

# La dialectique « aveu – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé

Delphine CHALUS\*

## **Résumé**

Le droit de conserver le silence durant une procédure est aujourd'hui unanimement reconnu par le droit des États démocratiques comme une composante de la présomption d'innocence. Pourtant, selon les systèmes juridiques, qu'ils relèvent du droit continental ou de la common law, cette reconnaissance a été plus ou moins longue et le régime juridique appliqué à ce droit reste variable, suivant les époques et les États, en raison des craintes qu'il inspire relativement à l'établissement de la vérité et aux résultats répressifs. La comparaison des systèmes pénaux permet de mettre en exergue l'ambiguïté de ceux-ci dès lors qu'ils font la part belle à l'aveu. La dialectique entre la recherche de l'aveu et le respect du droit au silence domine aujourd'hui entièrement la procédure pénale, quelle que soit la famille

## **Abstract**

The right to remain silent during proceedings is universally recognized today in the law of democratic States as a component of the presumption of innocence. However, each legal system, be it Civil Law or Common Law, has developed this recognition in its own time and the legal application of this right has varied according to periods and States, due to the concerns it raises about the determination of truth and repressive results. A comparison of these two penal systems highlights the ambiguity of these systems since they both emphasize admissions. The interplay between attempting to obtain an admission and respecting the right to remain silent dominates criminal procedure today across legal systems. Yet it is probably Roman-Germanic law which manifests the most difficulties with

---

\* Docteur en droit public et chercheur au Centre Michel de l'Hôpital de l'Université d'Auvergne, Clermont Ferrand.

juridique. Mais c'est probablement le droit romano-germanique qui présente les plus grandes difficultés face à cette situation, la procédure inquisitoire jouant en faveur de la recherche de l'aveu au détriment du droit au silence. Toutefois, en dépit des différences entre les droits, un rapprochement entre les systèmes pénaux apparaît en faveur d'un plus grand respect du droit au silence et de la protection contre l'auto-incrimination qui en découle, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme.

this situation, as inquisitorial procedure encourages obtaining an admission at the expense of the right to silence. Nevertheless, despite these differences, a convergence of penal systems seems to be occurring in favour of the right to silence and the related protection against self-incrimination, following the impetus given by the European Court of Human Rights.

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	325
<b>I. L'aveu, moyen insatisfaisant d'établissement de la vérité judiciaire</b> .....	327
A. L'obligation de l'aveu .....	328
1. La nécessité de l'aveu : garantie des droits de l'accusé .....	328
2. La nécessité de l'aveu : déclencheur de la violation des droits de l'accusé.....	331
B. La reconnaissance du droit au silence .....	334
1. Les origines du droit au silence .....	334
2. La généralisation du droit au silence dans les droits occidentaux.....	338
<b>II. L'aveu, moyen nécessaire à l'établissement de la vérité judiciaire</b> .....	344
A. La mutation de l'aveu .....	344
1. La limitation de l'accueil de l'aveu comme preuve de culpabilité .....	345
2. L'aveu marchandé.....	348
B. La portée du droit au silence.....	352
1. L'applicabilité du droit au silence .....	353
a. L'étendue <i>ratione materiae</i> du droit au silence ....	353
b. L'étendue <i>ratione personæ</i> du droit au silence ....	356
2. Le caractère probant du silence.....	360



Pour le juriste, la vérité<sup>1</sup> judiciaire s'analyse en termes de syllogisme : la règle comme majeure, le fait litigieux comme mineure et la décision de justice comme conclusion<sup>2</sup>. Toutefois, s'agissant en particulier du droit pénal, cette vérité du syllogisme est impropre à emporter totalement l'adhésion. En effet, outre que l'on sait depuis longtemps que l'office du juge ne consiste pas simplement à n'être que « la bouche de la loi » (Montesquieu)<sup>3</sup>, la difficulté du droit pénal repose sur la vérification de la mineure : l'accusé est-il l'auteur des faits litigieux, c'est-à-dire quelle est la *réalité* des faits<sup>4</sup> ? Les tentatives de réponse doivent aujourd'hui se conformer aux exigences de la démocratie qui imposent que toute incertitude prévale à la défense<sup>5</sup>. Or, si l'incapacité à établir les faits n'induit pas l'échec du syllogisme, soit celui de la vérité judiciaire (laquelle consiste alors à déclarer l'accusé non coupable), elle laisse perdurer l'ignorance de la vérité-réalité et surtout elle ne permet pas à la justice pénale de remplir sa fonction. La question de la preuve des faits est ainsi

---

<sup>1</sup> La polysémie du terme « vérité » impose certains postulats sémantiques essentiellement organisés autour de la distinction entre vérité judiciaire, comprise comme le résultat d'un syllogisme parfait, et vérité-réalité, entendue comme la connaissance des faits (litigieux), nécessairement relative. Cf. les remarques d'Arnoldo WALD, « Rapport général », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXVIII « La vérité et le droit », Paris, Economica, 1987, p. 532-537.

<sup>2</sup> Jean-Marc LE MASSON, « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et Société* 1998.22.

<sup>3</sup> Voir Stéphane RIALS, « L'office du juge », *Droits* 1989.9.3.

<sup>4</sup> Voir Mireille DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits* 1996.23.55. L'auteur affirme que le désir de vérité est particulièrement présent en procédure pénale, ce qui conditionne le système de la preuve pénale et en dessine la spécificité.

<sup>5</sup> Le doute est une donnée constante du procès, mais seul un doute certain répondant à des caractéristiques spécifiques peut profiter à la personne poursuivie. Sur ce point, voir l'étude, parue à la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (« RSC »), dans Marie-Cécile NAGOUAS-GUÉRIN, « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale », RSC 2002.283. Englobant (p. 21-25) mais dépassant cette approche positiviste, le professeur Bredin propose une réflexion qui lie implicitement le doute et l'établissement de la vérité judiciaire. Voir Jean-Denis BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », (1996) 23 *Droits* 21.

Sur démocratie et procès pénal, voir Gérard SOULIER, « L'égalité de parole, principe de la démocratie et du procès pénal », dans Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1992, p. 243-253.

posée<sup>6</sup>. Parmi les preuves, il y a l'aveu, « déclarations par lesquelles l'intéressé reconnaît, en totalité ou en partie, le bien-fondé des accusations portées contre lui »<sup>7</sup>. Parce qu'il provient de l'accusé qui s'expose ainsi à la sanction alors qu'il aurait gagné à taire ses actes, l'aveu paraît le plus à même de présenter la vérité (entendue comme réalité) et permettre ainsi la rencontre entre vérité judiciaire et vérité-réalité. Pourtant, l'aveu n'occupe plus *en droit* une place centrale parmi les preuves. Aussi, il est permis de se demander dans quelle mesure le recul de l'aveu comme preuve (*probatio probissima*) dans la manifestation de la vérité judiciaire et la progression de la protection contre l'auto-incrimination n'auraient pas induit un droit à la rétention de la vérité judiciaire.

Partant du constat que, sous certaines conditions, l'aveu est tenu pour expression de la vérité<sup>8</sup>, l'analyse de la place accordée au témoignage de l'accusé dans la procédure pénale française<sup>9</sup> permet la mise à jour du recul progressif de celle-ci. C'est en recherchant les raisons de ce recul de l'aveu parmi les modalités de preuve en droit pénal que l'interrogation va se prolonger hors du cadre pénal et s'étendre au droit public. En effet, cette réflexion impose une approche plus globale que le droit pénal en se nourrissant des progrès constants de la protection des droits de la personne dégagés par le biais des droits fondamentaux dans les jurisprudences constitutionnelles et internationales, lesquels s'analysent en un droit de se taire et en une protection contre l'auto-incrimination. Ainsi, bien

<sup>6</sup> Ce n'est pas parce que la réflexion doctrinale sur le droit de la preuve comme instrument de vérité n'est pas nouvelle (cf. Xavier LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*. 1996. 32) qu'elle est inintéressante.

<sup>7</sup> Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 5<sup>e</sup> éd., t. II, Paris, Cujas, 2001, p. 234. Le droit français distingue l'aveu judiciaire (fait devant le juge) de l'aveu extrajudiciaire. L'aveu en matière pénale est divisible et rétractable. Cf. R. MERLE et A. VITU, préc., p. 238 et 239. Pour une réflexion plus approfondie sur la recherche de définition de l'aveu, voir le chapitre II « La notion juridique de l'aveu et le sens du mot aveu », dans Marie-José ARCAUTE-DESCAZEUX, *L'aveu. Essai d'une contribution à la justice négociée*, thèse de doctorat, Toulouse, Université Toulouse I, 1998, p. 66-108.

<sup>8</sup> Sur ce point, voir les réflexions de Renaud DULONG, « Présentation », dans Renaud DULONG (dir.), *L'aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, coll. « Droit et Justice », Paris, PUF, 2001, p. 7 et 8.

<sup>9</sup> Des incursions en droit comparé, autant en droit continental que dans le *common law* (d'où est originaire la protection contre l'auto-incrimination), seront effectuées afin de mettre en perspective l'évolution du droit français passée, actuelle et probable.

qu'il soit soumis à d'importantes pressions visant à en réduire la portée, c'est dans le droit pénal que le droit au silence tend à être consacré prioritairement, même s'il pourrait s'étendre à la « matière pénale » au sens européen<sup>10</sup>. La présente analyse permet ainsi d'envisager dans quelle mesure le droit français s'inscrit dans cette progression.

Dans l'évolution de la procédure pénale, le droit est passé d'une situation où l'aveu était obligatoire (cette affirmation se vérifie d'autant plus s'agissant du droit continental) à une situation où la reconnaissance du droit au silence n'empêche pas le maintien de l'aveu en bonne place parmi les modes de preuves. Ainsi, s'il y a bien eu un recul de l'aveu en raison de l'incapacité de ce dernier à garantir l'expression de la vérité (I), on ne peut pas parler d'une disparition de celui-ci. Il se maintient en dépit de ses insuffisances parce que malgré les progrès que la procédure pénale a pu faire, elle ne saurait se résoudre à abandonner un mode de preuve nécessaire (II).

## **I. L'aveu, moyen insatisfaisant d'établissement de la vérité judiciaire**

Durant l'évolution du droit de la famille romano-germanique, la procédure pénale a lentement renoncé à considérer l'aveu comme synonyme de vérité-réalité, admettant progressivement un droit au silence. Or, ce dernier peut être analysé comme la faculté de retenir la vérité, la charge d'établir cette dernière revenant à l'accusation, pendant indispensable de la présomption d'innocence. Comment une telle évolution a-t-elle pu se produire alors que d'un côté la préoccupation de vérité est une constante de l'institution judiciaire et que, de l'autre côté, l'aveu est présumé preuve aussi fidèle que possible de la réalité des faits ? Cette évolution ne s'est pas faite sans mal, laissant la justice aux prises avec les difficultés d'établir la vérité-réalité. Elle permet une réflexion sur les relations entre la justice pénale et l'aveu traduites par le passage d'une justice pénale *qui ne pouvait pas* fonctionner sans l'aveu (A) à une justice pénale *qui doit pouvoir* en faire l'économie (B).

---

<sup>10</sup> Sur la « matière pénale » au sens européen, voir : Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> éd., coll. « Droit fondamental/Classiques », Paris, PUF, 2005, p. 330-335.

## A. L'obligation de l'aveu

Dans la procédure pénale, l'aveu a longtemps été considéré comme une preuve à la fois suffisante et indispensable de culpabilité. En cela, il a été juridiquement synonyme de vérité-réalité. Cependant, le mécanisme dont il participe et qui à l'origine a permis de protéger les accusés (1) est devenu un instrument d'oppression dans lequel la recherche de la vérité-réalité est ignorée (2).

### 1. La nécessité de l'aveu : garantie des droits de l'accusé

Jusqu'à l'époque mérovingienne et carolingienne, la procédure judiciaire a été fondée sur le système accusatoire et probatoire de nature divine. Dans ce système, la culpabilité découlait de la volonté divine exprimée à travers la capacité de l'accusé à subir certaines épreuves préalablement définies (ordalie, duel judiciaire, serment purgatoire)<sup>11</sup>. La preuve tenait en réalité aux qualités physiques de l'individu qui, par sa résistance aux épreuves, permettait à Dieu d'exprimer sa volonté. Il n'y avait donc pas de place pour l'aveu. Pourtant, à partir de cette époque, celui-ci s'est imposé comme une preuve de première importance *de facto*, si ce n'est *de jure*<sup>12</sup>, à la faveur de deux évolutions du droit.

D'une part, il y a eu la rationalisation du droit pénal. En effet, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, les droits continentaux ont abandonné progressivement le système probatoire divin et ont connu le retour du droit romain et avec lui la procédure inquisitoire. L'introduction de la procédure inquisitoire en Europe a été longue et progressive, sur plusieurs siècles. Ainsi débutée environ au XII<sup>e</sup> siècle, elle a été confirmée et réglementée en France par l'ordonnance de 1670<sup>13</sup>. Le

---

<sup>11</sup> Voir Jean-Philippe LEVY, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge », *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* (ci-après « *Recueils* »), vol. XVII, Bruxelles, Librairie encyclopédique, 1965, p. 114-122.

<sup>12</sup> Pour une approche historique de l'aveu pénal, voir M.-J. ARCAUTE-DESCAZEUX, préc., note 7, p. 13-65.

<sup>13</sup> Voir Henri MARIOTTE, *Le principe inquisitoire, ses origines, sa nature, son évolution dans le droit français (Essai d'introduction aux projets de réformes du Code d'instruction criminelle)*, thèse de doctorat, Paris, Société française d'impression et de librairie, 1902. L'auteur situe la période de plein essor dans la construction de la procédure inquisitoire en France entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle (p. 81 et suiv.)

système probatoire a donc également changé, faisant la part belle à l'aveu. Dans la mesure où, en raison du très faible niveau d'alphabétisation et de l'illettrisme, à l'époque, l'écrit n'occupait pas la place qui lui est aujourd'hui réservée dans le corpus des preuves pénales ; les preuves orales étaient dominantes<sup>14</sup>. Parmi elles figuraient les aveux du suspect ou de l'accusé. Dans un monde juridique contraint à l'oralité, l'aveu était une preuve présentant les intérêts combinés de la rationalité (par rapport aux anciennes autres méthodes d'établissement de la vérité) et de l'apparente proximité d'avec la réalité des faits puisqu'il provenait d'un des acteurs (supposés) de ceux-ci. Ainsi, l'aveu a été l'une des preuves que le droit pénal a reconnues lorsqu'il a subi une forte rationalisation à partir du XII<sup>e</sup> siècle. Par ses propriétés propres, il était *de facto* très pratique pour les acteurs de la procédure judiciaire et assurait une forme de confort moral au juge. De plus, la rationalisation du droit ne s'est pas faite soudainement. L'aveu était alors empreint d'une dimension spirituelle et était considéré, dès lors, comme une confession salutaire à l'âme. Dans le contexte chrétien de l'époque, il était recherché, autant socialement que judiciairement<sup>15</sup>.

D'autre part, il y a eu l'adoption du système des preuves légales. Le système des preuves légales est un corpus de règles dans lequel la valeur probante de chaque preuve est prédéterminée par la loi et le juge n'a plus qu'à faire l'addition de différentes forces probantes pour observer si la preuve de la culpabilité est faite. À partir de l'adoption du système des preuves légales en Europe (XII<sup>e</sup> siècle)<sup>16</sup>, la valeur probante de l'aveu a été variable d'une époque à l'autre et d'un État à l'autre ou selon les auteurs<sup>17</sup>. En France, avec l'introduction du système des preuves légales au XIII<sup>e</sup> siècle, l'aveu en matière criminelle a soit eu valeur d'indice (inférieur aux preuves

<sup>14</sup> En revanche, outre-Manche, les preuves orales souffraient, dans le même temps (du XIII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle), d'un certain discrédit. Voir Frédéric JOÛON DES LONGRAIS, « La preuve en Angleterre depuis 1066 », *Recueils*, préc., note 11, p. 259-268.

<sup>15</sup> R. DULONG, préc., note 8, p. 10 et 11.

<sup>16</sup> Raoul C. VAN CAENEGEM, « La preuve au Moyen âge occidental. Rapport de synthèse », *Recueils*, préc., note 11, 726. Sur le système des preuves légales : Jean-Philippe LÉVY, « L'évolution de la preuve, des origines à nos jours. Synthèse générale », *Recueils*, préc., note 11, 37-54.

<sup>17</sup> Voir John GILISSEN, « La preuve en Europe du XVI<sup>e</sup> au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Rapport de synthèse », *Recueils*, préc., note 11, 785-788.

semi-pleines) qui a dû être complété par des preuves pleines (c'est-à-dire deux témoignages concordants ou un écrit) pour générer la condamnation lorsqu'il est extrajudiciaire<sup>18</sup>, soit eu valeur de notoriété lorsqu'il était fait en justice<sup>19</sup>. Dans ce second cas, la notoriété étant supérieure aux preuves pleines, l'aveu se suffisait à lui-même pour justifier la condamnation ; la preuve du contraire étant interdite et il était inutile de pousser plus loin les investigations<sup>20</sup>. « L'aveu rendait plus aisée la tâche du juge. Il lui permettait d'éviter la recherche de la vérité par l'audition de témoins ou par l'examen d'actes écrits. »<sup>21</sup> À partir du XVI<sup>e</sup> siècle, les classifications et la hiérarchie des preuves sont devenues plus sophistiquées<sup>22</sup>. L'aveu a acquis alors la valeur de pleine preuve, au civil comme au pénal, sauf pour prouver les crimes, auxquels cas il ne pouvait être que preuve semi-pleine justifiant la torture pour renforcer les investigations et devant être complété par les dépositions de témoins confrontés à l'accusé pour que la pleine preuve soit réunie<sup>23</sup>. Par pragmatisme, aveu et témoignage ont été les preuves les plus aisées à réunir. Ainsi, comme il fallait bien que l'œuvre de répression soit effective<sup>24</sup>, mais que l'on ne pouvait condamner sans preuve, l'aveu est apparu nécessaire pour obtenir une condamnation, car il permettait de compléter l'addition des forces probantes des autres preuves réunies. C'est pourquoi, même lorsque le droit pénal ne lui reconnaissait pas, jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, la valeur de preuve pleine et entière,

<sup>18</sup> J.-Ph. LÉVY, préc., note 11, p. 152 et suiv.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 161 et 162.

<sup>20</sup> *Id.*, p. 164 et 65.

<sup>21</sup> J. GILISSEN, préc., note 17, p. 784.

<sup>22</sup> Ainsi, au XVIII<sup>e</sup> siècle, la procédure pénale française distinguait les preuves pleines des demi-preuves, des preuves légères (ou quarts de preuves) et des preuves très légères (ou huitièmes de preuves) qui pouvaient être additionnées (ou soustraites). Robert VILLERS, « Les preuves dans l'ancien droit français du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Recueils*, préc., note 11, p. 345-346.

<sup>23</sup> Voir *Id.*, p. 346-348.

<sup>24</sup> Cet impératif était particulièrement fort car, selon Michel Foucault, chaque crime constituait une atteinte à l'ordre social représenté par le Roi, lequel ne pouvait tolérer ni les manquements, ni leur impunité, dans le but supérieur d'assurer son autorité. D'après les explications fournies par Éric DESMONS, « La preuve des faits dans la philosophie moderne », *Droits* 1996.13. En outre, le crime de lèse-majesté, le plus grave qui soit, qui recevait pendant tout le Moyen Âge un sens large, était l'occasion d'une application extensive de la procédure extraordinaire, c'est-à-dire le recours à la torture. Sur ce point, voir Jacques CHIFFOLEAU, « Avouer l'inavouable : l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge », dans Renaud DULONG (dir.), préc., note 8, p. 57-98.

l'aveu a constitué l'élément déterminant de la culpabilité. Il a participé activement à l'établissement de la vérité judiciaire.

Pendant, pour diverses raisons telles que l'endurcissement de la population délinquante, délinquante plus par nécessité que par vice, et surtout l'extrême sévérité des peines (rappelons par exemple que du Moyen Âge au XVIII<sup>e</sup> siècle, le vol perpétré par un domestique est passible de mort<sup>25</sup>), l'aveu n'était pas spontané, d'autant que c'est justement ce dernier qui assurait la certitude de la condamnation et par conséquent de la sanction. Il a donc fallu trouver un moyen qui permette l'apport de cette preuve manquante. La nécessité d'obtenir des aveux a conduit à l'institutionnalisation de la torture judiciaire. Aussi si l'interdiction de condamnation sans preuve et donc la nécessité d'obtenir des aveux pour condamner s'est apparentée en une garantie pour l'accusé, ce principe a trouvé sa limite dans l'impératif de maintien de l'ordre et de l'autorité royale qui imposait que tout crime soit puni, quel que soit le moyen. De garantie judiciaire, l'aveu (comme le système des preuves légales<sup>26</sup>) est devenu l'instrument de violation des droits des suspects.

## **2. La nécessité de l'aveu : déclencheur de la violation des droits des suspects**

« Au pénal, l'importance reconnue à l'aveu aboutit à la généralisation de la torture ; car les juges ne pouvaient condamner qu'en cas de notoriété (ce qui devait être rare, en dehors de l'aveu) ou de *probatio plena* ; or, dans les affaires criminelles, cette *probatio plena* ne pouvait le plus souvent être établie, en fait, que par les dépositions concordantes de deux témoins. Dès lors, les autres preuves – *probationes semiplenae* (par exemple le *testis unus*) ou indices – insuffisantes pour permettre au juge de condamner, allaient au moins lui permettre d'ordonner, dans certains cas, le recours à la torture afin d'obtenir l'aveu. »<sup>27</sup>

Ainsi le professeur Gilissen explique-t-il le glissement vers une pratique généralisée de la torture dans la procédure pénale. Comme

<sup>25</sup> Jean IMBERT, *La peine de mort*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais-je ? », n° 1834, P.U.F., 1993, p. 23 et p. 30.

<sup>26</sup> Voir Emmanuel MOLINA, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 41 et suiv.

<sup>27</sup> J. GILISSEN, préc., note 17, p. 785.

il ne pouvait y avoir de condamnation sans aveu et que l'aveu n'était pas forcément spontané, celui-ci était arraché par la torture.

Après avoir été utilisée à Rome contre les esclaves, la torture judiciaire a disparu ensuite avec les invasions barbares et est réapparue en Europe à partir du XIII<sup>e</sup> siècle. Elle a été instaurée légalement ou pratiquée, tolérée sans reconnaissance légale, dans toute l'Europe<sup>28</sup>. En France, elle a été prescrite régulièrement sous les divers rois depuis Saint Louis (Ordonnance de 1254), les Valois (Ordonnances de 1498 et de 1539), François Ier (Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539) jusqu'à Louis XIV (Ordonnance de 1670)<sup>29</sup>. À partir de l'Ordonnance de 1670, on a distingué la «question préparatoire» et la «question préalable»: la première était pratiquée avant le jugement définitif pour obtenir les aveux de l'accusé qui devaient être confirmés durant la phase de jugement, et la seconde était appliquée après le jugement pour obtenir la dénonciation des compléments.

Selon les époques, le suspect ou l'accusé a pu être mis à la torture dès lors que des indices ou des preuves semi-pleines existaient. Ainsi, le professeur Lévy affirme à propos des indices, qu'au Moyen Âge, «leur principale, à peu près leur unique fonction, est de permettre au juge de soumettre les accusés à la torture»<sup>30</sup>. Plus tard, les demi-preuves suffisaient à envoyer à la Question<sup>31</sup> et c'est ainsi, sous la contrainte physique, que l'accusé fournissait les preuves complémentaires contre lui-même, favorisant sa condamnation. Il suffisait finalement de peu de faits, de quelques soupçons pour qu'une personne devienne le patient du bourreau. La torture pouvait être appliquée au suspect – pour qu'il reconnaisse des faits, qu'il donne des précisions, qu'il dénonce ses complices – et parfois même aux témoins. De la douleur devait découler «la vérité». La torture judiciaire a ainsi été un corollaire à la rationalisation du système judiciaire étatique. Le système inquisitorial a été pour beaucoup dans l'utilisation de ce moyen pour établir des preuves, les

<sup>28</sup> Voir R. C. VAN CAENEGEM, préc., note 16, p. 735-740. Également: J. GILISSEN, préc., note 17, p. 788-793. Sur la torture, voir l'ouvrage de référence en langue française: Alec MELLOR, *La torture. Son histoire, son abolition, sa réapparition au XX<sup>e</sup> siècle*, coll. «Siècle et catholicisme», Préface Rémy, Paris, Mame, 1961.

<sup>29</sup> A. MELLOR, préc., note 28, p. 86 et 87 et surtout p. 126-128 sur l'Ordonnance de 1670.

<sup>30</sup> J.-P. LÉVY, préc., note 11, p. 159.

<sup>31</sup> R. VILLERS, préc., note 22, p. 347 et 348.

spécificités du droit romain et notamment sa technicité nécessitant plus de rationalité dans la procédure et dans la preuve : la procédure, écrite et secrète, imposait au juge de trouver les preuves. En raison de la valeur accordée à l'aveu, la torture a été le moyen dont disposait le juge pour remplir son office<sup>32</sup>.

À travers cette évolution de la procédure pénale sur la question de l'aveu, il est possible d'observer une inversion de la fonction de l'aveu. Dans un système juridique où l'on refusait la condamnation sans preuve rationnelle, légale, l'aveu a été la garantie, pour les magistrats, d'exercer une justice conforme à ses objectifs. En outre, l'aveu est une preuve qui peut être obtenue en questionnant le suspect, la torture, elle, fut un moyen d'obtenir des réponses. C'est ainsi que destiné à éviter les condamnations sans preuve et à obtenir que les crimes ne soient pas impunis, le système des preuves légales est devenu, à travers la primauté de fait accordée à l'aveu, un système inique fondé sur la torture et les aveux extorqués. Aussi, ce système, destiné à asseoir la vérité judiciaire sur la vérité-réalité, s'est trouvé dénaturé et s'est transformé en un mécanisme où les aveux n'étaient pas le reflet de la vérité-réalité et donc où la condamnation, expression de la vérité judiciaire, était détachée de la réalité<sup>33</sup>.

L'évolution de la procédure pénale sur la question de l'aveu a été concomitante à la rationalisation de la justice étatique : cette dernière s'est émancipée de la contrainte religieuse et progressivement, tout le droit a été expurgé de ses connotations religieuses. Cette évolution a été marquée par l'acceptation progressive de l'imperfection de la justice humaine et de l'impérative nécessité de tenter d'en atténuer les carences. La critique puis l'abandon des procédés barbares d'obtention des aveux ont permis l'apparition du droit, pour tout accusé, de ne pas avouer son crime et ainsi de ne pas participer activement, sous la contrainte, à la constitution de preuves à charge contre lui.

<sup>32</sup> Voir A. MELLOR, préc., note 28, p. 74 et 75. Également R. C. VAN CAENEGEM, préc., note 16, p. 140.

<sup>33</sup> Cf. les réflexions de M.-J. ARCAUTE-DESCAZEUX sur le refus de l'aveu, « fausse reine des preuves », préc., note 7, p. 164-181.

## B. La reconnaissance du droit au silence

« En première approximation, il est possible de définir le droit au silence comme le pouvoir de refuser de répondre aux questions de la police, mais aussi pour l'accusé le pouvoir de ne pas témoigner à son propre procès, sans que le juge en tire une conséquence. »<sup>34</sup> Sans entrer dans le détail, ni de cette définition<sup>35</sup> ni de ce droit, il importe préalablement de situer la relation du droit au silence avec les systèmes juridiques qui l'ont vu apparaître, en particulier dans le cadre de la critique de ceux-ci, car les origines de ce droit (1) se retrouvent encore dans les formulations qui se répandent aujourd'hui dans les divers droits positifs (2).

### 1. Les origines du droit au silence

Le droit au silence est apparu concomitamment au rejet de la torture judiciaire répandue et reconnue dans toute l'Europe occidentale comme un moyen classique d'obtention de l'aveu pour la recherche de la vérité factuelle. Puisée dans le droit naturel, sa première formulation positive est d'origine anglo-saxonne.

Les premières invocations d'un droit au silence sont apparues de pair avec les critiques des pratiques judiciaires, en cours dans toute l'Europe, qui associaient la torture et l'aveu. À partir du XVI<sup>e</sup> siècle, les premières remises en question de la torture judiciaire ont été publiées<sup>36</sup>. Certains des arguments soulevés à l'encontre de cette pratique et des aveux ainsi obtenus reposent sur la rationalité et sur une logique utilitariste : l'aveu étant prononcé pour sauver sa vie, principe moteur de l'existence humaine, et non pour faire éclater la vérité, de telles confessions sont impropres à

---

<sup>34</sup> Antoine J. BULLIER et Frédéric-Jérôme PANSIER, « De la religion de l'aveu au droit au silence ou faut-il introduire en France le droit au silence des pays de Common Law? », *Gaz. Pal.* 1997. 208.

<sup>35</sup> Ce qui fera l'objet des développements de la seconde partie de cette étude.

<sup>36</sup> Pour le mouvement européen d'abolition de la torture : J. GILISSEN, préc., note 17, p. 794-796. Voir surtout A. MELLOR, préc., note 28, p. 137-190. Ce dernier affirme l'existence d'un courant important de dénonciation de la torture antérieur au XVIII<sup>e</sup> siècle (citant Montaigne, Molière et La Bruyère) (p. 137-171) qu'il distingue du courant du XVIII<sup>e</sup> siècle (p. 171-190) non par les idées défendues mais par le radicalisme des écrits publiés dans les années qui ont précédé la Révolution.

relater la réalité des faits<sup>37</sup>. C'est surtout au XVIII<sup>e</sup> siècle que les arguments majeurs ont été systématisés. Beccaria, reprenant l'argument de Montaigne, a démontré, outre l'ignominie du procédé, son incapacité à obtenir des aveux fiables et donc son inutilité pour l'établissement de la vérité-réalité. Il a affirmé :

« J'ajouterai que c'est violer toutes les convenances que d'exiger qu'un homme soit en même temps son propre accusateur, que la douleur devienne une épreuve nécessaire de vérité, dont les muscles et les fibres du malheureux qu'on torture seraient l'organe. (...) L'impression de la douleur peut croître au point, qu'absorbant toutes les facultés du torturé, elle ne lui laisse d'autres sentiments que le désir de se soustraire par le moyen le plus rapide au mal qui l'accable. Alors, la réponse de l'accusé est un effet de la nécessité comme les impressions du feu et de l'eau. Ainsi, l'innocent faiblement constitué se déclarera coupable, alors que cette déclaration est l'unique moyen de faire cesser son tourment. (...) L'incertitude reste. La torture n'est donc qu'un moyen sûr d'absolution pour le coupable robuste, et de condamnation pour l'innocent incapable de résister à cette douloureuse opération. Tels sont les funestes inconvénients de cette prétendue épreuve de vérité. »<sup>38</sup>

Fervent opposant à la torture, Voltaire s'est attaché à montrer l'iniquité (la force physique et mentale du supplicié étant le principal facteur commandant l'obtention ou non de l'aveu) et l'incompatibilité du procédé avec le libéralisme<sup>39</sup>. Dans son article « torture » de son *Dictionnaire philosophique*<sup>40</sup>, il a ironisé sur ce procédé de recherche de la vérité que d'autres peuples ont remplacé par la divination ou les dés<sup>41</sup>. En plaçant la torture au même rang que des moyens aussi peu rationnels et efficaces à découvrir le vrai, Voltaire a suggéré combien le procédé est impropre à atteindre le but qu'on lui a fixé.

<sup>37</sup> É. DESMONS, préc., note 24, p. 14-16.

<sup>38</sup> Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. P. J. S. Dufey, Paris, Dalibon, 1821, chapitre XII « De la torture », p. 44-46. (Soulignement dans le texte)

<sup>39</sup> Voir son *Commentaire sur le Livre des Délits et des peines*, incorporé dans Cesare BECCARIA, *id.*, chapitre XII « De la Question », p. 218-220.

<sup>40</sup> Coll. « folio classique », n° 2630, Paris, Gallimard, 1994, p. 501.

<sup>41</sup> Le Baron de la Brède considérait que les nations qui l'avaient abolie ne s'en portaient pas plus mal. Charles DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. I, livre VI, Paris, GF Flammarion, n° 325, 1979, Chapitre 17 « De la torture ou question contre les criminels », p. 220.

Outre l'utilitarisme, on peut relever la *juridicité* des propos. Comme l'explique le professeur Desmons<sup>42</sup>, les critiques de ces procédures ont relevé dans le droit naturel des raisons invitant à repousser l'aveu comme preuve primordiale – même non produit à l'issue de la torture, mais à plus forte raison lorsqu'il a été arraché par la souffrance. Outre le principe de conservation de soi qui commande de tout avouer pour se soustraire à la douleur, les philosophes tels que Hobbes et surtout Pufendorf ont ancré le rejet de l'auto-incrimination dans le droit naturel et l'ont placé au fondement de leur critique du système inquisitorial fondé sur l'aveu<sup>43</sup>. Ces critiques se sont appuyées sur les valeurs du libéralisme politique. Car, en effet, dans « un État libéral, si le crime n'est plus ressenti comme étant un régicide en puissance et si la peine est dotée d'une fonction pédagogique, alors il importera plus d'éviter les erreurs judiciaires et de multiplier les garanties individuelles que de trouver un coupable à tout prix, ceci impliquant de réviser le système probatoire »<sup>44</sup>. La force des arguments déployés peut expliquer que la torture ait été progressivement abandonnée en Europe au cours des XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles<sup>45</sup>. En France, il a fallu attendre la Déclaration royale du 24 août 1780 qui a supprimé la « question préparatoire » et l'Édit du 8 mai 1788 qui a aboli la « question préalable ». L'article 8 de ce dernier, manifestement inspiré par l'argument basé sur l'absence de certitude quant à la véracité des aveux ainsi produits, a précisé : « ce genre d'épreuve, qui ne conduit jamais sûrement à la connaissance de la vérité ; prolonge ordinairement sans fruit le supplice des condamnés et peut plus souvent égayer nos juges que les éclairer »<sup>46</sup>. L'Assemblée constituante a confirmé cette abolition par un décret des 8-9 octobre 1789<sup>47</sup>.

La critique de l'utilisation de la torture judiciaire s'est accompagnée de propositions plus ou moins explicites développées en faveur de mécanismes dans lesquels une plus grande latitude d'action serait confiée au juge : le mode libre de preuve (et non plus les preuves légales) et le système de l'intime conviction. À travers

<sup>42</sup> É. DESMONS, préc., note 24, p. 15-17.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 16-17.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 13-14.

<sup>45</sup> J. GILISSEN, préc., note 17, p. 796-800.

<sup>46</sup> Cité par A. MELLOR, préc., note 28, p. 192. Sur l'abolition de la torture en France, voir p. 190-192 et en Europe, p. 192 et suiv.

<sup>47</sup> J. GILISSEN, préc., note 17, p. 798.

cet ensemble de critiques et de propositions, l'aveu est davantage soumis à un statut de présomption qu'à celui de preuve<sup>48</sup>. Les suggestions quant au système probatoire dans son ensemble ont reçu un écho en France. À partir de 1790, l'abandon des preuves légales et l'introduction du principe de l'intime conviction ont supprimé *de jure* la place prépondérante de l'aveu, celui-ci n'étant plus qu'une preuve parmi d'autres moyens libres de preuve<sup>49</sup>.

Parallèlement, à partir de la Révolution anglaise et l'expulsion des Stuart, le droit au silence s'est imposé progressivement, durant l'époque de restauration de l'oralité des preuves (XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> siècles), pleine période de construction du système accusatoire tel qu'on le connaît aujourd'hui en Angleterre<sup>50</sup>. Bien qu'il ait été discuté depuis le XII<sup>e</sup> siècle et invoqué depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, il n'a été reconnu qu'au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>51</sup>. En même temps que la présomption d'innocence recevait une formulation plus précise, les avocats conseillaient à leurs clients de garder le silence. Plus qu'une revendication politique, il s'agissait de stratégies de défense particulièrement développées au XIX<sup>e</sup> siècle, les critiques de Bentham n'y changeant rien<sup>52</sup>. Bentham envisageait la recherche de la vérité comme une procédure fondée sur un système naturel et devant être effectuée en bon père de famille, c'est-à-dire où les questions exigent des réponses. Il a affirmé ainsi que « l'innocence ne s'en prévaut jamais : elle réclame le droit de parler, comme le crime invoque le privilège de se taire ». <sup>53</sup> Il en a contesté ainsi l'utilité<sup>54</sup>, y voyant une confession

<sup>48</sup> Cf. É. DESMONS, préc., note 24, p. 16 (chez Pufendorf) et p. 17-20 (chez les autres auteurs).

<sup>49</sup> Sur l'influence de ces critiques sur le système des preuves, en France, voir H. MARIOTTE, préc., note 13, p. 199-207 et en Europe voir J. GILISSEN, préc., note 17, p. 787 et p. 831-832.

<sup>50</sup> Voir F. JOÛON DES LONGRAIS, préc., note 14, p. 268-274.

<sup>51</sup> Voir Alain-Robert NADEAU, « Le renard, la vieille femme et l'ermite », (2002) 34 *Le Journal du Barreau* 5, en ligne : <[www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol34/no5/justicesociete.html](http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol34/no5/justicesociete.html)>.

<sup>52</sup> Voir Charlotte GIRARD, *Culpabilité et silence en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 71-73.

<sup>53</sup> Jérémie BENTHAM, *Œuvres*, 3<sup>e</sup> éd., t. II « Traité des preuves judiciaires », livre 7 « De l'exclusion des preuves », Bruxelles, Société belge de librairie, 1840, chapitre XI, p. 364.

<sup>54</sup> Dans sa critique du droit au silence, Bentham pousse ainsi sa réflexion utilitariste très loin. Voir H. MARIOTTE, préc., note 13, p. 210.

de fait<sup>55</sup>. Même s'il a subi quelques variations, le droit au silence occupe aujourd'hui une place centrale dans le droit criminel britannique<sup>56</sup> et est repris dans d'autres droits positifs.

## **2. La généralisation du droit au silence dans les droits occidentaux**

La reconnaissance du droit au silence dans les droits occidentaux est la conséquence de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements dans les procédures criminelles : la possibilité de garder le silence n'est pas remise en cause par la force. Elle s'est faite en deux temps.

D'une part, le droit au silence provenant de la *common law* est, à l'origine, spécifique à la procédure accusatoire<sup>57</sup>, c'est donc sans peine qu'il a été diffusé dans les droits des États dont les systèmes juridiques sont apparentés au système de *common law*. En premier lieu, la consécration du droit au silence dans le *Bill of Rights* des États-Unis n'a suscité quasiment aucun questionnement tant l'impression des abus de la procédure judiciaire pratiquée chez l'ancien colon était encore vive. Il a été incorporé dans le V<sup>e</sup> Amendement parmi d'autres garanties ressortant des droits de la défense : « [...] nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même [...] ». On retrouve le principe dans le droit canadien également. La *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur en 1982, comprend plusieurs dispositions pertinentes sur le droit au silence. Ainsi, l'article 7 énonce : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Dans l'affaire *Hébert*<sup>58</sup>, en 1990, la Cour suprême du Canada a jugé à l'unanimité que cet article comprend, parmi les principes de la justice fondamentale, le droit au silence. Plus explicitement, l'article 11 (c) de la Charte énonce que tout inculpé a le droit « de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche ». L'article 13 prévoit que « [c]hacun a droit à ce qu'aucun témoi-

---

<sup>55</sup> J. BENTHAM, préc., note 53, livre 5 « Des preuves circonstanciées », chapitre IX, p. 323-324.

<sup>56</sup> Voir C. GIRARD, préc., note 52, p. 104-123.

<sup>57</sup> A.J. BULLIER et F.-J. PANSIER, préc., note 34, p. 208.

<sup>58</sup> R. c. *Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

gnage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf pour des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoires»<sup>59</sup>.

Par ses composantes essentielles, le droit au silence tel qu'il est conçu dans le monde anglo-saxon repose sur trois principes<sup>60</sup>. En premier lieu, il interdit tous les moyens visant à contraindre une personne soupçonnée ou accusée à déposer contre elle. L'usage de la force physique (torture et autres mauvais traitements) est donc prohibé dans la procédure d'enquête. Tous les moyens qui peuvent aller contre cette volonté sont donc proscrits. Cette interdiction peut être étendue à certains procédés tels que les pressions psychologiques ou l'usage des drogues. En second lieu, en établissant que nul ne peut être forcé de participer à sa propre accusation par des moyens qui aliènent sa volonté, le droit au silence affirme que les charges doivent provenir du seul travail de recherches indépendant des autorités compétentes pour mener les investigations et récolter les preuves. La charge de la preuve revient uniquement à la partie accusatrice. Cette règle impose une posture passive à l'autorité de jugement et ainsi s'inscrit directement dans un système accusatoire. En troisième lieu, forcer une personne à faire des déclarations contre son gré porte automatiquement atteinte au respect de la vie privée. Finalement, le droit de conserver le silence et de ne pas contribuer à sa propre accusation se justifie au nom de trois garanties essentielles accordées à la personne : son intégrité physique et mentale, sa dignité et son droit à la vie privée. À ce fondement substantiel s'ajoute une garantie procédurale, celle du système accusatoire qui comprend très rigide-ment que la charge de la preuve incombe intégralement à l'autorité de poursuite.

D'autre part, dans les droits continentaux, la reconnaissance du droit au silence a été plus lente. La procédure inquisitoire s'y opposait car tout depuis l'investigation policière jusqu'au jugement mettait le suspect (l'accusé) en demeure de répondre aux questions des autorités<sup>61</sup>. Les législations pénales italiennes ou allemandes

<sup>59</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]. Voir Yves DE MONTIGNY, « La protection contre l'auto-incrimination au Canada : mythe ou réalité ? », (1990) 35 *McGill L. J.* 746.

<sup>60</sup> A.-R. NADEAU, préc., note 51.

<sup>61</sup> Cf. R. MERLE et A. VITU, préc., note 7, p. 234-238.

l'ont pourtant établi<sup>62</sup>. Quant à la procédure pénale française, depuis la consécration de la procédure inquisitoire en 1790, l'obligation de présence de l'accusé à la Cour d'assises pour son jugement a constamment été affirmée<sup>63</sup>. Celle-ci s'explique par le fait que le jugement est considéré comme devant permettre la manifestation de la vérité. Cette dernière doit être établie par la présentation de preuves et les débats contradictoires durant lesquels la participation active de l'accusé est requise. À cette fin, c'est le président lui-même qui procède à l'interrogatoire. Le *Code de procédure pénale* français dispose, en son article 328 al. 1<sup>er</sup> que « [l]e président interroge l'accusé et reçoit ses déclarations ».

Outre l'établissement de son état civil<sup>64</sup>, l'accusé est mis en situation de commenter les divers témoignages et les preuves successivement présentés à l'audience<sup>65</sup>. La reconnaissance des faits et de sa responsabilité dans la constitution du délit ou du crime est, bien sûr, l'objectif ultime. L'interrogatoire de l'accusé est le « fondement de la preuve pénale »<sup>66</sup>. La procédure inquisitoire est donc intrinsèquement centrée sur l'obtention de l'aveu même si celui-ci, *de jure*, n'est qu'un élément de preuve parmi d'autres<sup>67</sup>. De plus, la pratique montre l'importance qu'il conserve. « L'aveu, bien que ce ne soit ni écrit, ni dit, renverse en quelque sorte la charge de la preuve libre et celui qui l'a fait, de présumé innocent, devient présumé coupable. Cette pratique n'est que le reflet archaïque dans l'inconscient de notre procédure, du souvenir de ses origines. »<sup>68</sup> L'ensemble de ces éléments fait conclure en 1997 que « le droit au silence n'existe pas en droit français »<sup>69</sup>.

<sup>62</sup> Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 501 et 502.

<sup>63</sup> Art. 318 à 322 du *Code de procédure pénale* (ci-après CPP).

Avec quelques nuances, il apparaît que le caractère inquisitorial de la procédure civile soit moins prononcé qu'en procédure pénale. Cf. André PONSARD, « Rapport français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, préc., note 1, p. 673-694.

<sup>64</sup> Art. 273 CPP.

<sup>65</sup> Art. 328 (Cour d'assises), 442 (tribunal correctionnel), 536 (tribunal de police) CPP.

<sup>66</sup> Henri LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France », RSC 1992.26.

<sup>67</sup> L'article 428 CPP dispose : « L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à l'appréciation des juges. »

<sup>68</sup> H. LECLERC, préc., note 66, p. 26.

<sup>69</sup> A. J. BULLIER et F.-J. PANSIER, préc., note 34, p. 210.

Pourtant, ce droit existait avant cela<sup>70</sup>, du fait même de l'interdiction de recourir à la force physique dans les interrogatoires. De plus, le droit de garder le silence s'imposait en raison de la ratification par la France du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>71</sup> (New York, 1966) dont l'article 14 §3 (g) affirme le droit de toute personne « à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable »<sup>72</sup>. En outre, la Cour de Justice des Communautés européennes a également reconnu un tel droit dès 1989<sup>73</sup> et bien que non explicitement cité dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, ce droit a été plusieurs fois affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme qui s'appuie sur l'exigence du procès équitable de l'article 6 de la Convention<sup>74</sup> et qui le présente comme une « norme[s] internationale[s] généralement reconnue[s] »<sup>75</sup>. Ce droit a fini par être reconnu par le législateur français<sup>76</sup>. Mais avant tout,

<sup>70</sup> Les premières reconnaissances doctrinales remontent au début du XIX<sup>e</sup> siècle. Voir la bibliographie fournie par Jean PRADEL, *Manuel de procédure pénale*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 2002, p. 389, note 2.

<sup>71</sup> Décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 pour la publication, *Journal Officiel* du 1<sup>er</sup> février 1981; entrée en vigueur en France le 4 février 1981.

<sup>72</sup> Voir les Décisions du Comité des droits de l'homme n° 139/1983, *H. Conteris c. Uruguay*, 17 juillet 1985; n° 159/1983, *R. Cariboni c. Uruguay*, 27 octobre 1987; n° 248/1987, 30 mars 1992, *Glenford Campbell c. Jamaïque*, A/47/40.

<sup>73</sup> CJCE, 18 octobre 1989, Orkem, *Rec. CJCE*, 1989-90, p. 3283 et suiv., obs. Christian GAVALDA, et Claude LUCAS DE LEYSSAC, *Dalloz*, somm. commentés, p. 113.

<sup>74</sup> Voir *Funke c. France*, 25 février 1993, série A (256-A), § 44 (violation), obs. Louis-Edmond PETTITI, *Chron.*, RSC 1993, 581; note Jean PANNIER, D. 1993 457. Voir également Jean-François RENUCCI, « La condamnation d'une personne pour refus de communication de documents en matière de réglementation des changes est-elle conforme à la Convention européenne des droits de l'homme ? », D. 1993.457. Le principe délivré dans *Funke* a été nettement limité dans les décisions suivantes : *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, *Recueil* 1996-I, § 47 (pas violation), obs. Renée KOERING-JOULIN, *Chron.*, (1997) 2 R.S.C. 476; *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, § 68 (violation); *Servès c. France*, 20 octobre 1997, *Recueil* 1997-VI, § 46 (pas violation); *Condron c. Royaume-Uni*, 2 mai 2000, *Recueil* 2000-V, § 56 (violation); *Heaney et McGuinness c. Irlande et Quinn c. Irlande*, 21 décembre 2000, *Recueil* 2000-XII, § 40 (violation); *JB c. Suisse*, 3 mai 2001, *Recueil* 2001-III, § 64-23. Voir l'étude de jurisprudence de Louis-Edmond PETTITI, « Droit au silence », (1998) 75-76 *Documentação e Direito Comparado* 135.

<sup>75</sup> Par ex. : *John Murray*, § 45, *Saunders*, § 68, *Servès*, § 46, *Heaney*, § 40, *JB*, § 64-23.

<sup>76</sup> Art. 8 Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, *Journal officiel*, 16 juin 2000. De cette disposition, il a

ce droit découle de la Constitution et plus particulièrement du droit à la présomption d'innocence garanti à l'article 9 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789<sup>77</sup>, car la présomption d'innocence dispense celui qui en bénéficie de toute action probatoire. « C'est donc en tant que dispense de preuve que la présomption d'innocence protège le défendeur au procès pénal en lui conférant un droit au silence, entraînant aussi bien le droit de ne pas se défendre que le droit de ne pas s'accuser. »<sup>78</sup> Une auteure a ainsi affirmé dès 1971 que le droit de garder le silence est constitutionnellement garanti, interprétation confirmée par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » dite « Perben II », ce dernier a enraciné le droit de garder le silence dans le bloc de constitutionnalité en l'attachant à l'article 9 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* relatif à la présomption d'innocence : « considérant que, s'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser »<sup>79</sup>.

---

été dit : « Voilà une réforme de faible portée car de tout temps les personnes gardées à vue ont eu la possibilité de ne pas répondre, les délinquants chevronnés l'ayant toujours su ». Jean PRADEL, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution », D. 2001.1039.

<sup>77</sup> Pour rappel, celui-ci dispose : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

<sup>78</sup> Pascale SALVAGE-GEREST, *Le droit de ne pas s'accuser soi-même et la justice pénale française*, thèse de doctorat, Grenoble, Faculté de Droit, Grenoble 2, 1971, p. 3 et 4.

<sup>79</sup> Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ([www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)), § 110. Voir les commentaires de cette décision : Bertrand MATHIEU et Anne-Laure VALEMBOS, « Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 : Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Les Petites Affiches* 2005.14 ; Jean-Claude ZARKA, « Loi Perben II : le Conseil constitutionnel a prononcé deux censures et émis diverses réserves d'interprétation », *Semaine juridique*, G., 2004.II.10048 ; Jean-Éric SCHOETTL, « La loi "Perben II" devant le Conseil constitutionnel. Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 (loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) », *Gazette du Palais*, 2004.2 ; Raphaël PIASTRA, « Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Cons. Const., 2 mars 2004) », *Les Petites Affiches* 2005.8 ; Séverine NICOT, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC 2004.360 ; Christine LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. À propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », RSC 2004.725 (beaucoup plus critique). Curieusement, cette constitutionnalisation du droit au silence est passée inaperçue dans ces commentaires.

Il est aujourd'hui possible d'affirmer que le droit au silence ou le droit de se taire est reconnu dans presque tous les droits<sup>80</sup> et que les jurisprudences internationales tendent à affirmer son universalité<sup>81</sup>. Le droit de garder le silence fait partie intégrante des droits de la défense en matière pénale. Il est expressément défini par la Cour européenne des droits de l'homme comme une contribution essentielle à la lutte contre les erreurs judiciaires<sup>82</sup> (donc favorable à la vérité judiciaire), ce qui renoue avec les origines de ce droit. Il participe ainsi doublement à l'établissement de la vérité judiciaire. En soustrayant l'accusé ou le suspect aux pressions<sup>83</sup>, il contribue ainsi à réaffirmer que la charge de la preuve incombe à l'accusation, renforçant la présomption d'innocence. Dans ce contexte, la vérité judiciaire n'est plus établie par le seul aveu de l'accusé. L'accusation doit donc redoubler de pugnacité pour établir la culpabilité notamment par la diversification des preuves. Ainsi, et contrairement à ce qu'affirmait Bentham<sup>84</sup>, non seulement le droit au silence contribue tout autant à l'établissement de la vérité-réalité qu'un système centré sur les aveux, mais il joue pleinement en faveur de la légitimation de l'institution judiciaire en travaillant à la rencontre entre vérité-réalité et vérité judiciaire. Ceci représente un intérêt certain pour l'institution judiciaire si l'on considère, comme le professeur Lagarde, que le discours basé sur la recherche de la vérité agit comme légitimation de la Justice étatique laquelle n'a « pas le choix d'une autre référence » que la quête de la vérité<sup>85</sup>, sans en avoir vraiment les moyens<sup>86</sup>.

Mais la reconnaissance du droit au silence ne signifie ni la disparition de l'aveu fait librement (ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi dite « Perben II »<sup>87</sup>), ni la

<sup>80</sup> Klaus TIEDEMANN, « Rapport général », (1993) 64 RIDP 1993.833.

<sup>81</sup> Cf. Paul TAVERNIER, « Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? (À propos du champ d'application de l'article 6) », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 716 et 717.

<sup>82</sup> Voir John Murray, § 45 ; Saunders, § 68 ; Servès, § 46 ; Heaney, § 40 ; JB, § 64-23.

<sup>83</sup> Dans le même sens, voir la décision du Comité des droits de l'homme *Glenford Campbell c. Jamaïque*, préc., note 72, qui affirme que ce droit signifie que « l'accusé ne doit pas être soumis à aucune pression physique ou psychologique par les autorités qui enquêtent, d'obtenir des aveux », § 67.

<sup>84</sup> Préc., note 53, p. 366.

<sup>85</sup> X. LAGARDE, préc., note 6, 33.

<sup>86</sup> *Id.*, 35 et suiv.

garantie de la protection contre l'auto-incrimination. C'est pourquoi elle n'empêche pas le maintien de l'aveu en bonne place parmi les preuves pénales, notamment du fait de la liberté de la preuve, ni la prise en compte du silence de l'accusé comme reconnaissance implicite de culpabilité dans le processus de constitution de l'intime conviction. La relation de l'aveu avec la manifestation de la vérité se complique en ce que son statut de preuve tient désormais compte de son imperfection. Partout, quelle que soit sa forme, il se maintient comme mode de preuve, même si des disparités existent selon que le droit reconnaisse ou non parallèlement une garantie contre l'auto-incrimination.

## **II. L'aveu, moyen nécessaire à l'établissement de la vérité judiciaire**

Si l'on peut concevoir que l'aveu reste l'élément majeur d'établissement de la vérité dans la compréhension sociale du processus de justice<sup>87</sup>, il est plus difficile de comprendre pourquoi, en dépit de ses imperfections et bien que son statut de preuve ait évolué, il demeure un moyen nécessaire d'établissement de la vérité. En effet, en dépit de ses défauts, la procédure pénale ne paraît pas pouvoir s'en passer : elle le réinvente, mais le maintient comme preuve (A). D'ailleurs, si la reconnaissance d'un droit au silence ne supprime pas l'aveu, c'est parce qu'elle ne s'accompagne pas systématiquement de la protection contre l'auto-incrimination qui seule générerait un réel recul de l'aveu et pourrait être analysée comme une véritable rétention de la vérité-réalité (B).

### **A. La mutation de l'aveu**

Dès lors que la procédure pénale ne requiert pas impérativement l'aveu pour établir la culpabilité, elle prend un double risque : soit de poursuivre la quête de la vérité judiciaire, mais d'échouer à faire œuvre de justice pénale légitime pour la société ; soit d'abandonner la recherche de la vérité judiciaire pour se consacrer à l'établissement de résultats répressifs. Ainsi, la situation de l'aveu

---

<sup>87</sup> « [...] ni cette disposition [l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789] ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité » : décision n° 2004-492, préc., note 79, § 110.

<sup>88</sup> Cf. J. BENTHAM, préc., note 84, p. 366.

apparaît comme symptomatique de l'ambivalence de la procédure pénale entre vérité judiciaire imparfaite et objectif répressif. Dans cette situation équivoque, la procédure pénale organise une mutation de l'aveu en réglementant son régime juridique pour qu'il intègre davantage les exigences de la loyauté de la preuve (1) et en autorisant de nouvelles formes de manifestation de celui-ci (2).

### **1. La limitation de l'accueil de l'aveu comme preuve de culpabilité**

Lorsque la procédure pénale ne requiert pas impérativement l'aveu pour établir la culpabilité, elle prend le risque de ne pas réussir à établir la vérité judiciaire par d'autres moyens de preuve. Alors, elle participe à une justice insatisfaisante soit parce qu'elle condamne des innocents, soit parce qu'elle n'est pas fiable dans sa mission de répression en ne réussissant pas à condamner, perdant ainsi de sa légitimité. La vérité judiciaire et la Vérité ne se confondent alors pas.

C'est en grande partie pourquoi, avec plus ou moins d'acuité selon les États, la recherche de l'aveu se maintient. Celle-ci est particulièrement vive durant la phase d'enquête où l'obtention de l'aveu représente un évènement majeur : la connaissance des faits en même temps que l'identification du coupable<sup>89</sup>. Mais elle adopte aujourd'hui des formes qui se veulent respectueuses de la dignité de la personne. Le droit accueille progressivement les limites à l'acceptation des aveux comme preuve<sup>90</sup>, en particulier lorsque ceux-ci sont extrajudiciaires, ce qui représente la majorité des cas<sup>91</sup>. Il prévient que l'aveu n'est recevable que s'il a été fait spontanément. Mais l'aveu est plus surpris que spontané. Comme l'écrit le Juge en

<sup>89</sup> Cf. Odile MACCHI, « Le fait d'avouer comme récit et comme évènement dans l'enquête criminelle », dans Renaud DULONG (dir.), préc., note 8, p. 185 et 186.

<sup>90</sup> Voir les travaux de P. SALVAGE-GEREST, préc., note 78, p. 364-534, même si le droit positif dont elle fait état a considérablement évolué, ainsi que les développements plus récents sur la pratique judiciaire dans M.-J. ARCAUTE-DESCAZEUX, préc., note 7, p. 206-303.

<sup>91</sup> Voir l'étude concrète de M.-J. ARCAUTE-DESCAZEUX, *id.*, en particulier p. 125-130. Voir également, hors du contexte occidental, l'évolution du droit japonais (dont la procédure pénale reste très centrée autour de l'aveu) vers un plus grand respect des droits de la personne interrogée par la police : Éric SEIZELET, « La contrainte physique et l'aveu dans la procédure pénale japonaise contemporaine », RSC 1997. 805.

chef Warren dans la décision *Miranda*, on doit savoir que toutes les techniques policières, même si elles ne sont pas illégales, mènent à la désorientation de la personne qui en est l'objet, et les abus, même s'ils ne sont qu'exceptionnels, ne doivent pas être ignorés pour autant<sup>92</sup>. La garde à vue participe de ces techniques puisqu'elle fournit le moyen essentiel au déroulement idoine de l'interrogatoire policier : l'isolement du suspect, sur le « territoire » du policier, pendant un temps suffisamment long pour que sa résistance s'épuise. C'est pourquoi la durée de cette procédure est très réglementée<sup>93</sup>.

Plus globalement, l'interrogatoire, qu'il soit policier ou judiciaire, tend à surprendre celui qui en fait l'objet, pour arracher les aveux au détour des errances de l'imagination et des incohérences des récits inventés ou tronqués. Le suspect ou l'accusé est mis dans une situation où il est en porte-à-faux et subit les assauts de contradicteurs dont la stratégie de recherche de l'aveu s'apparente à une confrontation<sup>94</sup>. Consciente de cette réalité, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les traitements infligés aux suspects est longue et continue. Elle est fondée sur les prescriptions de l'article 3 de la Convention qui interdisent « la torture et les traitements inhumains ou dégradants », rappelant ainsi incessamment le rejet des aveux extorqués, pratiques indignes d'une démocratie libérale<sup>95</sup>. C'est également pourquoi elle voit d'un œil critique les gardes à vue prolongées et l'absence d'avocats<sup>96</sup>. La

<sup>92</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 446-448 (1966). Dans les pages suivantes, la décision explore également les techniques policières d'interrogatoires en vigueur. Sur l'interrogatoire policier, voir J. PRADEL, préc., note 70, p. 386-391.

<sup>93</sup> Cf. Art. 63 al. CPP. Dans le droit européen des droits de l'homme, la protection de la liberté de circuler impose en effet de limiter la garde à vue aux personnes dont il est permis avec assurance de supposer un lien effectif avec la commission de l'infraction. Cf. CEDH *Fox, Cambell et Hartley*, 30 août 1990, série A (182) sur la violation de l'article 5-1c), §§ 35-36.

<sup>94</sup> Voir R. DULONG et J.-M. MARANDIN, « Analyse des dimensions constitutives de l'aveu en réponse à une accusation », dans Renaud DULONG (dir.), préc., note 8, p. 135-180 et notamment p. 140-142 : l'interrogatoire est une succession de questions qui provoquent des réponses, la plus naturelle étant la dénégation, les autres (silence, hésitations) étant perçues comme des aveux.

<sup>95</sup> Voir l'étude de Henri FOURTEAU, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres. L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, t. 85, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, L.G.D.J., 1996.

<sup>96</sup> Cf. *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 6 décembre 1988, série A (146).

forme des contraintes exercées afin d'obtenir une contribution de l'accusé à sa propre incrimination n'est pas fixée aux violences physiques : l'utilisation de pressions et notamment de poursuites judiciaires, voire de condamnations, pour obtenir la coopération de l'intéressé est sanctionnée par la Cour<sup>97</sup>.

Tout ceci tend à montrer que les juges acceptent de s'interroger sur la véracité des aveux extrajudiciaires qui leur sont présentés, notamment en vérifiant les conditions dans lesquelles ceux-ci ont été obtenus. En raison de la mise en faiblesse de la personne interrogée par la police, le juge doit contrôler la recevabilité des aveux. La vérification auprès de l'accusé de la réitération de ceux-ci est à tout le moins indispensable. Et on ne saurait supposer que des aveux extrajudiciaires obtenus à l'issue de procédures viciées puissent être tout de même maintenus dans le corpus des preuves à charge à l'audience<sup>98</sup>.

Pourtant, la pratique de la Cour de cassation se révèle insatisfaisante<sup>99</sup>. Une jurisprudence constante<sup>100</sup> affirme que l'inobservation des règles par lesquelles la police peut obtenir des aveux « ne saurait en elle-même entraîner la nullité des actes de la procédure lorsque, comme en l'espèce, il n'est pas démontré que la recherche et l'établissement de la vérité en ont été fondamentalement viciés »<sup>101</sup>. Ceci implique donc pour quiconque a pâti de l'inobservation des procédures qu'il faut à la fois établir, premièrement, la causalité directe entre la violation des procédures de l'interrogatoire – c'est-à-

<sup>97</sup> Par ex. Funke, § 44, Saunders, § 71, 74, Servès (pas prouvées), § 47, Heaney, § 40 et 55, JB, § 64-25.

<sup>98</sup> Sur cette évolution en droit anglais, voir J. R. SPENCER, « Les limites en matière de preuve. Aspects actuels », RSC 1992.48.

<sup>99</sup> Cette remarque ne concerne pas que les aveux. Des auteurs affirment la tendance du droit pénal français à limiter les cas de prononcé des nullités dans l'admission des preuves. Celle-ci se dégage à travers la mise de côté (dans la jurisprudence) des critères de légalité des preuves pénales et le déclin de l'observation de la loyauté de la preuve. C'est la démonstration de Emmanuel MOLINA, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », RSC 2002. 263, reprise de ses travaux de doctorat : *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, préc., note 26, p. 344 et suiv. Sur les aveux, voir l'analyse de la pratique française à la lumière de celle de la CEDH p. 454-456 et p. 512 et 513.

<sup>100</sup> Par ex. : Crim. 26 février 1991, *Bull. crim.*, n° 97.

<sup>101</sup> Crim. 17 mars 1960, JCP, II.11641, note Chambon. Cité par H. LECLERC, préc., note 66, 28.

dire l'atteinte induite aux droits et libertés des personnes durant l'interrogatoire – et les aveux, et deuxièmement, la fausseté de ces derniers<sup>102</sup>. D'une part, cela suppose que seul l'auteur de faux aveux – qu'il soit innocent ou qu'il soit l'auteur des faits délictueux, mais que le récit qu'il en ait fait soit erroné – peut répondre aux conditions énoncées par la Cour de cassation. Cette dernière paraît rejeter l'idée que l'auteur d'aveux sincères mais obtenus illégalement puisse contester ceux-ci. La police pourrait ne pas respecter la procédure dès lors qu'elle est certaine de tenir le coupable, la violation du droit de ce dernier à la présomption d'innocence étant avalisée postérieurement par la Cour. D'autre part, il s'agit donc, pour l'accusé qui se rétracte à la suite d'aveux arrachés lors d'une procédure viciée, d'établir la vérité factuelle à la place des débats à l'audience et en pratique de découvrir le coupable à la place du ministère public. La charge de la preuve est inversée et la justice criminelle se décharge de sa mission sur celui qui est poursuivi. Il n'est pas impossible que les développements dans l'affaire Patrick Dils suscitent une réflexion de la part de la haute juridiction sur sa jurisprudence plus que hasardeuse.

La nécessité de ces vérifications est aujourd'hui de nouveau rappelée en raison de l'établissement d'une nouvelle forme d'aveux, traditionnellement associée à la procédure accusatoire, mais qui tend à être adoptée et adaptée à la procédure inquisitoire, aveux obtenus par négociation directe entre le ministère public et leur auteur potentiel.

## **2. L'aveu marchandé**

Lorsque la procédure pénale est soumise à la recherche du résultat répressif<sup>103</sup>, elle peut renoncer à ses mécanismes classiques d'établissement de la vérité judiciaire – la présentation contradictoire de preuves à charge, la charge de la preuve incombant à la partie poursuivante et le défendeur bénéficiant de la présomption d'innocence – pour mener une justice négociée. Cette dernière fait l'économie de la phase de présentation des preuves à charge et de

---

<sup>102</sup> Voir la note de D. MAYER sous Crim. 21 octobre 1980, D. 1981.104.

<sup>103</sup> Pour Denis Salas, le souci actuel de réparation des dommages subis par les victimes est certes légitime mais il a aujourd'hui un poids tel qu'il fait peser sur l'institution de la Justice une pression populiste préoccupante. Voir Denis SALAS, *La volonté de punir*, Pluriel, Paris, Hachette, 2007.

soumission de celles-ci au principe du contradictoire : dès lors que l'accusé reconnaît sa culpabilité, il plaide « coupable » (« *guilty plea* ») et le juge n'a plus qu'à prononcer la peine. Cette voie peut être choisie par l'accusé directement ou à l'issue d'une négociation avec le procureur (« *plea bargaining* »). Typique du système de *common law*<sup>104</sup>, cette négociation tend à se développer dans les droits continentaux<sup>105</sup>. Récemment, en France, la loi de 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite « Perben II » a introduit cette procédure pour certains délits<sup>106</sup>. Il semblerait que l'adaptation de ce mécanisme à la procédure pénale française fasse l'objet d'une volonté particulièrement marquée du législateur puisqu'il s'agit de sa troisième tentative en ce sens<sup>107</sup>.

Curieusement la justice négociée repose néanmoins sur une forme d'aveux<sup>108</sup>. En effet, le « *plea bargaining* » ou « plaider coupable » signifie littéralement aveux par marchandage, aveux négociés<sup>109</sup>. D'ailleurs, son équivalent dans la procédure pénale française est appelé « comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité »<sup>110</sup>, périphrase technique pour « aveux ». Comme le pro-

<sup>104</sup> Cette procédure existe notamment en Grande-Bretagne, aux États-Unis et au Canada.

<sup>105</sup> De manière non exhaustive : en Italie (où la procédure est appelée « *patteggiamento* »), en Espagne (« *conformidad* »), en Allemagne, au Portugal, en Scandinavie, en Russie, en Pologne. Cf. J. PRADEL, préc., note 62, p. 609-613.

<sup>106</sup> Article 137 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *Journal officiel*, 10 mars 2004.

<sup>107</sup> La loi du 4 janvier 1993 a institué la médiation pénale par laquelle un tiers devait réconcilier la victime et le délinquant (pas très satisfaisante) puis la loi du 23 juin 1999 a créé la composition pénale, plus proche du plaider-coupable. Voir Jean PRADEL, « Une consécration du “plea bargaining” à la française. La composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », D. 1999.379. Sur les tentatives antérieures, voir M.-J. ARCAUTE-DESCAZEUX, préc., note 7, p. 374-467.

<sup>108</sup> Une « forme d'aveux » ne signifie pas qu'il s'agisse d'exactement la même chose. Certaines doctrines espagnoles ou italiennes prétendent qu'en dépit de fortes similitudes dans le régime juridique de leur admission comme preuve par le juge, le plaider-coupable et les aveux ne sont pas identiques. Voir K. TIEDEMANN, préc., note 80, p. 840.

<sup>109</sup> John P. RICHERT, « La procédure du “plea-bargaining” en droit américain », RSC 1975.375.

<sup>110</sup> Nous soulignons.

fesseur Pradel l'a déjà noté à propos de la composition pénale, « cette nouvelle institution consacre la promotion de l'aveu »<sup>111</sup>.

Le principe repose sur une transaction entre le ministère public et le délinquant qui, en échange de la reconnaissance de sa responsabilité dans la violation du droit, se voit généralement proposer une peine moindre que celle qui pourrait lui être imposée s'il refusait l'offre et tentait de convaincre le jury ou le juge. Lorsque l'accord est conclu, le juge n'a qu'à l'entériner et prononcer la sentence. Le marché est alléchant : c'est la promesse d'une sanction moindre en échange d'une reconnaissance de culpabilité sans que le ministère public ait à apporter cette preuve.

L'aveu est tellement essentiel à cette procédure que les contradicteurs de ce mécanisme affirment qu'il met en péril la présomption d'innocence et inverse la charge de la preuve, car l'aveu est ici à la fois la condition pour bénéficier de la proposition de sanction moindre et la preuve unique présentée au juge qui homologue l'accord et prononce la peine. C'est l'argument invoqué à l'appui des saisines de l'Assemblée nationale et du Sénat au Conseil constitutionnel sur la loi dite « Perben II »<sup>112</sup>. Le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument. Il a interprété le principe de présomption d'innocence comme impliquant que c'est à la partie poursuivante de prouver la culpabilité et non à l'accusé de produire les preuves contre lui et qu'ainsi, à défaut de charges suffisantes, la relaxe doit être prononcée<sup>113</sup>. Le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement précis sur ce point en affirmant que l'audience d'homologation de l'accord conduit à une décision juridictionnelle et est de ce fait soumise aux règles de procédures telles que le principe de publicité des audiences (et censurant ainsi le huis clos initialement prévu par la loi)<sup>114</sup>.

Mais surtout le Conseil a spécifié, dans une de ses sept réserves d'interprétation « s'apparentant à une circulaire d'application d'une loi nouvelle »<sup>115</sup>, que le magistrat compétent pour homologuer

---

<sup>111</sup> J. PRADEL, préc., note 107, p. 379.

<sup>112</sup> À consulter sur le site du Conseil constitutionnel <[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)>.

<sup>113</sup> Cf. B. MATHIEU et A.-L. VALEMBOSIS, préc., note 79, p. 15.

<sup>114</sup> Ainsi que le droit à l'avocat, un délai de rétractation (§ 108).

<sup>115</sup> C. LAZERGES, préc., note 79, p. 735.

l'accord doit se comporter en juge du fond, qu'il lui appartient ainsi de procéder à une libre appréciation des faits et de la procédure ainsi qu'à une vérification de la réalité, la liberté et la sincérité de la reconnaissance de culpabilité :

« Considérant, en outre, que le juge du siège n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée; qu'il lui appartient de s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers; que s'il rend une ordonnance d'homologation, il devra relever que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte en connaissance de cause la ou les peines proposées par le procureur de la République; que le juge devra donc vérifier non seulement la réalité du consentement de la personne mais également sa sincérité, (...) »<sup>116</sup>

Le Conseil constitutionnel a estimé que la charge de la preuve est maintenue au ministère public parce qu'il considère que le juge chargé d'homologuer l'accord doit se comporter en juge du fond, suggérant ainsi qu'il doit vérifier que le dossier repose concrètement sur des preuves et non pas seulement sur des aveux obtenus à l'issue d'une hâblerie de la part du Parquet quant aux preuves en sa possession. Les conditions de validité de cette procédure rappellent étrangement celles de l'aveu. La principale est que l'aveu (ou le marché) soit librement donné ou consenti<sup>117</sup>. Mais, surtout, la loi comme le Conseil constitutionnel ont mis l'accent sur le devoir du juge de vérifier la sincérité de la reconnaissance des faits par l'accusé : n'est-ce pas une obligation de constater la véracité de ceux-ci, c'est-à-dire, à tout le moins, de ne pas s'en tenir aux aveux (négociés ou non) mais de chercher s'ils sont corroborés par les autres pièces du dossier? C'est en tout cas à ce prix que la procédure du « plaider coupable » ou « comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité » peut prétendre concilier vérité-réalité et vérité judiciaire.

On peut noter qu'en exigeant que le juge d'homologation se montre très actif dans le rôle que lui confie la loi, le Conseil constitutionnel a quelque peu limité le transfert de compétence du juge

<sup>116</sup> § 111. Cf. R. PIASTRA, préc., note 79, p. 11.

<sup>117</sup> Sur le rapprochement des conditions d'admission comme preuve de la culpabilité entre les aveux et le plaider-coupable en droit comparé, voir K. TIEDEMANN, préc., note 80, p. 840.

vers le Parquet que prévoyait la loi<sup>118</sup>. La logique du système accusatoire que la procédure du « plaider coupable » impose, qui place les parties au centre du mécanisme, reléguant le juge à un rôle passif, est ainsi grandement tempérée par la décision du Conseil constitutionnel. Aussi, si la loi a adopté la procédure du « plaider coupable », le juge constitutionnel l'a adaptée au système inquisitoire.

Les droits continentaux contemporains qui refusaient jusqu'à présent de faire de l'aveu le seul fondement à une condamnation (en soumettant l'acceptation de celui-ci à certaines conditions procédurales, même adaptables par la jurisprudence, et surtout, en poursuivant la recherche de la vérité à travers les débats judiciaires<sup>119</sup>) paraissent affaiblir leur position par l'acceptation des procédures du « plaider coupable ». De plus, si aujourd'hui la justice pénale est laïcisée et n'a pas à obtenir le repentir de l'accusé, l'aveu conserve encore une part importante de repentir moral. Il est, à ce titre, un symptôme du maintien d'un fond de religiosité (particulièrement de la religion chrétienne) dans la procédure pénale<sup>120</sup>. Il continue d'assurer un certain confort moral au juge. C'est pourquoi il demeure un élément important de la procédure pénale.

Par ailleurs, même si le recul de l'aveu est réel, il ne signifie pas nécessairement que l'accusé bénéficie d'une véritable protection contre une interprétation tendancieuse de son silence. Le droit au silence n'est une garantie que s'il est constitutif d'une protection contre l'auto-incrimination.

## **B. La portée du droit au silence**

Pour que le droit au silence soit réellement protecteur, les personnes susceptibles de l'exercer doivent en être informées et pouvoir en bénéficier automatiquement<sup>121</sup>. En outre, il doit avoir pour corollaire indispensable la protection contre l'auto-incrimination afin que le fait de garder le silence ne soit pas interprété juridiquement comme une preuve de culpabilité. La pratique des États montre qu'il n'y a pas de choix uniforme, autant quant à l'applicabilité

---

<sup>118</sup> C. LAZERGES, préc., note 79, 728.

<sup>119</sup> K. TIEDEMANN, préc., note 80, 839.

<sup>120</sup> R. DULONG, préc., note 8, p. 8 et 14 et 15.

<sup>121</sup> Cf. l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 445 et suiv. (1966).

de ce droit (1) que dans son étendue à une protection contre l'auto-incrimination (2).

## 1. L'applicabilité du droit au silence

Le champ d'application du droit au silence est à définir non seulement matériellement mais également *ratione personae*.

### a. L'étendue *ratione materiae* du droit au silence

Le droit au silence s'exerce avec une prédilection en droit pénal, domaine dans lequel il est apparu et dans lequel il est reconnu dans le droit des États démocratiques<sup>122</sup>. Le droit français limite pour le moment cette reconnaissance au droit pénal, devant la police ou un juge. La loi de 2000 sur la présomption d'innocence a confirmé ce droit et a imposé que la personne placée en garde à vue en soi informée<sup>123</sup>. La consécration constitutionnelle de ce droit a eu lieu expressément en droit pénal puisqu'elle concerne une législation « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité »<sup>124</sup>. Il n'existe pas de droit au silence en droit privé<sup>125</sup>, ni, à notre connaissance, en droit public.

En revanche, dans les États de tradition anglo-saxonne, le droit au silence est susceptible de s'appliquer à d'autres domaines. Aux États-Unis, le droit au silence est vaste : prévu comme une des garanties du *Bill of Rights*, il s'étend aux États par le biais du XIV<sup>e</sup> amendement mais fait l'objet de réglementations propres à chaque État. La plupart en font une application large : il ne s'impose pas seulement en droit pénal mais aussi aux procédures d'enquête du Congrès<sup>126</sup>. Au Canada, ce privilège se limite à la preuve testimoniale et

<sup>122</sup> J. PRADEL, préc., note 62, p. 499-506.

<sup>123</sup> Art. 8 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, préc., note 76. Cf. art. 63-1 al. 1 CPP qui ne fait pas mention explicite de l'information sur le droit de garder le silence.

<sup>124</sup> Décision n° 2004-492, préc., note 79, § 110.

<sup>125</sup> L'aveu en procédure civile a un statut différent et le silence d'une partie peut servir contre elle. Voir André PONSARD, « Rapport français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, préc., note 1, p. 673-694.

<sup>126</sup> W.J. WAGNER, « La preuve dans le droit des États-Unis », *Recueils*, préc., note 11, vol. XIX, p. 443. Par exemple : les dirigeants de Enron devant la Commission gouvernementale de la Chambre des Représentants. Voir Marie-Christine

seulement durant un procès: l'accusé ne peut être contraint à témoigner contre lui-même et son témoignage ne peut servir dans un procès ultérieur<sup>127</sup>. Dans l'arrêt *Dubois*, la Cour suprême du Canada a énoncé, à propos du droit au silence, que « la présomption d'innocence et l'inégalité du rapport de force entre l'État et le particulier sont la base de ce principe et les protections en matière de procédure et de preuve en découlent »<sup>128</sup>. Toutefois, si dans l'affaire *Hébert*, en 1990, la Cour suprême du Canada a considéré que le droit au silence doit avoir une portée suffisamment large pour être véritablement protectrice et laisser à chacun le choix de parler ou de se taire, elle a aussi reconnu que ce droit n'est pas illimité. En conséquence, le droit au silence est violé lorsque, comme en l'espèce<sup>129</sup>, les autorités agissent de manière à supprimer ou contourner ce choix. Mais, le droit n'interdit pas que la police et l'accusation puissent utiliser des déclarations faites volontairement à des compagnons de cellule. De plus, le droit au silence ne s'applique qu'à partir de l'arrestation ou de l'inculpation, de la détention ou de l'accusation. Et enfin, les policiers peuvent très bien interroger le suspect, en l'absence de son avocat, dès lors qu'il a pu s'entretenir avec celui-ci et que les méthodes policières n'en viennent pas à priver l'individu de son libre arbitre. De plus, dans cette affaire, la Cour suprême a considéré que les éléments de preuve obtenus illégalement, c'est-à-dire en violation du droit de conserver le silence, ne sont pas nécessairement exclus de la procédure. Il y a lieu de les exclure si, sur le fondement de l'article 24 de la *Charte canadienne*

---

BONZOM, « Amnésie de Marc Rich: les témoins invoquent le 5<sup>e</sup> amendement », dans *Swissinfo*, 9 février 2001, en ligne: <<http://www.politiqueglobale.org/articlephp?id-article=1423>> et l'analyse de Edward LAZARUS, « Why Congressional hearings regarding Enron may actually hurt, not help, in finding out the truth about the company and its auditors », en ligne: <<http://writ.findlaw.com/lazarus/20020205.html>>.

<sup>127</sup> Voir David M. PACIOCCO, « Self-incrimination: Removing the Coffin Nails », (1989) 35 *McGill L.J.* 73; Yves DE MONTIGNY, « La protection contre l'auto-incrimination au Canada: mythe ou réalité? », (1990) 35 *McGill L.J.* 746.

<sup>128</sup> *Dubois c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 350, cité par Christophe BARON, « Le droit au silence: une révolution ... silencieuse », D. 2000.III.

<sup>129</sup> *R. c. Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151. En l'espèce, Hébert, accusé de vol qualifié est informé de ses droits, consulte son avocat et précise qu'il souhaite garder le silence. Puis, en cellule, un agent de police en civil est introduit auprès de lui en se faisant passer pour un suspect dans une autre affaire. Il recueille ainsi les confidences de Hébert que le service de police et la partie poursuivante utilisent contre lui.

*des droits et libertés*, l'accusé parvient à prouver qu'il y a un risque de déconsidérer l'administration de la justice. Autrement dit, la Cour tient compte de la gravité morale de la violation de la Charte (de l'intention illégale des autorités), mais aussi de la gravité de l'infraction pour déterminer ce qui est le moins préjudiciable pour l'institution de la Justice<sup>130</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme impose le respect du droit au silence qu'elle tire de l'article 6 relatif au procès équitable<sup>131</sup> et qui s'applique quelle que soit la place de l'infraction dans la hiérarchie des infractions<sup>132</sup>. Mais, elle tend à élargir la protection contre l'auto-incrimination hors du droit pénal par le biais de sa compréhension du procès équitable à la « matière pénale »<sup>133</sup>. Aussi, par l'influence européenne, le droit au silence pourrait avoir tendance à s'appliquer aux contentieux administratif (sanctions), fiscal et disciplinaire. Ainsi, le professeur Klaus Tiedemann mentionnait en 1993 l'existence d'un questionnement sur l'étendue *ratione materiae* du droit au silence par le Tribunal constitutionnel : existait-il en Allemagne un droit au silence dans une procédure non pénale dès lors que les réponses fournies pouvaient permettre des poursuites dans le cadre d'une procédure pénale ?<sup>134</sup> Cette interrogation, antérieure au développement de la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit au silence et qui s'étend à la « matière

<sup>130</sup> Cf. J. PRADEL, préc., note 62, p. 480 et notamment les références bibliographiques qu'il cite : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédures pénales*, 8<sup>e</sup> éd., Éditions Thémis, Montréal, 2001, p. 203 et suiv. et Yves-Marie MORISSETTE, « The exclusion of evidence under the Canadian Charter of rights and freedoms : what to do and what not to do ? », (1984) *McGill L. J.* 521.

<sup>131</sup> Voir L.-E. PETITTI, préc., note 74, p. 135-148 et F. SUDRE, préc., note 10, p. 377-379.

<sup>132</sup> Les « exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 y compris le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, s'appliquent aux procédures pénales concernant tous les types d'infractions criminelles de la plus simple à la plus complexe. » Saunders, § 74.

<sup>133</sup> Sur la « matière pénale » au sens « autonome » que lui attribue la Cour européenne : F. SUDRE, préc., note 10, p. 330-335 offre un aperçu rapide. Pour une étude très riche, Mireille DELMAS-MARTY, « La "matière pénale" au sens de la Convention..., flou du droit pénal », RSC 1987.819. Pour une critique des critères retenus et de l'application de ceux-ci, voir Renée KOERING-JOULIN et Pierre TRUCHE, « Retour sur le champ "pénal" européen », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 513-533.

<sup>134</sup> Voir préc., note 80, 834.

pénale », peut aujourd'hui trouver une solution dans les décisions de la Cour de Strasbourg. La Cour, dans l'affaire *Saunders*, a déclaré que « l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation de réponses obtenues de force dans une enquête non judiciaire pour incriminer l'accusé au cours de l'instance pénale »<sup>135</sup>. Par le truchement du recours individuel, la France pourrait bien devoir ajuster sa législation aux exigences européennes<sup>136</sup>.

Donc, sauf aux États-Unis où le droit au silence est appliqué dans plusieurs types de procédures, c'est surtout en procédure pénale que ce droit est reconnu, mais à qui exactement ?

### **b. L'étendue *ratione personae* du droit au silence**

Tout d'abord, dans quelle mesure le droit au silence s'applique-t-il aux suspects et aux accusés ?

Définissons le suspect comme la personne qui, dans une enquête pénale, fait l'objet d'interrogations par la police non en tant que témoin, mais en tant que personne contre laquelle pèsent de fortes suspicions de culpabilité. En France, le *Code de procédure pénale* prévoit qu'une telle personne peut faire l'objet d'une « garde à vue »<sup>137</sup>, ce qui ouvre droit à sa possibilité de garder le silence, contrairement au témoin, lequel est tenu de coopérer<sup>138</sup>. Aux États-Unis, le droit au silence est une possibilité offerte au suspect à partir de son arrestation<sup>139</sup>. Il doit dès lors être informé de ses droits

<sup>135</sup> § 74.

<sup>136</sup> Elle a déjà dû le faire en matière douanière puisque les condamnations qu'elle a reçues pour méconnaissance du droit au silence portaient sur ce point. Cf. la décision *Funke c. France* sur la production de documents demandés par les douanes sur des revenus à l'étranger et à défaut condamnation de l'intéressé pour la non production des pièces « dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude » (alors qu'elles auraient pu les obtenir par l'entraide internationale) afin d'acculer le requérant à la production de ces documents (§ 44).

<sup>137</sup> L'article 63 CPP parle « d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. »

<sup>138</sup> Cf. *infra*.

<sup>139</sup> J. PRADEL, préc., note 62, p. 499-501. Le suspect non arrêté est un simple témoin qui ne peut être retenu contre son gré au poste de police (en vertu de la protection *Habeas corpus*). Même s'il est tenu de coopérer (en tant que témoin), il ne peut être obligé à donner des renseignements qui l'incriminent sans avoir fait l'objet d'une arrestation, sous peine que la procédure et les informations recueillies ne soient viciées pour méconnaissance du V<sup>e</sup> Amendement.

dont celui de se taire et s'il fait usage de ce droit, ce dernier s'impose à la police<sup>140</sup>.

En revanche, nous dirons que l'accusé est la personne qui fait l'objet d'une procédure juridictionnelle en vue que soit déterminée sa culpabilité. Son interlocuteur est un juge. Le droit au silence de l'accusé est également assuré dans de nombreux États. Au Canada, le droit au silence et la protection contre l'auto-incrimination sont automatiquement assurés aux accusés<sup>141</sup>. Dans cet État, le statut du droit au silence s'inscrit comme une des composantes du renforcement de la présomption d'innocence par la Cour suprême depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. Ainsi, il y a de la part des autorités judiciaires et notamment des autorités de poursuite une incitation à plus de transparence, notamment lors de la transmission des preuves à la défense<sup>142</sup>. Aussi, dès lors que l'accusé connaît plus précisément les preuves à charge, il y a élimination des pièges pouvant le conduire à s'auto-incriminer. Aux États-Unis, le droit au silence s'impose en droit pénal devant les tribunaux<sup>143</sup>. Il est utilisé à la discrétion des accusés. Ces derniers peuvent décider de témoigner, mais dans ce cas, ils sont tenus de prêter serment (et peuvent faire l'objet de poursuites en cas de parjure) et sont susceptibles d'être soumis à un contre-interrogatoire par le ministère public. En Grande-Bretagne, pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, le droit au silence est un principe absolu (ce qui explique partiellement les critiques de Bentham). L'accusé est alors considéré comme incompetent pour assurer sa défense, il doit donc garder le silence. Le *Criminal Evidence Act* de 1898 a modifié le principe : d'incompétent, l'accusé est devenu compétent pour assurer sa défense, mais la loi n'est pas revenue sur le droit de celui-ci de décider librement de prendre ou non la parole. La loi a ainsi offert trois possibilités à l'accusé : garder le silence, témoigner sous serment et faire une déclaration sans serment depuis le box des accusés. Ce choix a progressivement été restreint par la jurisprudence laquelle a construit une obligation de témoigner. Elle a donc

---

<sup>140</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S. Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694, 705 (1966). Sur la diversité des solutions retenues dans les droits actuels quant à l'information du suspect de son droit à garder le silence, voir K. TIEDEMANN, préc., note 80, 833 et 834.

<sup>141</sup> Voir *infra*.

<sup>142</sup> J. PRADEL, préc., note 62, p. 438 et 471.

<sup>143</sup> *Mallory v. Hogan*, 378 U.S. 1, 84 S. Ct. 1489, 12 L.Ed.2d. 653 (1964).

supprimé la possibilité offerte à l'accusé de parler depuis le banc sans avoir à prêter serment<sup>144</sup>.

La procédure française implique de distinguer selon qu'il s'agisse de la phase d'instruction ou de jugement. Durant la phase d'instruction, le droit au silence s'applique donc au mis en examen, c'est-à-dire la personne à l'encontre de laquelle « il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle[s] ai[en]t pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions » dont le juge d'instruction est saisi, selon les termes de l'article 80-1 al. 1 CPP. Le silence du mis en examen s'impose au juge et ne saurait justifier à lui seul la mise en détention provisoire, mesure exceptionnelle selon le Code<sup>145</sup>. À l'évidence, une telle procédure serait abusive ; elle aurait notamment pour but de contraindre le mis en examen à se montrer plus coopératif en répondant aux questions. Ce serait une violation de son droit à la protection contre l'auto-incrimination<sup>146</sup>. Mais, pour une personne en détention provisoire, est-ce une bonne stratégie que de conserver le silence<sup>147</sup> ?

Durant la phase de jugement, on l'a vu, même si l'aveu n'est plus qu'une preuve parmi d'autres, il demeure la preuve recherchée parce qu'il est, dans les esprits, maintenu comme l'expression de la vérité et aussi parce qu'il permet de conforter le juge et les jurés. C'est pourquoi le droit au silence est exercé à l'appréciation de l'accusé. En outre, lorsqu'il décide de répondre aux questions du président, l'accusé n'est pas un témoin. Contrairement aux États-Unis, il n'est donc pas soumis à l'obligation de dire la vérité et par conséquent, contrairement aux témoins qui, aux termes de l'article 331 al. 3 du *Code de procédure pénale* français prêtent serment, il n'a pas à promettre « de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité »<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Voir A.J. BULLIER et F.-J. PANSIER, préc., note 34, p. 209.

<sup>145</sup> Art. 137 CPP.

<sup>146</sup> Voir l'opinion de Bernard BOULOC, « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention », D. 1995.315.

<sup>147</sup> Cf. la réflexion antérieure à l'affirmation législative du droit de garder le silence : R. BECO, B. BOULOC et P. LEGROS, *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

<sup>148</sup> Pour la procédure devant la Cour d'assises. Devant le tribunal correctionnel : art. 446 CPP. Devant le juge d'instruction : art. 103 CPP.

Outre les accusés devant les tribunaux et les suspects devant la police, on peut aussi se demander dans quelle mesure les témoins, sous certaines conditions, ne peuvent pas bénéficier du droit de garder le silence. En effet, dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que ce n'est pas le caractère intrinsèquement incriminatoire des dépositions fournies par l'accusé qui doit être pris en compte pour déterminer s'il y a violation du droit au silence mais « l'utilisation qui sera faite, au cours du procès pénal, des dépositions recueillies sous la contrainte »<sup>149</sup>, on comprend l'extension de cette protection au témoin qui pourrait potentiellement être accusé dans une affaire connexe. C'est le sens de la décision *Servès c. France*: « Le requérant pouvait redouter que, par le biais de certains des propos qu'il pouvait être amené à tenir devant le juge d'instruction [qui l'avait convoqué comme témoin], il témoigne contre lui-même. Il eût ainsi été admissible qu'il refuse de répondre à celles des questions du juge qui auraient été de nature à le pousser dans cette direction »<sup>150</sup>.

Ainsi, la difficulté réside essentiellement dans la détermination du statut de l'interlocuteur de la police ou du juge et notamment de la frontière qui peut être étroite entre le témoin et le suspect et donc entre l'obligation de témoigner<sup>151</sup> et le droit de se taire<sup>152</sup>. Dans la décision *Servès*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré par 6 voix contre 3 qu'en l'espèce, il n'y a pas eu violation, car le risque ne court qu'après la prestation de serment à laquelle est astreint tout témoin en procédure pénale française et qui ne peut être interprétée comme une pression visant à lui ôter le bénéfice du droit au silence<sup>153</sup>. La Cour suggère ainsi que le témoin a l'obligation de prêter serment, mais s'il fait l'objet d'une accusation (au sens de la CEDH), il peut ensuite user de son droit à garder le silence.

---

<sup>149</sup> Saunders, § 71.

<sup>150</sup> § 47.

<sup>151</sup> Art. 109 et 110 CPP. Devant le juge d'instruction comme devant la formation de jugement (art. 331 et 446), le témoin est prié de prêter serment (art. 103 CPP).

<sup>152</sup> Cf. le questionnement de J. PRADEL, préc., note 70, p. 390 et 391. Ce problème avait été longuement analysé dans les travaux de P. SALVAGE-GEREST, préc., note 78, p. 61-360.

<sup>153</sup> § 47.

C'est à ce type de difficulté que le statut du témoin assisté est censé répondre. Depuis la loi de 2000 sur la présomption d'innocence, la mise en examen est désormais présentée comme l'exception, la procédure commune est celle du témoin assisté<sup>154</sup>. Celui-ci est une personne mise en cause, l'article 104 CPP interdisant que soit convoqué comme simple témoin (soumis à l'obligation de répondre) celui contre qui « il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ». Il est convoqué par le juge d'instruction aux fins d'explication. La difficulté est alors de savoir dans quelle mesure ce témoin à fort potentiel de mise en examen peut s'abstenir de répondre. Contrairement aux témoins, il n'a pas à prêter serment<sup>155</sup>, ce qui lui offre quelques opportunités dont le choix relèverait plus de la stratégie que de l'usage de ses droits. Comment la Cour européenne interpréterait-elle une mise en examen d'un témoin assisté fondée sur l'absence de réponse de ce dernier? Ne se peut-il pas qu'elle sanctionne cette procédure engagée comme une mesure de contrainte pour obtenir des informations?

En outre, le droit français n'a pas encore totalement résolu la question de l'utilisation du silence pour emporter la condamnation, c'est-à-dire le caractère probant du silence.

## **2. Le caractère probant du silence**

Le silence gardé par le suspect devant la police ou l'accusé durant son procès est-il une preuve de sa culpabilité? Dans un système reposant sur la liberté de la preuve et l'intime conviction (en France) ou l'absence de doute raisonnable (en Angleterre et aux États-Unis), il n'est pas possible de déterminer avec exactitude sur quoi s'est fondé le sentiment certain, du juge ou des jurés, quant à la culpabilité de l'accusé.

Certes, on peut interdire que la condamnation ne repose que sur l'absence de dénégations par l'accusé<sup>156</sup> ou que les jurés soient encouragés à prendre en compte de manière exagérée le mode de défense de l'accusé dans la détermination de sa culpabilité. Sans

---

<sup>154</sup> Art. 80-1 al. 3 CPP. Sur le témoin assisté, voir J. PRADEL, préc., note 78, p. 1039.

<sup>155</sup> Art. 113-7 CPP.

<sup>156</sup> Comme le précise la Cour européenne des droits de l'homme: Murray, § 47, Condron, § 56.

cela, il n'y a plus de droit au silence, celui-ci étant interprété comme donnant foi aux accusations. De protection contre l'auto-accusation, le droit au silence deviendrait auto-accusatoire. L'interdiction faite au ministère public de commenter négativement la stratégie de la défense basée sur le droit au silence est le corollaire indispensable au maintien du choix de l'accusé entre parler et se taire<sup>157</sup>. Sinon, l'État poursuivant pourrait exploiter le silence de l'accusé comme une preuve tacite de reconnaissance des faits : « Qui ne dit mot consent ». Seules la combinaison du droit au silence et l'interdiction faite aux représentants judiciaires de l'État de commenter l'exercice de ce droit permettent la protection contre l'auto-incrimination. Cependant, cette combinaison n'existe pas dans tous les États<sup>158</sup>.

Aux États-Unis, la législation de certains États fédérés interdit tout commentaire du ministère public et/ou des jurés sur la stratégie de défense de l'accusé lorsque celui-ci a choisi de garder le silence. Dans sa célèbre décision *Miranda v. Arizona*<sup>159</sup>, la Cour suprême des États-Unis (alors présidée par Earl Warren), a affirmé que la protection contre l'auto-incrimination prévue au V<sup>e</sup> Amendement était un principe majeur de la procédure accusatoire. Ce droit garantit que l'accusé (mais aussi le suspect, et c'est pourquoi il est désormais obligatoire lors d'une arrestation de citer ses droits, dont celui de se taire, à l'individu qui fait l'objet de la procédure) peut librement choisir de garder le silence ou de collaborer à l'investigation en cours. Ainsi, la Cour a précisé que ni le juge ni le ministère public ne sont autorisés à faire des commentaires conclusifs sur le fait que l'accusé garde le silence<sup>160</sup>. La Cour suprême n'est pratiquement pas revenue sur ce principe<sup>161</sup>, son existence constitutionnelle lui assurant une certaine pérennité. De même, au Canada, la Cour suprême considère que le droit au silence repose sur la répu-

<sup>157</sup> K. TIEDEMANN, préc., note 80, p. 833.

<sup>158</sup> Voir *Id.*, p. 833.

<sup>159</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694, 705 (1966).

<sup>160</sup> *Griffin v. California*, 380 U.S. 609, L.Ed.2d 106, 85 S.Ct. 1229 (1965) 717.

<sup>161</sup> Voir, par exemple, Bostjan ZUPANCIC, « The Crown and the Criminal: The Privilege against Self-Incrimination (Towards General Principles of Criminal Procedure) », (1997) 9 *European Review of Public Law* 11. Toutefois, la restriction du concept d'interrogatoire policier, la non application de cette règle lorsque le suspect est déjà détenu et la possibilité de renonciation par l'intéressé sont les principales limites actuellement reconnues par la Cour. Cf. J. PRADEL, préc., note 62, p. 500 et 501.

gnance que la société éprouve à forcer un individu à s'incriminer. C'est pourquoi elle en déduit, dans sa décision *Noble*<sup>162</sup>, que pour maintenir une certaine égalité des armes, le fardeau de la preuve doit incomber au ministère public, ce qui signifie concrètement que « le silence de l'accusé ne devrait pas être utilisé contre lui pour établir sa culpabilité ». Même s'il apparaît difficile d'empêcher les juges ou les jurés de tirer des conclusions des tactiques de la défense, la Cour considère qu'il y aurait erreur de droit à ne faire reposer le verdict de culpabilité que sur le seul silence de l'accusé.

En revanche, en Grande-Bretagne, durant le XX<sup>e</sup> siècle, le ministère public s'est vu reconnaître le droit de faire certains commentaires sur le fait que certaines preuves à charge ne sont pas réfutées du fait du silence de l'accusé. De même, la jurisprudence a reconnu le droit des coaccusés (par la bouche de leurs défenseurs) de commenter le silence de l'un d'entre eux<sup>163</sup>. Une seconde atteinte a été portée au droit au silence par la législation : le *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 autorise que des conclusions puissent être tirées du silence de l'accusé dans quatre cas : omission de mentionner un fait à la police lors de l'interrogatoire ou de l'arrestation ; omission d'expliquer à la police sa présence sur les lieux du crime ou celle d'éléments matériels liés au crime en sa possession ; omission de préciser à la police où la personne se trouvait au moment du crime ; lors du procès, refus de témoigner ou de répondre aux questions<sup>164</sup>.

En fin de compte, cette nouvelle législation a vidé de sa substance le principe du droit au silence, puisque les gens interrogés par la police ou l'accusé n'ont plus vraiment le choix entre garder le silence ou coopérer : ces personnes savent d'avance que si elles gardent le silence sur ces points, le ministère public pourra suggérer aux jurés que cette attitude signale un comportement coupable ou, au moins, suspect<sup>165</sup>. La procédure pénale britannique actuelle requiert donc davantage la participation de l'accusé à la manifesta-

---

<sup>162</sup> R. c. *Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874.

<sup>163</sup> Voir A.J. BULLIER et F.-J. PANSIER, préc., note 34, 209.

<sup>164</sup> C. GIRARD, préc., note 52, p. 108. Avant cela, une inflexion du droit au silence avait déjà eu lieu par la voie législative au milieu des années 1980. Voir : ANNE REID, « Un nouveau départ dans la procédure pénale anglaise : le "*Police and Criminal Evidence Act*" », RSC 1987.583.

<sup>165</sup> Voir A.J. BULLIER et F.-J. PANSIER, préc., note 34, 210.

tion de la vérité qu'elle ne le faisait il y cent cinquante ans. Néanmoins, la Cour européenne a fait savoir que ce recul ne satisfaisait pas nécessairement aux exigences du droit au procès équitable. Ainsi, dans l'affaire *Condron*, la Cour a considéré que, dans ses instructions au jury, le juge avait davantage ouvert la voie à une interprétation préjudiciable du silence des accusés qu'à une interprétation tendant à croire l'explication fournie au silence conservé devant les policiers sur les conseils de leur avocat<sup>166</sup>. Elle a rappelé que le droit au silence ne peut exister sans les garanties permettant à l'accusé de conserver le choix entre le silence et la collaboration.

En France, si le droit conçoit que l'accusé garde le silence, il ne l'en sanctionne pas moins. « Rien de tel n'existe dans la loi française », affirme le professeur Pradel<sup>167</sup>. Pourtant, devant la Cour d'assises, la liberté de la preuve est accompagnée de l'intime conviction<sup>168</sup> : le juge et les jurés forgent leur décision d'après une liberté d'appréciation des preuves et le silence de l'accusé peut les convaincre du bien-fondé des accusations présentées. Le *Code de procédure pénale* (art. 353) prévient les risques de commentaires dommageables du juge sur la stratégie de défense de l'accusé en prévoyant littéralement les consignes du juge aux jurés :

« (...) La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? »

Ainsi, sans que le président n'ait explicitement à signifier aux jurés que le silence gardé par l'accusé peut être interprété comme une reconnaissance implicite de culpabilité, discours qui pourrait être sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>169</sup>, la loi pénale française laisse ouverte cette voie d'interprétation. En

<sup>166</sup> § 62.

<sup>167</sup> J. PRADEL, préc., note 76, p. 1039.

<sup>168</sup> Prévue à l'article 427 CPP, lequel s'applique en matière correctionnelle.

<sup>169</sup> En vertu de la jurisprudence *Condron c. Royaume-Uni*.

outre, le droit de se taire n'est pas un droit absolu, seulement un droit qui protège contre les aveux extorqués. Le Conseil constitutionnel a rappelé que la présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce que des aveux soient librement fournis à la justice « considérant que, s'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, ni cette disposition ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité »<sup>170</sup>.

Dans le droit européen des droits de l'homme, la reconnaissance du droit au silence par la Cour européenne des droits de l'homme s'étend à la protection contre l'auto-incrimination, car elle fait du second une composante du premier : « La Cour rappelle que, même si l'article 6 de la Convention (art. 6) ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacré par ledit article (art. 6). » Mais ce droit est avant tout lié à l'oralité car – toujours dans *Saunders* – la Cour précise que le droit de ne pas s'incriminer soi-même « concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence »<sup>171</sup>. Ainsi, la Cour pose des limites à l'invocation de ce droit. Elle a d'ailleurs expressément affirmé dans *John Murray* « qu'il faut résoudre par la négative la question de savoir si ce droit est absolu »<sup>172</sup>. Le droit au silence ne concerne pas les données et documents qui peuvent être obtenus de l'accusé « en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect » et la Cour mentionne à titre d'exemple les prélèvements organiques effectués sur les suspects ou accusés au moyen d'une autorisation judiciaire<sup>173</sup>. En outre, toute prise en compte du silence de l'accusé dans la détermination de sa culpabilité n'est pas impossible. La Cour européenne conçoit ainsi que le mutisme puisse constituer un indice supplémentaire lorsque

<sup>170</sup> Décision n° 2004-492, préc., note 79, § 110.

<sup>171</sup> *Saunders*, § 69.

<sup>172</sup> § 47.

<sup>173</sup> *Saunders*, § 69. Dans sa décision « Loi pour la sécurité intérieure », le Conseil constitutionnel français a suivi la même logique, en affirmant que ces prélèvements ne remettent pas en cause la présomption d'innocence puisqu'ils sont opérés dans le but d'établir la vérité (§ 55) et peuvent contribuer à innocenter celui qui en fait l'objet (§ 56) : décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 (*Loi pour la sécurité intérieure*) <[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)>.

les preuves à charge sont convaincantes et qu'assurément, une explication de l'accusé eût été bienvenue<sup>174</sup>.

Ainsi, tant dans les droits internes que dans le droit européen, la délimitation du droit au silence est encore incertaine s'agissant des formes de cette protection. La crainte de paralyser la recherche de la vérité apparaît clairement derrière ces hésitations. La protection contre l'auto-incrimination associée au droit au silence pourrait être considérée comme une faculté à retenir la vérité-réalité et ainsi en empêchant la construction de la mineure du syllogisme, comme un obstacle non à la vérité judiciaire (laquelle serait : non coupable), mais comme un obstacle à la pleine réalisation de l'activité répressive. Ce n'est donc pas par crainte de faire barrage à la manifestation de la vérité judiciaire que l'on s'oppose à l'établissement d'une véritable protection contre l'auto-incrimination, mais par crainte d'insuffisance des résultats répressifs.

Toutefois, il n'est pas certain que le souci d'améliorer les résultats répressifs en adaptant les procédures aux caractéristiques de la criminalité actuelle empêche la reconnaissance d'une protection contre l'auto-incrimination de type anglo-saxon ; à moins que les dernières réformes de la procédure pénale ne soient qu'une anticipation sur une telle reconnaissance que le droit français, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ne soit plus en mesure d'éviter.

\*

\*       \*

Le droit au silence fait l'objet d'une affirmation ambivalente. Tandis que le droit continental, sous l'influence des interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme, tend à construire

---

<sup>174</sup> John Murray, § 47. En l'espèce, la Cour EDH conclut à l'absence de violation car, dans le contexte de la liberté de la preuve – qui ne permet pas à la Cour, en l'absence de tout commentaire particulier des autorités qui aurait laissé préjuger que la culpabilité du requérant découlait de ce silence, d'établir que c'est sur le silence de l'accusé que la conviction des juges professionnels l'a emporté – et le requérant ayant conservé le silence tant devant la police que devant les magistrats en dépit des informations fournies et des conseils de son avocat selon lesquels cette attitude pouvait lui être préjudiciable, a librement consenti ce choix et a pu choisir entre garder le silence ou parler.

progressivement une protection contre l'auto-incrimination qui peut s'analyser en un droit à retenir la vérité (entendue comme réalité), un phénomène opposé a paru se dégager dans le système de *common law* : le droit britannique a considérablement limité la protection contre l'auto-incrimination en le dissociant du droit au silence pour ne plus conserver que ce dernier. Cependant, ce mouvement peut être contenu : d'une part, parce que le droit américain et le droit canadien sont plutôt stables sur ce point et maintiennent une forte protection contre l'auto-incrimination. D'autre part, parce que le droit britannique est, comme le droit des États membres du Conseil de l'Europe, soumis au respect des garanties minimales prescrites par la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et interprétées par la Cour européenne. L'évolution de ce droit s'inscrit dans le phénomène d'uniformisation de la procédure pénale, pas toujours linéaire, voire parfois très chaotique, qui transcende la distinction classique entre les systèmes accusatoire et inquisitoire, analysé par le professeur Delmas-Marty<sup>175</sup>. À partir de ce phénomène d'uniformisation du droit des États d'Europe, on peut émettre l'hypothèse que si, pour le moment, le droit de garder le silence est seulement reconnu en France dans une procédure pénale, à partir des mécanismes de constitutionnalisation des diverses branches du droit et surtout sous l'influence du droit européen des droits de l'homme, il est appelé à recevoir application dans les autres branches du droit objet de la « matière pénale » au sens européen. En outre, on peut affirmer qu'au-delà d'un simple droit au silence, à travers la mutation du statut des aveux dans le corpus des preuves pénales ne se dégage pas encore une protection contre l'auto-incrimination pouvant être analysée en une faculté de rétention de la vérité.

---

<sup>175</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, « Vers un modèle européen de procès pénal », dans M. DELMAS-MARTY (dir.), préc., note 5, 291-301.