IV – PROPOSITIONS DE RECHERCHE

À l'issue de ce travail sur l'administration de la preuve pénale et l'apport de la technique, nous souhaiterions, compte tenu des enseignements étrangers en matière de recherche, formuler

quelques propositions de recherches sur la France, à l'heure où la procédure pénale tend à y être renouvelée de fond en comble.

1°) Examen de la fiabilité des techniques

Objet : faire évaluer par les différents praticiens (du policier au juge, de l'avocat au procureur) leurs propres usages de telle ou telle technique.

Protocole : administration de questionnaires fermés, entretiens semi-directifs, examen d'un échantillon de dossiers clos (actes de procédure).

L'enquête peut être menée sur des instruments anciens (écoutes) ou nouveaux (sonorisations).

2°) Examen des effets de la juridicisation et de la technicisation de l'enquête sous-couverture

Objet : évaluer les effets et les bénéfices retirés des dispositifs de la loi Perben de 2004 sur l'emploi et la rémunération des informateurs, ainsi que sur les agents infiltrés.

Protocole : entretiens semi-directifs avec une équipe d'investigation et leurs auxiliaires non policiers, suivi d'un nombre donné d'affaires, de l'ouverture de l'enquête à la clôture judiciaire.

3°) Examen des effets de l'introduction de la technique sur les pratiques d'interrogatoire dans l'enquête de police

Objet : évaluer l'impact des lois de 1998 et de 2000 sur la phase d'enquête de police.

Protocole : assistance aux interrogatoires, entretiens *ex-ante* et *post hoc* avec les acteurs, évaluation du suivi judiciaire.

4°) Examen des effets de disciplinarisation et de dissuasion de la généralisation du recueil préventif d'empreintes génétiques

Objet : évaluer l'impact dissuasif, sur des condamnés, de la collecte de leur empreinte génétique.

Protocole : entretiens semi-directifs ou administration de questionnaires auprès de deux populations de détenus (ceux qui ont subi les prélèvements et ceux qui ne l'ont pas subi), entretiens avec les juges de l'application des peines, les personnels pénitentiaires.

SYNTHÈSE

Deux mouvements sont aujourd'hui à l'œuvre dans les modes d'établissement de la culpabilité en Europe. Les capacités technologiques nouvelles pénètrent les répertoires judiciaires. Mais aussi, une plus grande protection des libertés fondamentales embrasse désormais la procédure pénale.

La preuve pénale, et plus précisément ses modes d'administration, s'affirment comme points privilégiés de concentration de ces deux forces. Une seule et même technique, au service de deux garanties : celle de la validité de preuve recueillie ; celle de la liberté et l'intégrité de la personne entendue. L'importance prise par la technique dans l'administration de la preuve pénale amène donc la réflexion sur deux terrains :

- est-il juste de penser que la technologisation de l'administration de la preuve pénale contribue à cette double garantie ;

- y a-t-il un nouveau régime de la preuve pénale, et lequel, lorsque celle-ci se voit ainsi soumise à une exigence croissante de perfection ?

Trois ordres juridiques nationaux ont été passés au crible de cette double problématique (la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne). Dans chacun de ses ordres, nous avons examiné l'état des législations, des discussions doctrinales et des voies jurisprudentielles, ainsi que les recherches sociologiques disponibles portant sur les effets de l'emploi de différents instruments de preuve sur la décision judiciaire finale. Nous avons sélectionné cinq instruments "techniques" de preuve, dotés de divers "gradients technologiques" :

- les empreintes génétiques,
- les écoutes téléphoniques,
- les techniques de sonorisation des lieux privés,
- les images tirées de la vidéosurveillance des lieux publics,
- l'enregistrement sonore ou vidéo des interrogatoires policiers.

La recherche présente a souhaité documenter de manière exhaustive la richesse des solutions retenues dans les ordres internes des trois pays, et offre ainsi matière à une comparaison *stricto sensu*. Nous avons toutefois présenté, dans un premier temps, les résultats "à plat" de la

recherche, répondant à un souci évident d'information sur les situations propres à chacun des trois pays. La synthèse qui suit tente de répondre aux deux problématiques, de la manière la plus générale, "lissant" ainsi les aspérités des situations locales.

I – LA TECHNIQUE N'A PAS INTRODUIT DE NOUVEAU RÉGIME DE LA PREUVE PÉNALE

La liberté de la preuve n'est pas contredite par la perfection probatoire des outils techniques. À cela deux raisons majeures, qui tiennent l'une à la nature des infractions poursuivies, et l'autre à la nature des moyens techniques

1°) Sur le plan des infractions poursuivies, rappelons qu'il faut distinguer la très grande masse des infractions (petite délinquance) d'une part, où les taux d'élucidation s'élèvent à moins de 15 % des affaires constatées, et l'activité criminelle proprement dite d'autre part, où les taux d'élucidation sont en revanche très élevés. Dans ce domaine, on sait des travaux empiriques portant sur l'examen des dossiers d'enquête de police sur les crimes que la technique n'aide pas à l'élucidation des affaires, mais à la consolidation de la preuve : l'aveu, l'auto-incrimination, la simple enquête de voisinage suffisent dans l'écrasante majorité des cas à résoudre les affaires et l'analyse génétique ou palmaire vient simplement consolider l'administration de la preuve. À ce titre, l'enquête de police est parfaitement distincte de la décision judiciaire : la première consolide par des adjuvants techniques des preuves traditionnelles (flagrant délit, enquête de voisinage, délation), la seconde porte sur les circonstances de l'acte et la personnalité du prévenu.

Il reste bien sûr une part infime d'affaires criminelles irrésolues, où le recoupement des traces et empreintes génétiques peut être déterminante. Il y a deux conditions, toutefois, à cela : que l'auteur du forfait se soit déjà rendu auteur d'un autre fait et que l'on ait conservé son empreinte (l'efficacité de la technique repose sur la réitération par un auteur connu), ou alors que l'ensemble des empreintes de la population soit prélevé et conservé à titre préventif (l'efficacité de la technique repose alors sur un fichage généralisé des populations). L'enregistrement préventif toujours plus large des identifications génétiques (voie choisie par la Grande-Bretagne) a donc pour effet la résolution éventuelle d'affaires criminelles irrésolues, en nombre infime ; ce qui définit le coût d'opportunité de ces mesures de fichage généralisé. Mais pour ce qui nous occupe ici, l'identification génétique n'introduit pas de césure dans le régime de l'administration de la preuve pénale.

2°) Qu'en est-il des autres techniques examinées ? Il faut en effet distinguer l'empreinte génétique, qui est un outil d'identification par recoupement, des techniques d'écoute et de sonorisation. Celles-ci, si l'on examine les conditions concrètes de leur usage, visent en réalité à détecter un fait ou un auteur au sein d'une population pré-déterminée. Les enquêtes empiriques montrent en effet que les écoutes sont employées en enquête préliminaire, en vue de constater s'il y a matière à poursuivre ; elles ne visent pas à confondre un auteur par ailleurs identifié ou très fortement suspecté. La perspective est inverse à celle de l'identification génétique : celle-ci harponne une empreinte et une seule (à charge ou décharge), les écoutes et sonorisations, en revanche, sont semblables aux filets que l'on jette sans savoir exactement ce que l'on ramassera.

C'est la raison pour laquelle ces techniques n'introduisent pas, là non plus, de transformation du régime de la preuve pénale ; d'autant qu'elles restent quantitativement peu employées, et ce d'autant moins, paradoxalement, que leur régime d'emploi est plus libéral. Toutefois, leur emploi tend à renforcer, sur un certain nombre d'activités délictueuses, le poids de l'enquête de police, aux dépens de l'instruction ; au-delà, le renseignement aux dépens de la preuve. Ce n'est pas le moindre paradoxe de la consécration de ces techniques dans les dispositifs juridiques européens : ils favorisent moins l'exactitude de la preuve qu'ils n'encouragent à l'accumulation de connaissance. L'un des effets de cette donnée est la difficulté considérable des services d'enquête à traiter l'information, qu'ils peuvent certes accumuler, mais beaucoup moins bien traiter, d'une part, et lier à la réaction des services opérationnels, d'autre part.

C'est également depuis ce constat que s'examine la question de la double garantie de la preuve technique (fiabilité technique et protection de l'équité).

II – LES TECHNIQUES ET LA GARANTIE DES DROITS

1°) La plupart des écoutes ou des sonorisations engagées favorisent le succès des procédures. Mais à y regarder de plus près, les deux tiers des enquêtes ainsi couronnées de succès sont en réalité des procédures nées de découvertes incidentes produites par les écoutes ou sonorisations engagées initialement à d'autres fins. Par ailleurs, le résultat de ces écoutes ou sonorisations est rarement produit devant le juge, face auquel on préfère produire de l'aveu, et ne sert qu'en phase pré-juridictionnelle. Ces techniques accompagnent donc la croissance du domaine des enquêtes de flagrance et des enquêtes préliminaires, et ce tant dans les pays à faible et à fort encadrement de la phase pré-juridictionnelle (Grande-Bretagne d'un côté, France et surtout Allemagne de l'autre).

La consécration de ces moyens techniques par le droit ne peut se comprendre indépendamment du poids toujours plus grand donné non pas à l'élucidation de faits particuliers mais à la recherche en amont de ces faits (identification de structures ou de réseaux, voire de réseaux dormants, etc.), avec toutes les conséquences induites au niveau des équilibres entre les acteurs de la chaîne pénale (juge – parquet – enquêteur). Si, de ce point de vue, on relève systématiquement, en Grande-Bretagne, l'absence de contrôle par le juge des moyens d'enquête ; en Allemagne et en France, les conditions réelles d'exercice des pouvoirs de contrôle tendent à faire de l'initiateur des moyens employés le seul décideur de leur emploi (le juge entérine les décisions prises par l'enquêteur plus qu'il ne les contrôle). Dans les trois pays, la pratique confirme donc le faible contrôle réel de l'enquête de police, et notamment des autorisations d'emploi (ou de reconduction) des techniques. En conséquence, l'usage qui est fait de ces pratiques est analogue à celui des filets de pêche jetés au hasard des flots, et que l'on ramassera sans contrôle externe quelques semaines plus tard, afin de trier, dans la masse de la pêche, les éléments intéressants : une mesure de sonorisation ou d'écoute est engagée, et des poursuites sont ensuite engagées à partir des découvertes incidentes.

La généralisation de ces pratiques est bien entendue très problématique en termes de protection de la liberté individuelle, qui vaut bien sûr aussi, comme le rappellent la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne, à l'égard de la puissance publique. Elle permet au degré le plus infime de soupçon d'ouvrir le champ à l'intrusion dans la vie privée, et ce pour une durée qui ne se limite le plus souvent pas à quelques mois, pouvant déboucher sur des enquêtes d'autant moins limitée que les infractions ouvrant droit à ces moyens sont toujours plus étendues et toujours moins précises.

2°) Toutefois, il faut bien constater d'un côté la libéralisation des régimes d'emploi de ces moyens de preuve et de l'autre une auto-limitation indéniable de leur usage, repérable au très faible nombre absolu de mise en œuvre. Ainsi, l'augmentation notable constatée en Allemagne de l'usage de ces moyens est avant tout lié à la multiplication des moyens de télécommunication, et non pas à une préférence croissante des services pour ces moyens, dont la gestion reste lourde et coûteuse. A cela plusieurs explications. La première est que dès lors que des populations sont déjà repérées, alors les moyens qui ont permis leur repérage (indicateurs, filature, etc.) peuvent tout aussi bien être poursuivis, les moyens "humains" étant moins coûteux, d'un point de vue bureaucratique et financier, que les moyens techniques. Plus largement, il n'existe pas de technique "purement technique" ; il faut au contraire parler de moyens hybrides, à la fois techniques et non techniques. La sonorisation (notamment la "petite sonorisation") en est

l'exemple typique : les moyens d'enregistrement doivent être placés par la ruse auprès des personnes-cibles. De là la préférence, quitte à devoir approcher ces personnes, aux techniques classiques, humaines, de collecte de l'information, de filature et de constat en flagrant délit. Le micro prolonge l'oreille ; mais l'oreille coûte moins cher, et surtout ne génère pas le surcoût bureaucratique des techniques intrusives. Enfin, les moyens humains d'enquête ne génèrent pas la masse immense d'informations inutiles qu'enregistrent sans discernement les moyens techniques.

Cela a une conséquence majeure en termes de nouvelles possibilités ouvertes par les moyens techniques d'enquête : ceux-ci ne permettent pas le saut qualitatif espéré, qui aurait permis le passage d'une enquête *post-hoc* (rechercher l'auteur d'un fait constaté) à une enquête prospective (déjouer des organisations ou des faits à venir). Les acteurs de la chaîne pénale s'accordent en effet sur le point selon lequel la technique ne permet pas une connaissance plus approfondie des organisations criminelles éventuelles, mais permet au mieux de balayer le champ des acteurs criminels de second rang, le plus souvent pour préciser la direction d'une enquête menée sur des faits commis ou des faits en cours. Au final, ce sont le plus souvent à des recherches en résolution de faits constatés que sont employées ces techniques, même dans le cadre des procédures ouvertes, en Allemagne, sous le chef de poursuite de "crime organisé".

Une conséquence incidente est celle de l'adaptation des moyens humains aux mutations technologiques. Deux exemples ont été particulièrement illustrés : celui du coût de la collecte des données individuelles (aux fins de recherches ultérieures éventuelles), auquel rechignent des agents de police judiciaire enclins à enquêter plutôt qu'à administrer ; celui de la réactivité des services opérationnels, par exemple lorsque le croisement automatique de données numérisées en provenance de fichiers différents et d'informations tirées de la vidéosurveillance voudrait déclencher l'intervention sur le champ des policiers auprès du véhicule repéré. Les logiques d'action et de fonctionnement des services contrebalancent la très large partie du gain de temps et d'efficacité espéré de la part de la technique.

En termes de garantie des droits de la personne sujette aux poursuites ou aux enquêtes, le bilan est partagé. Comme nous l'avons dit, la technique (hors celle de l'identification génétique) permet d'affiner, d'orienter l'enquête, parfois à consolider le dossier transmis au juge, mais rarement à en constituer l'essentiel. Au contraire, il apparaît que la preuve recherchée reste avant tout l'aveu. De ce point de vue, et sachant que les techniques sont rarement "pures" et souvent "très humaines", il apparaît absolument indispensable de veiller à l'équité de la mise en œuvre des moyens (approches des personnes visées, conversations tenues en "off", provocation et incitation lors des infiltrations, etc.). D'une certaine manière, l'enregistrement vidéo ou audio des interrogatoires policiers, tel qu'il se pratique en Grande-Bretagne, condense les enjeux liés à la

dialectique protection des droits / technicité de l'enquête. Les garanties offertes par ces moyens sont eux aussi absorbés par les logiques d'action au long de la chaîne pénale : le juge n'ayant pas le temps d'écouter ou de voir l'enregistrement, il se contente de lire la synthèse de l'interrogatoire transmise par le policier enquêteur ; lequel peut transformer l'interrogatoire enregistré en partie "officielle" d'un interrogatoire réel qui, lui, s'est engagé avant le déclenchement du matériel d'enregistrement. La conscience professionnelle et déontologique restent ainsi bien meilleures conseillères que les adjuvants techniques.

BIBLIOGRAPHIE

- AGAMBEN G., 2003, Der Gewahrsam. Ausnahmezustand als Weltordnung, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 92, 19 avril, 33.
- ALBRECHT H.J., DORSCH C., KRÜPE Ch., 2003, *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100 a, 100 b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*, Freiburg-im-Breisgau, Max-Planck Institut, Collection "Kriminologische Forschungsberichte".
- ARMITAGE R., 2002, *To CCTV or not to CCTV ? A review of current research into the effectiveness of CCTV systems in reducing crime*, Londres, Nacro.
- ARNOLD J., 1999, La "grande agression des écoutes" en droit comparé, *Revue des Sciences Criminelles*, 2, 259-271.
- ARTKÄMPER H., 1998, Ermittlungsmaßnahmen in Funktelefonnetzen, *Kriminalistik*, 3, 202.
- DELMAS-MARTY M., 1993, *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation Française.
- Kriminalistik*, 2003, DNA-Analyse von Haupttriebspuren, 8-9, 497-499.
- Der Spiegel*, 2004a, Big Brother im Tunnel, 1^{er} janvier, 26-27.
- Süddeutsche Zeitung*, 2004b, Un État aux mille yeux, 2 janvier, 4.
- BACKES O., GUSY Ch., 2003a, Eine empirische Untersuchung von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen, *Der Strafverteidiger*, 249-252.
- BACKES O., GUSY Ch., 2003b, *Wer kontrolliert die Telefon überwachung ?*, Berlin, Peter Lang.
- BALDWIN J., 1992a, *The Role of Legal Representatives at the Police Station*, Londres, Home Office, RCCJ Study.
- BALDWIN J., 1992b, *Preparing Record of Taped Interviews*, Londres, Home Office, RCCJ Study.
- BALDWIN J., BEDWARD J., 1991, Summarizing tape recordings of police interviewing, *Criminal Law Review*, 671-679.
- BANK R., KIRSCH N., 2001, Die Bedeutung der EMRK für den Einsatz von verdeckten Ermittlern und V-Personen, in GEISLER C., (dir.), *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren*, Wiesbaden, Kriminologische Zentralstelle e.V., 31, 70.
- BENFER F., 1999, Beitrag, *Der Strafverteidiger*, 402-403.
- BEULKE W., 2001a, Empirische und normative Problemen der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113, 709.
- BEULKE W., 2001b, *Strafprozeßrecht* (5^{ème} édition).
- EISENBERG U., *Beweisrecht der StPO.*
- ROXIN C., 1998, *Strafverfahrensrecht* (25^{ème} édition).
- BEVERS H., 1998, *Kontrollierte Lieferung, verdeckte Ermittler und V-Personen*, Leipzig, Universität Leipzig.

- BOOS D., 2003, Übewachte Fahrt für freie Bürger? Automatische Nummernschilderkennung, *Bürgerrechte und Polizei/CILIP*, 76, 3, 48.
- BÖTTGER A., PFEIFFER Ch., 1994, Der Lauschangriff in den USA und in Deutschland, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1, 8.
- BOULOC B., 1996, Chronique législative, *Revue des Sciences Criminelles*, 2, 439.
- BREEN E., 2003, *Gouverner et punir. Le rôle de l'Exécutif dans les procédures répressives*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection "Les Voies du Droit".
- BRUCK M., 1998, *L'enfant témoin. Une analyse scientifique des témoignages d'enfants*, Bruxelles, De Broeck Université.
- BUCKE T., STREET R., BROWN D., 2000, *The Right of Silence. The Impact of the CJPO*, Londres, HMSO, HORS.
- BUISSON J., 2001, Le placement en garde à vue, *Revue des Sciences Criminelles*, 3, 671 et suiv.
- Business Week Online*, 2001, Privacy. What Americans think ?, 5 novembre.
- CALLON M., LASCOUMES P., BARTHE Y., 2001, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil.
- CAMERON I., 1986, Telephone tapping and the IOCA 1985, *Northern Ireland Law Quarterly*, 37, 136.
- CARBONNIER J., 2001, Note sous Trib. Civ. Lille 18.03.1947, in MOLINA E., 2001, *La liberté de la preuve en droit français contemporain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 183.
- CHIEF COMMISSIONER SIR ANDREW LEGGATT, 2002-2003, *Annual Report of the Chief Surveillance Commissioner to the Prime Minister and to Scottish Ministers*, London, HRSO.
- CHOO A., 1993, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Londres, Clarendon Press.
- CHOO A., NASH S., 1999, What's the matter with section 78 ?, *Criminal Law Review*, 929.
- CHOONGH S., 1997, *Policing as Social Discipline*, Londres, Clarendon, Collection "Studies in Criminology".
- CHRISTIAN P., 1983, *Policing by Coercion*, Londres, Greater London Council.
- CLARKE C., MILNE R., 2001, *National Evaluation of the PEACE Investigative Interviewing Scheme*, Londres, Home Office, PRAS.
- COMMISSIONER LORD NOLAN, 1999, *Annual Report*, London.
- DANET J., 2003, Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité, *Archives de Politique Criminelle*, septembre, 5, 37-69.
- DANET J., (dir.), 2004, *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Paris, Dalloz, Collection "Journées d'Études, Dossiers".
- DE LAJARTRE A., 1996, Fonctions et fictions des "miradors électroniques" publics. La vidéosurveillance dans la loi du 21 janvier 1995, *JCP*, 3955, 318-319.
- DELMAS-MARTY M., 1992, *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris, Presses Universitaires de France.
- DELMAS-MARTY M., 1995, *Procédures pénales d'Europe*, Paris, Presses Universitaires de France.
- DELMAS-MARTY M., 1996, La preuve pénale, *Droits*, 23, 53-65.

- DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.L., 2000, Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 10-12, 753-780.
- DITTON J., 1998, Public support for town centre CCTV schemes. Myth or reality?, in NORRIS C., MORAN J., ARMSTRONG G., (dir.), *Surveillance, Closed Circuit Television, and Social Control*, Ashgate, Atheneum Press.
- DITTON J., SHORT E., 1999, Yes, it works. No, it doesn't. Comparing the effects of open-street CCTV in two adjacent Scottish town centres, in PAINTER K., TILLEY N., *Surveillance of Public Places. CCTV, Street Lightning, and Crime Prevention*, Londres, Criminal Justice Press, 201-224.
- DITTRICH, 1998, Beitrag, *Der Strafverteidiger*, 336- 337.
- DOUTREPEMUCH Ch., DOUTREPEMUCH F., 2001, Les empreintes génétiques en pratique judiciaire, in DOUTREPEMUCH Ch., (dir.), *Dix ans d'empreintes génétiques*, Paris, La Documentation Française/IHÉSI, 25-32.
- DUTTKE, 1999, *Juristenzeitung*, 261.
- EISENBERG U., 1999, *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*, München, Beck.
- EVANS R., 1993, *The conduct of police interviews with juveniles*, Londres, Royal Commission on Criminal Justice, Collection "Research Study".
- EWING K., GEARTY C., 1990, *Freedom under Thatcher. Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford, Oxford University Press.
- FENWICK H., 2000, *Civil Rights. New Labour, Freedom and the Human Rights Act*, Harlow, Pearson Education.
- FOTTORINO E., 2003, ADN cauchemar, *Le Monde*, 25 octobre, 34.
- FOUCAULT M., 1975, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard.
- GALLOUX J.C., 1991, L'empreinte génétique. La preuve parfaite ?, *JCP*, G.I.3497, 25.
- GEISLER C., 2001, Einführung in das Thema, in GEISLER C., (dir.), *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren*, Wiesbaden, Kriminologische Zentralstelle e.V., 31, 21.
- GERCKE B., 2002, Überwachung des Mobilfunkverkehrs. Das Handy als "Allroundmittel" zur Ausforschung, *Bürgerrechte und Polizei/CILIP*, 71, 1, 20-28.
- GIUDICELLI A., 2001, Chronique jurisprudence, *Revue des Sciences Criminelles*, 2, 604-610.
- GRAALMANN-SCHEERER K., 1999, Zur Zulässigkeit der Einwilligung in die Entnahme von Körperzelle und in die molekulargenetische Untersuchung, *Juristische Rundschau*, 11, 453-455.
- GRAVEN M., 1959, Les moyens admissibles d'investigation moderne dans l'enquête de police et l'instruction pénale, *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 277.
- GRAY M., 2003, Urban surveillance and panopticism. Will we recognize the facial recognition society ?, *Surveillance and Society*, 1, 3, 314-330.
- GUERRIER C., 2000, *Les écoutes téléphoniques*, Paris, CNRS Éditions, Collection "CNRS Droit".
- HAGGERTY K., ERICSON R., 2000, The surveillant assemblage, *British Journal of Criminology*, 51, 4, 227-248.
- HENNION-JACQUET P., 2003, Les nullités de l'enquête et de l'instruction. Un exemple du déclin de la légalité procédurale, *Revue des Sciences Criminelles*, 1, n. 121.

- HINTERHOFEN H., 2000, Audiovisuelle vernehmungem, in LAGODNY O., (dir.), *Der Strafprozeß vor neuen Herausforderungen*, Baden-Baden, Nomos, 235.
- HOME OFFICE INSPECTORATE CONSTABULARY, 2002, *Under the microscope refocused. A revisit to thematic inspection report on scientific and technical support*, Londres, HMIC.
- HULIN J.C., 1999, L'enregistrement audio-visuel des actes d'enquête et d'instruction en France à la lumière de la loi du 17 juin 1998, *Petites Affiches*, 26 février, 41, 28-32.
- HUNERFELD P., 1992, Le droit allemand, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1^{er} et 2^e trimestres, 59-60.
- INTERPOL DNA UNIT, 2003, *Global DNA Database Inquiry 2002*, Lyon, Interpol.
- IRVING B., MCKENZIE I., 1989, *Police Interrogations. The Effects of the Police and Criminal Evidence Act 1984*, Londres, Routledge.
- JOBARD F., 1999, *Les violences policières. État des recherches dans les pays anglo-saxons*, Paris, l'Harmattan, Collection "Logiques Politiques".
- JOBARD F., 2000, Une police pure. La lutte contre la criminalité organisée vue par Norbert Pütter, *Cultures et Conflits*, 38-39, 241-254.
- JOBARD F., 2003, Les deux visages de la sécurité en Allemagne, in FROMENT J.Ch., GLEIZAL J.J., KALUSZYNSKI M., (dir.), *Les États à l'épreuve de la sécurité*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 192-216.
- JOBARD F., 2004, L'ajustement et le hiatus. La prison allemande après la Réunification, in LASCOUMES P., ARTIÈRES Ph., (dir.), *Gouverner et enfermer*, Paris, Presses de Sciences-Po, 83-110.
- JOBARD F., LINHARDT D., 2003, Der Kontrolleur und der Verwalter. Vergleichende Pragmatik zweier Modalitäten des "Polizierens", in ALLMENDINGER J., (dir.), *Entstaatlichung und soziale Sicherheit*, Leske-Budrich (texte sur CD-ROM).
- JUSTICE, 2000, *The Regulation of Investigatory Powers Bill. Briefing paper*, Londres, Justice.
- KAUFFMANN P., URETA L.F., 2000, Die richterliche anordnungs- u. begründungspraxis, *Der Strafverteidiger*, 103.
- KAYSER P., 1981, L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises, in *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Paris, Dalloz, 191.
- KELLER, 1989, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2289.
- KERN F., 1992, *Les écoutes au regard du droit répressif français et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Université de Paris II (thèse).
- KLEINKNECHT T., MEYER-GÖBNER L., *Strafprozessordnung*, München, C.H. Beck.
- KLOPP A.M., 2002, La répression des infractions à caractère sexuel en Allemagne, *Revue des Sciences Criminelles*, 3, 565-579.
- KOCH B., 1998, *The Politics of Crime Prevention*, Aldershot, Ashgate.
- KOERING-JOULIN R., WASCHMANN P., 1989, Rapport français, in DELMAS-MARTY M., *Raisonnement la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France.
- KÖHLER M., 1996, *Der Strafverteidiger*, 186.
- KOMTER M., 2001, La construction de la preuve dans un interrogatoire de police, *Droit et Société*, 48, 367-395.

- KUTSCHA M., MÖRITZ M., Lanschangriffe zur vorbeugenden Straftatenbehämpfung ?, *Der Strafverteidiger*, 1998, 564-568.
- LATOUR B., 1991, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La Découverte.
- LAZERGES Ch., 2001, Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes. Histoire d'une navette parlementaire, *Revue des Sciences Criminelles*, 1, 14.
- LÉAUTÉ J., 1958, Les procédés nouveaux d'investigation et la protection des droits de la défense, *Revue des Sciences Criminelles*, suppl. n° 2, 23.
- LEFEBVRE S., 1999, *Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Canada*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection "Centre de Droit Social".
- LEGGATT A. Sir, 2002-2003, *Annual Report of the Chief Surveillance Commissioner to the Prime Minister and to Scottish Ministers*, London, HMSO.
- LESCLOUS V., MARSAT C., 1993, La façon dont une partie recueille ses preuves est, sauf texte exprès, sans influence sur la validité de la procédure, *Droit pénal*, 6, 4.
- LEUTHEUSSER-SCHNARRENBERGER S., 1998, Beitrag, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 88.
- LÉVY R., 1985, *Scripta manent*. La rédaction des procès-verbaux, *Sociologie du Travail*, 4, 410-423.
- LÉVY R., 2003, *Légaliser pour mieux contrôler ? Les livraisons surveillées de stupéfiants et la loi française du 19 décembre 1991*, Guyancourt, CESDIP, Collection "Études et Données Pénales", 91.
- LIANOS M., 2001, *Le nouveau contrôle social. Toile institutionnelle, normativité et lien social*, Paris, l'Harmattan.
- LISKEN H., 1993, Beitrag, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 121-123.
- LUCHAIRE F., 1995, La vidéosurveillance et la fouille des voitures devant le Conseil constitutionnel, *Revue de Droit Pénal*, 575.
- LÜHR R., 1992, Beitrag, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 929.
- MAGUIRE M., 2003, Criminal investigation and crime control, in NEWBURN T., (dir.), *Handbook of Policing*, Devon, Willan, 379-380.
- MAGUIRE M., NORRIS C., 1992, *The Conduct and Supervision of Criminal Investigation*, Londres, HMSO, Collection "Research Study".
- MARGUÉNAUD J.P., 2000, Le droit à l'expertise équitable, *Dalloz*, 111 et suiv.
- MARON A., 1999, *Droit pénal*, comm. 77, 22.
- MARTELLY J.H., 2001, Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire, in DOUTREPEMUCH Ch., (dir.), *Dix ans d'empreintes génétiques*, Paris, La Documentation Française/IHÉSI, 123-124.
- MATASSA M., NEWBURN T., 2003, Police and terrorism, in NEWBURN T., (dir.), *Handbook of Policing*, Devon, Willan, 486.
- MATELLY J.H., 2000, Critique de la preuve génétique, *Revue de la Gendarmerie Nationale*, 195, 87-97.
- MATSOPOULOU H., 1996, *Les enquêtes de police*, Paris, LGDJ, Collection "Bibliothèque des Sciences Criminelles".
- MAUL H., 2001, Der Einsatz von verdeckten Ermittlern und V-Personen im Spiegel der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs, in GEISLER C., (dir.), *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren*, Wiesbaden, Kriminologische Zentralstelle e.V., 30-31.

- MC CONVILLE M., MORRELL P., 1983, Recording the interrogation. Have the police got it taped ? , *Crim. LR*, 162.
- MC CONVILLE M., SANDERS A., LENG R., 1991, *The Case for Prosecution*, Londres, Routledge.
- MEYER J., HETZER W., 1998, Neue Gesetze gegen die organisierte Kriminalität, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1017-1029.
- MICHAUD J., 2001, Les empreintes génétiques entre science et droit, in DOUTREPEMUICH Ch., (dir.), *Dix ans d'empreintes génétiques*, Paris, La Documentation Française/IHÉSI, 99-100.
- MILANOVA A., 2003, Preuve corporelle, vérité scientifique et personne humaine, *Revue de la Recherche Juridique*, XXVIII, 99, 3, 1776-1777.
- MOLINA E., 2001, *La liberté de la preuve en droit français contemporain*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- MOMSEN C., 1998, Beitrag, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 459.
- MONJARDET D., 2002, Police et sécurité dans l'arène électorale, *Sociologie du Travail*, 22, 543-555.
- MOUHANNA Ch., 2001, *Polices judiciaires et magistrats. Une affaire de confiance*, Paris, La Documentation Française, Collection "Perspectives sur la Justice".
- MURPHY P., STOCKDALE E., (dir.), 2001, *Blackstone's Criminal Practice*, Londres, Blackstone.
- NACK A., 1999, in PFEIFFER G., (dir.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, Beck (4^{ème} édition), § 100 a StPO, Rn. 6.
- NECCHI G., 2001, Dix ans d'empreintes génétiques, in DOUTREPEMUICH Ch., (dir.), *Dix ans d'empreintes génétiques*, Paris, La Documentation Française/IHÉSI, 35-36.
- NEWBURN T., HAYMAN S., 2002, *Policing, Surveillance and Social Control*, Cullompton, Willan.
- NEYROUD P., 2003, Policing and ethics, in NEWBURN T., (dir.), *Handbook of Policing*, Devon, Willan, 578-601.
- NEYROUD P., BECKLEY A., 2001, Regulating informers : The regulation of investigatory powers act, covert policing and human rights, in BILLINGSLEY R., NEMITZ T., BEAN Ph., (dir.), *Informers. Policing, Policy, Practice*, Cullompton, Millan, 167.
- NIETO M., JOHNSTON-DODDS K., SIMMONS C.W., 2002, *Public and Private Applications of Videosurveillance and Biometrics Technologies*, Sacramento, California State Library.
- NOGALA D., 2003, DNA-Identifizierung. Transformationen einer kriminalistischen Wunderwaffe, *Bürgerrechte und Polizei/CILIP*, 76, 3, 29-30.
- NORRIS C., ARMSTRONG G., 1999, *The Maximum Surveillance Society*, Oxford, Berg.
- OCQUETEAU F., 2002, *Ordonner le désordre*, Paris, La Documentation Française.
- OHLER N., 2000, Beitrag, *Der Strafverteidiger*, 326-328.
- OLG HAMBURG, 1973, *Neue Juristische Wochenschrift*.
- OLG ZWEIBRÜCKEN, 1970, *Neue Juristische Wochenschrift*.
- PACIOCCO D., 1991, The stay of proceedings as a remedy in criminal cases. Abusing the abuse of process concept, *Journal of Criminal Law*, 15, 316.
- PAINTER K., 2001, Contribution à la conférence "Ensuring the effectiveness of CCTV", Londres, décembre.
- PAINTER K., TILLEY N., 1999, *Surveillance of Public Places. CCTV, Street Lightning, and Crime Prevention*, Londres, Criminal Justice Press.

- PELLET R., 1995, La vidéosurveillance et l'application de la loi Informatique et libertés, *Revue Administrative*, 142-150.
- PELTIER E., 1999, *Le secret des correspondances*, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- PHILIPPS P.J., et al., 2002, *An introduction to evaluating biometric systems*, U.S. Department of Defense Counterdrug Technology Development Program Office.
- PIOT D., Évolution des empreintes génétiques et enquête pénale, in DOUTREPEMUICH Ch., (dir.), *Dix ans d'empreintes génétiques*, Paris, La Documentation Française/IHÉSI, 120-122.
- PRADEL J., 1992, *Un exemple de restauration de la légalité criminelle. Le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, Paris, Dalloz.
- PRADEL J., 1998, *De l'enquête pénale proactive. Suggestions pour un statut légal*, Paris, Dalloz.
- PRADEL J., 2001, *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Évolution ou révolution ?*, Paris, Dalloz.
- PRADEL J., 2003, La procédure pénale au début du XXI^{ème} siècle, *Revue de Procédure et de Droit Pénal*, 2, 351.
- PÜTTER N., 1998, *Der OK-Komplex. Organisierte Kriminalität und ihre Folgen für die Polizei in Deutschland*, Münster, Westfälisches Dampfboot.
- PÜTTER N., 2002, Telekommunikationsüberwachung. Wer darf was wann. Eine Kurzübersicht, *Bürgerrechte und Polizei/CILIP*, 71, 1, 17.
- RAUM F., PALM H., 1994, Beitrag, *Juristenzeitung*, 447-450.
- RENUCCI J.F., 2001, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ (2^{ème} édition).
- ROGGAN F., 2001, Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen. Immer mehr gefährliche Plätze für Freiheitsrechte, *NVwZ*, 134-141.
- ROXIN C., 1997, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 18.
- ROXIN C., 1999, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 150.
- SANDERS A., et al., 1989, *Advice and Assistance at Police Station and the 24 Hours Duty Solicitor Scheme*, Londres, Lord Chacellor's Department.
- SANDERS A., YOUNG R., 1994, *Criminal Justice*, Londres, Buttersworth.
- SANDERS A., YOUNG R., 2003, Police powers, in NEWBURN T., (dir.), *Handbook of Policing*, Devon, Willan, 228-258.
- SCHILY O., 1999, Beitrag, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 129.
- SCHLOTHAUER R., 1999, *Der Strafverteidiger*, 49.
- SCHÜNEMANN W.B., 1978, Beitrag, *Neue Juristische Wochenschrift*, 406.
- SENGE L., 1997, Beitrag, *Neue Juristische Wochenschrift*.
- Senge, 1999, Besetze zur Änderung der StPo, *Neue Juristische Wochenschrift*, 253-255.
- SHARPE S., 1994, Covert police operations and the discretionary exclusion of evidence, *Criminal Law Review*, 793.
- SHARPE S., 1998, The privilege against self-incrimination. Do we need a preservation order?, *Anglo-American Law Review*, 27, 4, 494.
- SHARPE S., 2000, *Search and Surveillance. The Movement from Evidence to Information*, Aldershot, Ashgate.

- SKOLNICK J., 1975, *Justice without Trial*, New-York, Wiley (2^{ème} édition).
- SPENCER J.R., 1998, *La procédure pénale anglaise*, Paris, Presses Universitaires de France.
- STATE WATCH NEWS, 2002, *UK. Surveillance of Communication goes through the Roof*, London, State Watch.
- STEVENTON B., 1995, Creating a DNA Database, *The Journal of Criminal Law*, 411.
- STOCK J., KREUZER A., 1996, *Drogen und Polizei. Eine kriminologische Untersuchung polizeilicher Rechtsanwendung*, Bonn, Forum Verlag Godesberg.
- STOLLE P., HEHLENFELD R., 2002, Gefährliche Orte oder gefährliche Kameras ? Die Videoüberwachung im öffentlichen Raum, *Kriminologisches Journal*, 257-272.
- TAK P., VAN EIKEMA HOMMES G., 1993, Le test ADN et la procédure pénale en Europe, *Revue Internationale Criminelle et de Police Technique et Scientifique*, 679.
- VIRIOT-BARRIAL D., 2000, De l'identification d'une personnes par ses empreintes génétiques, in SÉRIAUX A., (dir.), *Le droit de la biologie humaine, vieux débats et nouveaux enjeux*, Paris, Ellipses, 81.
- VOLK K., 1999, Beitrag, *Neue Strfracht Zeitschrift*, 169.
- VOLKMAR R.D., 1997, Kriminalistische Akustik und TÜ, *Der Kriminalist*, 30, 205.
- CONFÉRENCE DES MINISTRES DE L'INTÉRIEUR DES LÄNDER (IMK), 1986 Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes, *Bürgerrechte und Polizei*, 12 mars, 24, 2, 75-78.
- WALKER C., MCGUINNESS M., 2002, Commercial risk, political violence and policing in the city of London, in CRAWFORD A., (dir.), *Crime and Insecurity. The Governance of Safety in Europe*, Cullompton, Willan, 234-259.
- WEHBI D., 2000, La captation, la conservation, la transmission de la voix et de l'image, in COLLECTIF, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation et l'Université Paris V-René Descartes, Paris, La Documentation Française, 36.
- WELP J., 1995, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 602.
- WELSH B.C., FARRINGTON D.P., 2002, *Crime Prevention Effects of CCTV. A Systematic Review*, Londres, Home Office, RDS.
- WIDMAIER G., 2001, Die höchstrichterliche Rechtssprechung zum Einsatz von verdeckten Ermittlern und V-Personen aus der Sicht des Strafverteidigers, in GEISLER C., (dir.), *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren*, Wiesbaden, Kriminologische Zentralstelle e.V., 31, 54-56.
- WILLIAMSON T., BAGSHAW P., 2001, The ethics of informer handling, in BILLINGSLEY R., NEMITZ T., BEAN Ph., (dir.), *Informers. Policing, Policy, Practice*, Cullompton, Millan, 98-109.