

L'admission de la preuve illégale : la Chambre criminelle persiste et signe

Thierry Garé, Professeur à la Faculté de droit de Toulouse

1 - Le juge pénal peut-il prendre en compte une preuve obtenue de manière illégale ? C'est à cette question lancinante que répond, par l'affirmative, l'arrêt ci-dessus reproduit (1).

Plusieurs personnes sont poursuivies sous les qualifications d'escroquerie, faux et usage. Durant l'instruction, l'un des prévenus et un témoin remettent au magistrat instructeur des écrits contenant des éléments à charge qui ont été obtenus de manière frauduleuse (2). La partie civile remet, quant à elle, au juge d'instruction plusieurs enregistrements de communications téléphoniques avec les prévenus qu'elle a effectués à l'insu de ses interlocuteurs (3). Le juge d'instruction ordonne la transcription des enregistrements téléphoniques et verse l'ensemble de ces pièces, pourtant illégalement obtenues, au dossier de la procédure. Devant la chambre d'accusation de Paris, les prévenus invoquent la nullité « de la décision du juge d'instruction de verser au dossier de la procédure » les documents et enregistrements litigieux. La question posée à la chambre d'accusation était donc double. D'une part, la décision de verser au dossier des preuves obtenues illégalement est-elle susceptible d'annulation ? D'autre part, l'admission d'éléments de preuve obtenus illégalement est-elle de nature à vicier la procédure d'instruction ? La chambre d'accusation, approuvée sur ce point par la Chambre criminelle, rejette ces griefs. Elle admet donc, implicitement, que la décision de prendre en compte des preuves illégales n'est pas susceptible d'annulation (I). Et elle ajoute, explicitement, qu'elle ne constitue pas, non plus, un vice de la procédure d'instruction (II).

I - La décision de verser au dossier des preuves illégales n'est pas susceptible d'annulation

2 - Il ne fait pas de doute que rien n'interdit au plaignant de se procurer des preuves à l'appui de sa plainte et de transmettre celles-ci au juge d'instruction. Et la Chambre criminelle a déjà jugé que des enregistrements téléphoniques réalisés illégalement ne sont que des pièces à conviction et non des actes de procédure (4). Aussi l'argumentation développée en l'espèce était-elle légèrement différente. Les prévenus demandaient l'annulation non pas du recueil d'éléments de preuve illégaux, mais de la décision de verser ces éléments au dossier. Selon eux, la décision prise par le juge d'instruction de verser au dossier de la procédure des preuves obtenues de manière illégale était, en elle-même, entachée d'irrégularité. Ils demandaient donc à la chambre d'accusation de prononcer l'annulation de cette décision, afin que les preuves litigieuses soient retirées des débats.

La Chambre d'accusation, soutenue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, rejette cette demande sans d'ailleurs répondre vraiment à l'argumentation des prévenus. Il semble toutefois que celle-ci était vouée à l'échec. En effet, pour savoir si la décision de verser au dossier des preuves illégales est susceptible d'annulation, il faut préciser la nature juridique de cette décision. Il ne fait pas de doute qu'elle ne constitue ni un acte d'information (5), ni un mandat (6). Reste une interrogation : cette décision peut-elle être rattachée à la catégorie des ordonnances du juge d'instruction ? On pourrait être tenté de le croire et de ranger la décision de verser au dossier certains éléments de preuve dans la catégorie des ordonnances administratives du juge d'instruction (7). Pour autant, les ordonnances du juge d'instruction sont, en principe, des décisions prises par écrit et elles doivent être revêtues de la signature du magistrat instructeur (8), ce qui n'est pas le cas de la décision de verser au dossier des éléments de preuve. Il ne s'agit donc pas d'une ordonnance. Et si l'on peut effectivement voir dans cette décision un reflet de l'activité administrative du juge d'instruction, il est peut-être préférable de la rattacher aux mesures d'administration judiciaire qui sont, par nature, insusceptibles de recours. Aucun moyen de nullité ne semble donc envisageable contre la

décision de verser au dossier les preuves obtenues illégalement.

3 - Pourtant, cette décision n'est pas anodine. Elle ne peut être considérée comme purement matérielle. En effet, si le juge d'instruction verse au dossier de la procédure un élément de preuve, c'est qu'il en a perçu l'importance dans le cadre de la recherche de la vérité et, le plus souvent, qu'il prévoit l'utilisation qu'il sera possible d'en faire par la suite, lors du jugement. Dès lors, l'absence de tout recours contre la décision d'admission de tel ou tel élément de preuve peut paraître choquante, surtout lorsque, comme en l'espèce, cet élément de preuve a été obtenu de manière illégale. Cependant, pour la Cour de cassation, l'admission d'une preuve illégale ne constitue en rien un vice de la procédure d'instruction.

II - L'admission de la preuve illégale ne constitue pas un vice de l'instruction

4 - A l'appui de leur pourvoi, les demandeurs faisaient valoir que le principe de la loyauté de la preuve interdit au juge d'instruction « de déclarer admissibles des preuves obtenues par ruse, dissimulation, surprise ou tout autre moyen déloyal, illicite ou illégal ».

En l'espèce, il ne fait pas de doute que les preuves retenues par le juge d'instruction avaient été obtenues illégalement : les documents écrits avaient été volés ; quant aux documents sonores, ils avaient été obtenus dans des circonstances portant atteinte à la vie privée, sans que soient respectées les dispositions relatives aux écoutes téléphoniques (9). Pour autant, la Cour de cassation écarte le moyen au double motif d'une part que « la circonstance que des documents ou des enregistrements [...] aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure » et d'autre part que les pièces et documents illégaux ne constituent que « des moyens de preuve dont la valeur peut être discutée contradictoirement ».

5 - Sur le premier point, la position de la Haute juridiction est malheureusement classique. En effet, la Chambre criminelle a affirmé à plusieurs reprises « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illégale » (10). L'affirmation vaut sans doute pour le code de procédure pénale : le principe de liberté de la preuve pénale (11) interdit, selon certains auteurs, au juge d'écarter une preuve illégale (12) qui sera appréciée souverainement par les juges du fond. Elle semble également valable au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque la Cour de Strasbourg a jugé à plusieurs reprises que la recevabilité de la preuve illicite n'est pas en contradiction avec l'exigence d'un procès équitable énoncée par l'art. 6, paragr. 1, Conv. EDH (13). Selon la Cour européenne, la question de la recevabilité de la preuve relève du droit interne et les juges strasbourgeois ont seulement pour mission de vérifier que les preuves ont été produites dans des conditions garantissant au prévenu un procès équitable (14). La Cour européenne a d'ailleurs décidé que la convention « ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale » (15). Les exigences de l'équité semblent donc se limiter à ce que le prévenu ait été informé de la preuve produite contre lui, et qu'il ait pu la discuter. Dès lors, on comprend mieux l'importance du second motif retenu par la Chambre criminelle dans l'arrêt ci-dessus rapporté : la discussion contradictoire du mode de preuve.

6 - Selon la Chambre criminelle, la preuve illégale est parfaitement recevable dès lors qu'elle peut être, ensuite, contradictoirement discutée. On retrouve là la seule limite imposée au juge par l'art. 427 c. pr. pén. Le juge peut retenir tout mode de preuve (al. 1), mais il ne peut, dans son intime conviction, fonder sa décision que sur des éléments de preuve contradictoirement discutés devant lui (al. 2). Le principe du contradictoire purgerait en quelque sorte la preuve de son origine illicite.

Cette motivation n'est pas nouvelle puisque la Chambre criminelle a déjà admis, notamment dans le cas des appels téléphoniques malveillants, que le juge peut fonder sa décision de condamnation sur des enregistrements sonores effectués illégalement (16) par la victime desdits appels, au motif que le prévenu peut discuter les éléments de preuve réunis contre lui (17). La preuve admissible, c'est donc celle qui peut être contradictoirement discutée

☞(18).

7 - Cette position est singulière.

Il ne fait pas de doute que le principe du contradictoire est un principe directeur du procès, commun à la procédure civile et à la procédure pénale ☞(19). Pour autant, faire jouer à ce principe un rôle de régularisation de l'origine frauduleuse de la preuve nous paraît discutable. En effet, la vertu première du principe du contradictoire est de permettre à chaque partie d'être appelée et de pouvoir, lorsqu'elle est présente à l'instance, présenter ses arguments et discuter librement ceux de son adversaire. Aussi, on voit mal comment cette libre discussion peut faire disparaître l'illégalité à l'origine de l'obtention de la preuve. Tout au plus celui à qui l'on oppose une preuve obtenue illégalement pourra-t-il invoquer son caractère illégal, mais sans aucune certitude que la preuve illégale sera écartée des débats puisque le tout est suspendu à l'intime conviction du juge ☞(20).

8 - Sans doute peut-on faire valoir que la recherche de la vérité et l'efficacité des investigations commandent une large admissibilité des preuves en matière pénale ☞(21). Nous n'en disconvenons pas. Mais peut-être serait-il souhaitable que soient systématiquement écartés les éléments de preuve obtenus à la suite d'une infraction pénale ☞(22). Ne faudrait-il pas, dans une telle hypothèse, admettre qu'une telle preuve est irrégulière par principe, c'est-à-dire indépendamment de toute atteinte aux droits de la défense ou de toute violation du principe du contradictoire ? En faveur de cette solution, on peut faire valoir plusieurs arguments.

D'une part, il n'échappe à personne que la solution actuelle rappelle d'assez près celle - unanimement critiquée en doctrine - des arrêts *Argoud*☞(23) et *Barbie*☞(24) en matière d'extradition. Or, l'efficacité pratique ne peut pas tout justifier. Dès lors, s'il est admis aujourd'hui que le principe de liberté des preuves trouve des limites nécessaires dans l'exclusion de la torture ou du détecteur de mensonge, pourquoi ne pas poser en principe le rejet des éléments de preuve obtenus au moyen de la commission d'un crime ou d'un délit ?

D'autre part, il n'est pas très cohérent d'imposer au juge d'instruction d'accomplir « conformément à la loi » ☞(25) les actes nécessaires à la manifestation de la vérité s'il peut prendre en compte des éléments obtenus illégalement par d'autres que lui.

Enfin, et d'un point de vue théorique, il est certain que le droit de la preuve gagnerait incontestablement en cohérence si l'on admettait, dans tous les contentieux, que la preuve illicite doit être écartée des débats. On comprend mal, en effet, que l'enregistrement illégal de l'image ou des paroles d'une personne soit admissible en matière pénale alors qu'il ne l'est ni dans le contentieux familial, ni dans le contentieux du travail ☞(26). La loyauté ne se divise pas.

9 - Reste à savoir, puisqu'il n'existe pas de texte, sur quoi fonder l'exclusion de la preuve illégale. La réponse était fournie par les demandeurs au pourvoi, qui invoquaient le principe de loyauté de la preuve. La plupart des auteurs admet, en effet, l'existence, en droit français, d'un principe de loyauté de la preuve pénale ☞(27). En application de ce principe, et pour s'en tenir au droit de la preuve ☞(28), on considère que ne peuvent être versées au dossier pénal « que les preuves obtenues par des moyens admissibles eu égard [...] à notre degré de civilisation » ☞(29). En conséquence, devraient être écartées des débats les preuves « obtenues par des procédés déloyaux » ☞(30). Or, on peut difficilement ne pas considérer comme déloyale une preuve obtenue par la commission d'une infraction pénale...

En matière pénale, la fin ne peut justifier les moyens. C'est pourquoi l'on ne peut que regretter que la Cour de cassation, gardienne du droit, campe sur des positions aussi discutables. Quant au législateur actuel, avide de réformes de procédure pénale, peut-être pourrait-il s'inspirer de l'exemple fourni par le code italien de procédure pénale dont l'art. 191 dispose que « les preuves acquises en violation des interdictions établies par la loi ne peuvent pas être utilisées » ☞(31).



**Mots clés :**

PREUVE \* Matière pénale \* Administration de la preuve \* Loyauté de la preuve \* Valeur probante \* Principe du contradictoire

(1) V. égal. Bull. crim., n° 59.

(2) Le prévenu et le témoin ont, semble-t-il, été condamnés pour avoir détourné ces documents au préjudice de leur employeur.

(3) Délit prévu et réprimé par l'art. 226-1 c. pén.

(4) Cass. crim., 28 avr. 1987, Bull. crim., n° 173 ; Cass. crim., 11 févr. 1992, Bull. crim., n° 66 ; D. 1992, IR p. 175  ; Cass. crim., 23 juill. 1992, D. 1993, Somm. p. 206, obs. J. Pradel  (la production, par le plaignant, d'un enregistrement vidéo réalisé à l'insu des personnes suspectées d'avoir commis une infraction ne constitue pas un acte d'information susceptible d'annulation) ; Cass. crim., 6 avr. 1993, JCP 1993, II, n° 22144, note M.-L. Rassat.



(5) Par actes d'information, on désigne tous les actes qui tendent à la découverte de la vérité et à la recherche des preuves. Entrent dans cette catégorie les actes que le juge d'instruction accomplit lui-même (interrogatoires, auditions, perquisitions, saisies, reconstitutions...), ainsi que ceux qu'il fait accomplir par un officier de police judiciaire ou par un autre magistrat au moyen d'une commission rogatoire (art. 81, al. 4, 151 et 152 c. pr. pén.).

(6) Les mandats sont des ordres écrits, donnés par le juge d'instruction et qui ont en commun de porter atteinte à la liberté de la personne : J. Pradel, Procédure pénale, 8e éd., Cujas, préc., n° 446. Il s'agit donc d'actes coercitifs, caractère que ne présente assurément pas la décision de verser une preuve à un dossier de procédure.

(7) En versant au dossier des éléments de preuve, le juge ne statue pas sur une prétention. Il ne tranche pas de litige. Sa décision n'a pas un caractère juridictionnel. Sur le critère de distinction entre ordonnances juridictionnelles et ordonnances administratives du juge d'instruction, V. R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 2, 4e éd., 1989, n° 362.



(8) J. Pradel, Procédure pénale, 8e éd., Cujas, préc., n° 452.

(9) Art. 100 s. c. pr. pén.

(10) V. not. Cass. crim., 15 juin 1993, Bull. crim., n° 210 ; D. 1994, Jur. p. 623, note Mascala  ; Cass. crim., 6 avr. 1994, Bull. crim., n° 136 ; D. 1994, IR p. 155  ; Gaz. Pal. 1994, 2, p. 489, note Doucet.

(11) Art. 427, al. 1, c. pr. pén.




(12) En ce sens, C. Mascala, obs. sous Cass. crim., 15 juin 1993, préc., spéc. p. 615.

(13) CEDH, 12 juill. 1988, *Schenck*, série A, n° 140 ; CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski*, série A, n° 166 ; CEDH, 27 sept. 1990, *Windish*, série A, n° 186 ; CEDH, 19 déc. 1990, *Delta*, série A, n° 191 ; D. 1991, Somm. p. 213, obs. J. Pradel . Sur cette jurisprudence, V. not. M. van de Kerchove, La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Rev. science crim. 1992, p. 1 s. 

(14) M. van de Kerchove, art. préc., p. 10.

(15) CEDH, 12 juill. 1988, *Schenck*, préc., série A, n° 140, p. 29.

(16) Art. 368 ancien c. pén.

- (17) Cass. crim., 13 mai 1992, Dr. pén. 1993, comm. n° 8, obs. M. Véron ; Cass. crim., 17 juill. 1984, Bull. crim., n° 259 ; Rev. science crim. 1985, p. 304, obs. Levasseur ; Cass. crim., 20 mai 1992, Bull. crim., n° 201 ; Cass. crim., 26 janv. 1994, Bull. crim., n° 35.
- (18) Cass. crim., 11 févr. 1992, JCP 1992, IV, n° 1991. Et pour une application en matière d'expertise, V. Cass. crim., 9 nov. 1972, D. 1973, Somm. p. 19.
- (19) R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 2, 4e éd., Cujas, 1989, n° 5. Sanctionnant le non-respect du principe du contradictoire en procédure pénale, V. not. TGI Pontoise, 14 mars 1989, inédit, Juris-Data n° 043529.
- (20) Art. 427, al. 1er, c. pr. pén.
- (21) V., par ex., H. Leclerc, Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France, Rev. science crim. 1992, p. 15 s.  et spéc. p. 17, qui note : « une preuve est une preuve, et la Haute juridiction répugne à laisser impuni un coupable avéré et à sacrifier la vérité à des principes non écrits et dont la définition est l'objet de discussions ».
- (22) V., par ex., en matière douanière, CA Paris, 26 avr. 1990, JCP 1991, II, n° 21704, note J. Pannier, pourvoi rejeté par Cass. crim., 28 oct. 1991, JCP 1992, II, n° 21952, note J. Pannier.
- (23) Cass. crim., 4 juin 1964, JCP 1964, II, n° 13806, rapp. Comte.
- (24) Cass. crim., 6 oct. 1983, JCP 1983, II, n° 20107, rapp. Le Gunehec, concl. Dontenwille, note Ruzié ; D. 1984, Jur. p. 113, rapp. Le Gunehec.
- (25) Art. 81 c. pr. pén.
- (26) Cass. soc., 20 nov. 1991, D. 1992, Jur. p. 73, concl. Chauvy .
- (27) A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, Le droit de la police, 2e éd., Litec, 1998, n° 1399 ; M.-L. Rassat, Procédure pénale, PUF, coll. « droit fondamental », 2e éd., 1995, n° 209 p. 329 ; P. Conte et P. Maistre du Chambon, Procédure pénale, 2e éd., A. Colin, 1998, p. 37 ; J. Pradel, Procédure pénale, 8e éd. Cujas, préc., n° 277 et 310 ; avec plus de nuances, R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, t. 2, préc., n° 130 ; *Adde* l'article toujours actuel de P. Bouzat, La loyauté dans la recherche des preuves, Mélanges Hugueney, 1964, p. 155 s.
- (28) Sur les implications du principe de loyauté des preuves en matière de provocations policières, V. not., P. Maistre du Chambon, La régularité des provocations policières, l'évolution de la jurisprudence, JCP 1989, I, n° 3422. *Adde* Cass. crim., 13 juin 1989, Bull. crim., n° 254 ; Cass. crim., 5 mai 1999, inédit, Juris-Data, n° 002091.
- (29) M.-L. Rassat, *ibid.*
- (30) M.-L. Rassat, *ibid.* Pour la sanction d'un enregistrement effectué par un policier à l'insu de son interlocuteur, V. Cass. crim., 16 déc. 1997, D. 1998, Jur. p. 354, note J. Pradel . Dans une formule révélatrice de la réticence des Hauts magistrats, la Chambre criminelle considère que cet enregistrement « élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense ».
- (31) J. Pradel, Droit pénal comparé, Coll. « Précis Dalloz », éd. 1995, n° 317. *Adde* M. Chiavario, Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne, Rev. science crim. 1992, p. 30 s. 