

De certaines preuves scientifiques devant la Cour européenne des droits de l'homme

Jean PRADEL*

Scientific Evidence in Front of the European Court of Human Rights

Algunas pruebas científicas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sobre certas provas científicas perante a Corte Europeia de Diretos Humanos

论欧洲人权法院中的部分科学证据

Résumé

L'avènement des preuves scientifiques, comme celle de l'analyse du corps humain par ADN, ou celle de l'espionnage du comportement d'une personne par écoute électronique ou géolocalisation, bouleverse nos principes classiques. Sont en cause notamment l'inviolabilité de la personne, affirmée par l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, et le respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la même Convention. Tentant un équilibre entre ces principes et la nécessité d'une recherche de la vérité, la Cour européenne a été conduite

Abstract

The advent of scientific evidence, like that of human body analysis by DNA, or observing a person's behaviour by telephone tapping or geo-tracking, disrupts our classic principles. The inviolability of the person, affirmed by article 3 of the *European Convention of Human Rights*, and the respect for private life, enshrined at article 8 of the same convention, are at cause. It led the European Court, in its attempt to balance these principles with the necessity of the search for the truth, to deliver many judgments, generally nuanced.

* Professeur émérite de l'Université de Poitiers (France), ancien juge d'instruction et membre titulaire de l'Académie internationale de droit comparé. Cet article est tiré d'une conférence donnée sous le même titre devant la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 25 octobre 2016.

à rendre un grand nombre d'arrêts, en général nuancés.

Resumen

Con el advenimiento de las pruebas científicas, como la del análisis del cuerpo humano por el ADN, o la del espionaje del comportamiento de una persona mediante intervención telefónica o geolocalización, se conmocionan nuestros principios clásicos. Están en juego particularmente, la inviolabilidad de la persona, consagrada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el respeto de la vida privada, contemplado en el artículo 8 del mismo Convenio. En la búsqueda de un equilibrio entre estos principios y la necesidad de buscar la verdad, el Tribunal Europeo se ha visto obligado a proferir un gran número de sentencias, generalmente matizadas.

摘要

科学证据的到来，比如通过DNA分析人体，或者通过电子监听或地理定位暗中侦查一个人的行为所获得的科学证据，颠覆了传统证据原则。《欧洲人权公约》第3条确认的人身不可侵犯以及第8条规定的尊重私生活原则尤其受到挑战。欧洲法院试图在这些原则和寻找真相的必要性之间求得平衡，做出了众多差别细微的判决。

Resumo

O advento de provas científicas, como a da análise do corpo humano por DNA ou a da espionagem do comportamento de uma pessoa por escuta eletrônica ou geolocalização, perturba nossos princípios clássicos. Estão em causa notadamente a inviolabilidade da pessoa, afirmada pelo artigo 3.º da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, e o respeito à vida privada, consagrado no artigo 8.º da mesma *Convenção*. Tentando um equilíbrio entre esses princípios e a necessidade de uma pesquisa da verdade, a Corte Europeia foi levada a tomar um grande número de decisões, em geral nuancadas.

Plan de l'article

Introduction	29
I. La preuve par l'analyse du corps de la personne	34
A. L'opération de prélèvement	34
1. Le principe du respect de la volonté du suspect.....	34
2. L'atteinte au respect de la volonté du suspect.....	35
B. La conservation des prélèvements.....	38
II. La preuve par l'espionnage du comportement de la personne	41
A. Première exigence: une « loi » nationale précise	43
B. Seconde exigence: un juge actif.....	48
Conclusion	49

Notion et importance de la preuve pénale

Qu'entend-on par preuve et notamment par preuve en matière pénale ? Domat disait que « la preuve est ce qui persuade l'esprit d'une vérité »¹. Plus tard, Faustin Hélie verra dans la preuve pénale « tout moyen juridique d'acquérir la certitude d'un fait ou d'une proposition »². Bref la preuve, en général, est le fait ou les conclusions d'un raisonnement de nature à convaincre le juge d'une prétention émise devant lui. On le voit aussitôt : les rapports entre la preuve et la vérité sont étroits car la première permet d'accéder à la seconde, qu'elle soit favorable ou non au prévenu ou accusé.

Une précision doit être aussitôt apportée. Il ne faut pas confondre preuve et moyen d'obtenir d'une preuve³. Les preuves sont traditionnellement l'aveu, le témoignage et les indices matériels (comme les traces, les pièces à conviction, les inspections, les écrits...) ⁴, tandis que, par exemple, l'interrogatoire est un moyen d'obtenir l'aveu, et la perquisition, un moyen de réunir les indices.

Or la preuve et les moyens de l'obtenir sont au cœur du processus pénal ou procès au sens large⁵. Il faut que la preuve se fasse, qu'elle désincolpe ou accuse. Le fait qui n'est pas prouvé n'a juridiquement aucune existence : « *idem est non esse et non probatori* » (« ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un »). Et l'on envisage partout que si la preuve de la culpabilité n'est pas rapportée par l'accusation, la relaxe ou l'acquittement s'imposent : « *in dubio pro reo* », adage qui est une conséquence de la présomption d'innocence.

¹ Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Veuve Cavelier, 1771, p. 204, cité dans Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, Paris, Flammarion, 2002, p. 277.

² Faustin HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. IV, Bruxelles, Bruylant-Christophe et compagnie, 1866, n° 1763.

³ Rares sont les codes de procédure pénale à distinguer. Le Code italien de procédure pénale de 1989 distingue les moyens de preuve (*mezzi di prova*) et les moyens d'obtenir la preuve (*mezzi di ricerca della prova*). Voir : *Codice di procedura penale, Decreto del presidente della Repubblica n° 447 del 22 settembre 1988*, art. 194 et suiv.

⁴ Cette trilogie se retrouve en gros dans certains codes récents comme celui de l'Italie (1989) (*id.*), de la Roumanie (2010), de la Suisse (2013).

⁵ Le mot procès en Europe continentale désigne tantôt la phase de jugement de la procédure, tantôt toute la procédure, ce qui inclut alors l'enquête. Il n'y a pas d'unanimité dans la doctrine sur ce point.

Une preuve pénale qui longtemps se chercha

Pendant de longs siècles, la preuve s'effectuait par des moyens simples ou surnaturels. Des moyens simples ont toujours existé, comme l'audition d'un témoin, «ce qui ne demandait point d'art ni d'effort de raisonnement»⁶, ou l'interrogatoire. Des moyens toutefois insuffisants si l'on songe que le témoin peut avoir oublié des faits ou subir des pressions et que la personne suspectée ou poursuivie peut mentir⁷, d'où une série de règles d'exclusion de la preuve dont raffolait le droit anglais à partir du XVII^e siècle, par exemple à propos de l'interdiction du ouï-dire («*hearsay evidence*»)⁸.

À ces moyens, s'ajoutaient, du moins durant le Haut Moyen Âge, les ordalies consistant pour la partie accusée à se soumettre rituellement à une épreuve physique au cours de laquelle Dieu, étant censé intervenir, désignait à l'issue de l'épreuve si l'accusé était coupable ou innocent. Par exemple, l'accusé était obligé de prendre quelques instants un fer rougi au feu. La plaie était ensuite recouverte d'un pansement scellé et au bout de trois jours, si la blessure était en voie de guérison, l'individu était déclaré innocent. Sous les coups conjugués de l'Église et de la doctrine, un tel moyen de preuve disparut à partir du XII^e siècle⁹.

La révolution scientifique

La preuve fait des progrès décisifs au XIX^e siècle avec les découvertes scientifiques. Une forte cohorte de médecins, anesthésistes, chirurgiens et

⁶ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil canonique et la jurisprudence du Royaume, avec un Traité particulier des crimes*, Paris, Le Breton, 1757, p. 303.

⁷ L'aveu était si important dans un système de preuves légales que se développa la torture pour l'obtenir. Cette odieuse pratique a disparu au milieu du XVIII^e siècle avant d'être interdite par le roi Louis XVI en 1787.

⁸ Il s'agissait d'encadrer le principe de la liberté de la preuve (intime conviction), alors qu'en droit continental européen, la preuve à cette époque était légale, d'où il résulte que les règles d'exclusion n'avaient guère d'intérêt. Cependant, à partir du milieu du XVIII^e siècle, les juges (du moins en France) avaient déjà rallié l'intime conviction. Sur le ouï-dire en common law, voir : Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20^e éd., Cowansville, Thémis et Yvon Blais, 2013, n^o 783 et suiv.

⁹ Adhémar ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle à nos jours*, Frankfurt am Main, Verlag Sauer et Auvermenkg, 1969.

physiciens apparut¹⁰. Mathieu Orfila (1787-1853) est l'un des fondateurs de la toxicologie. Le 14 mai 1881, le professeur Brouardel obtient du conseil général de Paris l'établissement d'une salle d'autopsie et d'un laboratoire de chimie affectés aux recherches médico-légales. Simultanément en 1879, un modeste policier, Alphonse Bertillon, invente l'anthropométrie judiciaire et se trouve à l'origine des fichiers. Dans les années 1880, le magistrat autrichien Hans Gross fonde véritablement la criminalistique, suivi par le Français Edmond Locard. La preuve pénale scientifique est née, qui doit évidemment être conçue non pas comme un nouveau mode de preuve, à côté de l'aveu, du témoignage et de l'indice, mais comme un nouveau moyen de recueillir l'une de ces preuves, notamment l'aveu.

À partir du milieu du XX^e siècle, la preuve scientifique fait de nouveaux progrès, en vérité des pas de géant. Un chercheur anglais, Alex Jeffreys, découvre le procédé de l'empreinte génétique qui se fonde sur la présence, dans chaque cellule vivante de notre organisme, d'une molécule d'ADN (acide désoxyribonucléique). Le principe est celui d'une comparaison entre l'ADN recueilli sur une personne et celui d'une ou plusieurs autres. La preuve par ADN rend de grands services aux praticiens, mais pas dans toutes les affaires, évidemment¹¹.

Va ainsi apparaître tout une batterie de procédés scientifiques prenant appui sur le corps humain. Il s'agit avant tout de l'empreinte génétique, mais aussi de l'empreinte digitale, des analyses de sang, d'urine ou d'air expiré. Une nouvelle justice semble se développer. Déjà en 1912, un éditeur du *New York Times* écrit :

bientôt, il n'y aura plus ni jury, ni horde de détectives et témoins, ni accusation et contre-accusation, ni avocat de la défense [...] L'État soumettra simplement tous les suspects impliqués dans une affaire à des tests d'instruments scientifiques et puisque ces instruments ne peuvent commettre d'erreur, ni mentir, leurs résultats serviront à trancher entre la culpabilité et l'innocence.¹²

¹⁰ Sur ce courant, on lira la thèse remarquable de Jean-Raphael DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, préface de Coralie AMBROISE-CASTÉROT, Paris, LGDJ, 2012, n° 15 et suiv.

¹¹ La preuve scientifique est surtout utilisée pour les affaires de violence où des traces peuvent apparaître (sang, sperme, cheveux...). En revanche, en matière économique et financière, la preuve scientifique a peu d'intérêt, sauf en des cas exceptionnels, par exemple pour prouver la présence de traces biologiques sur un document.

¹² Cité dans Ken ALDER, « Les tours et détours du détecteur de mensonge », *La Recherche*, hors-série, n° 8, La preuve scientifique, septembre 2007, en ligne: <<http://www.>

La vision est certes idéaliste, mais l'avenir montrera qu'elle n'est pas totalement infondée : l'idée d'une preuve par le corps humain n'est certainement pas fausse¹³.

Il y a plus car les techniques scientifiques gagnent le domaine de l'activité de l'homme. Il devient possible d'enregistrer les paroles et les gestes d'une personne avec microphones, tables d'écoute, systèmes d'écoutes téléphoniques, investigations sur des ordinateurs, techniques de géolocalisation, y compris par la vérification de la voix.

De la sorte, il existe deux familles de preuves scientifiques : celle qui implique, à partir d'un matériel biologique, une recherche, de longues manipulations par des spécialistes, et celle qui, à partir d'un instrument sophistiqué, obtient des éléments sur les paroles ou les actes d'une personne. Dans les deux cas, la fiabilité de la preuve est grande. Mais tout n'est pas aussi simple car l'administration de la preuve doit se faire en principe sous la garantie des droits de l'homme.

La garantie des droits de l'homme

La justice, notamment la justice pénale, est un sempiternel équilibre entre deux intérêts antagonistes. Naguère, Faustin Hélie parlait de « deux intérêts puissants, également sacrés qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général de la société qui veut la juste et prompte répression des délits, l'intérêt des accusés qui est lui aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie de la cité et des droits de la défense »¹⁴. Cet équilibre se retrouve aujourd'hui dans les jurisprudences nationales¹⁵ et dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »). Celle-ci

kenalder.com/liedetectors/Polygraph.LaRecherche.Alder.pdf> (consulté le 1^{er} décembre 2017), p. 62; Stéphane CLÉMENT, *Songe d'une pure vérité : à propos du détecteur de mensonge*, RICPT, 2004, p. 55.

¹³ En France, la chambre criminelle de la Cour de cassation a admis qu'un juge d'instruction peut faire établir un profil morphologique externe (couleur de la peau, des cheveux, des yeux) à partir d'une empreinte génétique, le suspect n'apparaissant pas dans le fichier des empreintes génétiques : Crim., 27 juin 2014, *Bull. Crim.*, n° 13-87.493.

¹⁴ HÉLIE, préc., note 2, p. 4.

¹⁵ Ainsi le Conseil constitutionnel français répète inlassablement que « la recherche des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle, qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnel-

rappelle que «le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général, celui de la communauté d'une part et d'autre part les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention»¹⁶. Or la CEDH est en matière de droits de l'homme en Europe l'interprète officiel de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹⁷ (ci-après «Conv. EDH»), un véritable Saint-Office des temps modernes¹⁸.

Parmi les droits énoncés dans la Convention, on pense d'abord au droit de l'accusé à un procès équitable, ce qui implique par exemple son droit à une procédure contradictoire et à l'assistance d'un défenseur. Il n'y a pas lieu cependant d'insister sur ce point, qui est commun à tous les types de contentieux. En revanche, il est deux droits qui intéressent plus spécialement la preuve scientifique. C'est d'abord le droit inscrit à l'article 3 Conv. EDH qui interdit notamment «les peines ou traitement inhumains ou dégradants» et qui implicitement assure l'inviolabilité de la personne en matière de preuve par le corps humain. C'est ensuite le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 Conv. EDH qui, sous certaines limites, assure à toute personne le «droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance» et qui implicitement peut venir exclure la preuve par le comportement, mais qui peut aussi influencer sur le régime de la preuve par le corps humain, si l'on songe à la question de la mémorisation des données dans des fichiers.

Bref, ces deux droits de l'homme vont s'immiscer dans le régime européen de ces deux aspects de la preuve scientifique. Plus précisément, les juges de Strasbourg ont été conduits à répondre à deux questions, celle de la preuve par l'analyse du corps de la personne (I) et celle de la preuve par l'espionnage du comportement de la personne (II).

lement garanties au nombre desquelles figurent la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, les droits de la défense... »

¹⁶ *Ocalan c. Turquie*, § 88, n° 46221/99, § 88, J.C.P., 2005-I.159, n° 3 (CEDH), obs. F. Sudre. Add. De façon proche, *Al Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, n° 26766/05 et n° 22228/06, CEDH 2011.

¹⁷ 1950, en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

¹⁸ D'où une grande autorité et l'alignement des droits nationaux (légalement et jurisprudentiellement) sur ses prescriptions, en dépit des résistances qui vont d'ailleurs actuellement en se renforçant.

I. La preuve par l'analyse du corps de la personne

Par corps humain, on entendra le corps vivant et non le corps mort, qui pose des problèmes différents et en réalité peu considérables. Dans tous les pays, les praticiens font procéder à des autopsies et en général les codes les prévoient, la CEDH n'y faisant pas obstacle¹⁹. Quant au corps humain vivant, il s'agit en réalité de prélèvements sur des parties de ce corps²⁰ et se pose alors un double problème : celui de l'opération de prélèvement et celui de la conservation du prélèvement.

A. L'opération de prélèvement

Le principe directeur est celui de la nécessité du respect de la volonté de la personne, en fait du suspect. Faut-il rappeler en effet que l'inviolabilité (ou l'intangibilité) du corps humain est l'un des principes les mieux assurés partout : on a pu parler du *noli me tangere* comme règle fondamentale. Ce principe n'est pourtant pas absolu.

1. Le principe du respect de la volonté du suspect

Selon la CEDH, l'article 3 Conv. EDH sur l'interdiction de la torture ne sanctionne que les mauvais traitements ayant atteint un minimum de gravité²¹ ; il advient que les enquêteurs usent de procédés portant atteinte à l'intégrité de la personne, du suspect. Nous ne parlons pas des violences diverses tendant à l'obtention de l'aveu²², en fait très rares. Nous entendons évoquer le cas de l'obtention violente d'un produit du corps ou d'un produit ingéré dans le corps.

On donnera l'exemple de l'affaire *Jalloh c. Allemagne*²³ portant sur un petit trafiquant de drogue qui avait avalé un sachet de drogue au moment de son arrestation. Niant l'évidence et refusant de prendre un vomitif à la demande des policiers, il fut immobilisé par ces derniers tandis qu'un

¹⁹ À notre connaissance, il n'y a pas de d'arrêt de la CEDH traitant à titre principal de l'autopsie.

²⁰ La CEDH ne semble pas avoir statué sur l'hypnose, le polygraphe ou les neurosciences.

²¹ *Irlande c. Royaume-Uni*, Série A, n° 25, § 162, CEDH 1978 ; *Tyrer c. Royaume-Uni*, Série A, n° 26, CEDH 1978 ; *Assenou c. Bulgarie*, D. 1999, CEDH 1998, Somm., 266, obs. Hennion.

²² *Tomasi c. France*, Série A, n° 241, 142, CEDH 1993.

²³ N° 59810/00, J.C.P. 2007-I.106, n° 1 et A.J.D.A. 2006.1710 (CEDH), obs. J.-F. Flauss.

médecin appelé en urgence lui posait une sonde gastrique par laquelle passait un produit vomitif. La CEDH s'est montrée à juste titre sévère. Il est utile, semble-t-il, d'en rappeler l'attendu essentiel :

Les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. Elles l'ont forcé à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques, mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. La façon dont la mesure litigieuse a été exécutée était de nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir. En outre, elle a comporté des risques pour la santé de l'intéressé, en particulier en raison du manquement à procéder préalablement à une anamnèse adéquate... La façon dont l'intervention a été pratiquée a également occasionné au requérant des douleurs physiques et des souffrances mentales. L'intéressé a donc été soumis à un traitement contraire à l'article 3.²⁴

Ce cas mis à part, la CEDH a eu affaire à des situations plus subtiles où le principe d'inviolabilité du corps est atteint ou peut être considéré comme atteint.

2. L'atteinte au respect de la volonté du suspect

Hormis le cas précédent d'une violence évidente, la CEDH ne s'oppose pas aux mesures ayant pour objet de récolter des échantillons d'haleine, de sang, d'urine ou de tissus corporels. En l'affirmant, elle a balayé l'argument du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Dans le célèbre arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*²⁵, elle décida :

Tel qu'il s'entend communément dans les pays des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'étend pas à l'usage dans une procédure pénale de données que l'on peut obtenir de l'accusé, en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine, ainsi que les tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN.²⁶

²⁴ *Id.*, § 82.

²⁵ N° 43/1994/490/572, CEDH 1996-VI. Déjà l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que l'ingérence constituée par un prélèvement corporel obligatoire peut être justifiée dès lors qu'elle est prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but recherché, COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, n° 8378/78, 13 décembre 1979.

²⁶ *Saunders c. Royaume-Uni*, préc., note 25, § 69.

Comme l'indiquent des auteurs :

par le fait de donner du matériel cellulaire pour le test ADN, le prévenu n'est pas contraint à témoigner contre lui-même ou à reconnaître ses fautes. Ce n'est pas le prévenu qui est forcé de parler, mais ce sont les faits qui parlent pour lui.²⁷

Il est donc clair qu'un prélèvement corporel, à des fins probatoires, peut être effectué sur un suspect contre sa volonté, la CEDH ayant parlé de « pouvoirs coercitifs ». Tout est dans la mesure et tout dépend « après un examen attentif de la nature et du degré de coercition utilisés, de l'existence de garanties appropriées et de l'utilisation qui sera faite des éléments obtenus »²⁸.

La CEDH va même plus loin, en s'abstenant de condamner les États qui prévoient d'incriminer le refus par un témoin de prêter serment. Dans une affaire, la CEDH, après avoir rappelé le droit pour tout accusé de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, entend réduire sensiblement ce droit. Elle décide en effet que la condamnation du requérant à des amendes pour avoir refusé de prêter serment et de déposer alors qu'il était assigné à comparaître comme témoin dans une affaire d'assassinat n'est pas contraire à la Convention car, selon les juges de Strasbourg, « une telle condamnation ne vide pas de sa substance le droit de ne pas s'auto-incriminer puisque l'obligation de prêter serment n'oblige pas l'intéressé à déposer »²⁹. Cette décision peut être transposée au cas des prélèvements : un État qui incriminerait le refus de se prêter à des prélèvements corporels pourrait échapper à la condamnation par la CEDH. En somme sont légitimes les délits pénaux de refus de subir un prélèvement.

Les droits internes utilisent massivement des sanctions indirectes pour « forcer » le suspect à se prêter à un prélèvement à des fins probatoires. Dans l'exemple de la France, le fait de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique aux fins de détermination de l'empreinte génétique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende³⁰. Le fait de refuser de se soumettre à un dépistage d'alcool ou de drogue à l'occasion de la

²⁷ Jean-Pierre TAK et Hendrik VAN EIKEMAR HOMMES, *Le test ADN et la procédure pénale en Europe*, RSC 1993.684.

²⁸ J.-R. DEMARCHI, préc., note 10, n° 347, p. 181.

²⁹ *Serves c. France*, n° 82/1996/671/893, CEDH 1997-VI, obs. F. Sudre.

³⁰ *Code de procédure pénale*, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), art. 706-56-II (ci-après « CPP »).

conduite d'un véhicule est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 € d'amende³¹. De telles dispositions paraissent à l'abri d'une condamnation européenne³².

Le droit français va même parfois plus loin en imposant le prélèvement en l'absence du consentement de l'intéressé, qu'il s'agisse d'investigations à l'insu de la personne³³ ou même de prélèvements imposés. Au titre de ce dernier cas, on citera l'article 706-56 I, alinéa 5 CPP, selon lequel le prélèvement aux fins d'ADN peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisition écrite du procureur de la République lorsque la personne a été condamnée pour un crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement. On peut donner également l'exemple de l'article 706-47-2 CPP, selon lequel les enquêteurs peuvent, au cours d'une enquête ou sur demande d'un juge d'instruction, « faire procéder sur toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle [...] à un examen médical ou à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible ». On comprend aisément les intentions du législateur. Mais celui-ci va très loin dans le second exemple car il permet d'imposer par la force un prélèvement sanguin à une personne qui est encore juridiquement innocente, contrairement au cas visé par l'article 706-56 I CPP. Dès lors il faut le dire, la question se pose de la conventionalité de tels textes. Il n'y a pas à notre connaissance de jurisprudence de la Cour de Strasbourg. On peut cependant conjecturer que la CEDH validerait ces dispositions, compte tenu de l'enjeu social en cause³⁴.

³¹ *Code de la route*, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074228&dateTexte=20171209>> (consulté le 1^{er} décembre), art. L. 234-8, al. 1 et L. 235-1, al. 4.

³² On peut invoquer en faveur de ces solutions le fait de la grande nécessité de cette forme de preuve et le caractère bénin de l'atteinte au corps, voir : Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 18^e éd., Paris, Cujas, 2015, n° 482. À l'encontre, un auteur s'est montré plus hésitant en remarquant que l'aveu est entouré de garanties (pour éviter de faux aveux) alors qu'il n'y a rien de tel pour les prélèvements, assimilés par lui à un aveu : J.-R. DEMARCHI, préc., note 10. En réalité, le prélèvement s'apparente bien plus à un indice qu'à un aveu, faute de parole du suspect.

³³ Crim., 30 avril 1998, *Bull. Crim.*, n° 98-80741 inédit, 2001.607, obs. A. Giudicelli (des enquêteurs invitent un suspect à fumer une cigarette et ensuite récupèrent le mégot, qui sera analysé).

³⁴ L'Allemagne connaît les prélèvements forcés et ne semble pas avoir été condamnée par la CEDH.

Si l'obtention de prélèvements corporels pose en définitive peu de difficultés, leur conservation en pose sans doute davantage.

B. La conservation des prélèvements

Il est bien évident que l'obtention d'une donnée biologique appelle sa conservation, en vue d'une éventuelle contre-expertise ou en vue de déterminer une nouvelle infraction, d'où la nécessité d'organiser des fichiers. La jurisprudence de la CEDH est pourtant ici bien moins riche que dans le cas précédent. Or les fichiers, cette mémoire des résultats d'analyses scientifiques sur le sang, l'ADN, etc., se multiplient à une vitesse extrême. La France, pour ne parler que d'elle, avait 34 fichiers de police en 2006, 45 en 2008 et 58 en 2009, et sans doute encore plus aujourd'hui³⁵. La CEDH en admet le principe tout en s'efforçant d'en cerner le régime car les fichiers ont mauvaise réputation dans le public qui y voit une atteinte à son intimité.

Cette légitimité est indirectement affirmée par la CEDH qui en les subordonnant à d'importantes conditions en admet la valeur juridique. À cet égard, l'arrêt *Marper*³⁶, qui sera évoqué plus bas, est la décision de principe.

On peut ajouter que dans l'esprit des juges européens, cette conventionnalité des fichiers se fonde d'abord en pratique sur leur nécessité pour les enquêteurs et les juges, notamment dans les affaires d'homicide volontaire ou de viol. Elle se fonde aussi en logique sur le fait que les juges européens, en permettant aux autorités nationales de consulter des fichiers de prélève-

³⁵ Delphine BATHO et Jacques-Alain BENISTI, *Rapport d'information sur les fichiers de police, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 mars 2009*, Assemblée nationale française, n° 1548, en ligne: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i4113.asp>> (consulté le 1^{er} décembre 2017), p. 42. En France, les principaux fichiers sont le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), le Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED), le Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violences (FIJAIS), et les nombreux fichiers automatisés de la police nationale et de la gendarmerie nationale.

³⁶ *S. Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et n° 30566/04, CDEH 2008, 182, obs. J.-P. Marguénaud; AJ pénal 2009, 81, note G. Roussel, RFDA, 2009, 741, note S. Peyrou-Pistouley. Auparavant la CEDH avait jugé que la constitution de fichiers peut s'analyser comme une « ingérence nécessaire et non déraisonnable »: *V. c. Pays-Bas*, arrêt du 7 décembre 2006 (CEDH).

ments corporels, admettent implicitement et nécessairement que ces prélèvements puissent être conservés dans des fichiers: en effet, dans toute affaire pénale où des prélèvements se conçoivent, il est indispensable de pouvoir faire des comparaisons avec d'éventuels précédents pour traiter une affaire, voire pour traiter une affaire future. Tout cela est simple.

Plus délicate est la question du régime des fichiers. Dans un sens répressif, les juges européens ne voient pas dans le fichage une peine au sens de l'article 7 Conv. EDH, mais une mesure de sûreté³⁷. On sait que l'article 7 §1 pose la règle de la non-rétroactivité des peines. Pour les juges, le fichage est donc une mesure préventive qui échappe à la règle de la non-rétroactivité. Il faut préciser qu'en droit européen, la notion de peine présente une nature autonome, différente de celle retenue en droit interne et centrée autour des idées de nature, de but et de gravité³⁸.

À cette jurisprudence, on a opposé le fait que le fichage n'empêche pas la commission d'infractions. C'est vrai, mais ce qui est vrai aussi, c'est qu'il facilite l'élucidation d'affaires pénales futures dans la mesure où la mémoire des empreintes digitales et ADN concernant une affaire précédente est conservée. On peut en outre conjecturer que les individus envisageant un crime de sang ou de mœurs peuvent être dissuadés de passer à l'acte s'ils savent qu'à la suite d'une affaire précédente, ils ont fait l'objet d'un prélèvement.

Les solutions nationales sont très diverses. On opposera le droit anglais et le droit français. Dans le premier, l'article 64-1 A du *Police and Criminal Evidence Act. 1984*³⁹, très répressif, permet de conserver sans limite de temps des empreintes génétiques pour toutes infractions, quelle qu'en soit la nature ou la gravité des faits dont une personne est soupçonnée ou l'âge de celle-ci. En France, l'article 706-55 CPP liste les infractions

³⁷ À propos de l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIIAIS): *Bouchacourt c. France*, n° 5335/06, D. 2010, 93 (CEDH), obs. K. Gachi, RSC, 2010, obs. D. Roets. En France, la même position est adoptée par la Cour de cassation (Crim., 28 septembre 2005, AJ 2005, 457, obs. C. Saas) et par le Conseil constitutionnel.

³⁸ *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, D. 2010, 737, (CEDH), note J. Pradel, à propos de la détention de sûreté allemande qui doit être regardée comme une peine.

³⁹ en ligne: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

pouvant donner lieu à prélèvement et donc à leur conservation⁴⁰ tandis que l'article R. 53-14 du même Code dispose que ces échantillons sont conservés quarante ans une fois que la condamnation est devenue définitive.

Que décide le droit européen? La Recommandation n° R(92) du 10 février 1992 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe prévoit qu'en principe les échantillons doivent être détruits dès qu'une décision définitive aura été rendue «à moins qu'une telle conservation ne s'impose pour des besoins directement liés à ceux en vue desquels ils ont été prélevés»⁴¹.

De son côté, la CEDH a été amenée à statuer à propos du texte anglais précité, de 1984. Dans cette affaire *Marper*, la Cour commence par rappeler un principe restrictif: «La protection offerte par l'article 8 Conv. EDH serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée d'autre part»⁴².

Puis la CEDH se montre plus précise en ce qui concerne la conservation des divers matériels biologiques:

Le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions, mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce⁴³, ne traduit pas un juste équilibre

⁴⁰ Liste à vrai dire assez large, où l'on trouve par exemple les infractions sexuelles, les crimes contre l'humanité, les crimes et délits d'atteinte à la personne, le proxénétisme, le vol, l'extorsion, l'escroquerie, etc.

⁴¹ *Recommandation n° R(92) du 10 février 1992 du Comité des Ministres aux États membres sur l'utilisation de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale*, en ligne: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=573835&SecMode=1&DocId=601432&Usage=2>> (consulté le 1^{er} décembre 2017). En droit hollandais, la destruction des échantillons biologiques survient immédiatement après la conclusion d'une affaire sauf en ce qui concerne les échantillons des personnes condamnées.

⁴² *S. Marper c. Royaume-Uni*, préc., note 36, 112.

⁴³ Dans cette affaire, les deux requérants dont l'un âgé de 11 ans avait été respectivement soupçonnés de tentative de vol aggravé et de harcèlement. Le premier fut relaxé et le second avait bénéficié d'un classement sans suite. Puis ils avaient demandé le retrait de

entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et l'État défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur de vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique.⁴⁴

À son tour, la France sera condamnée à propos de son fichier automatisé des empreintes digitales (FAED). Elle le sera d'abord pour conservation de données relatives à des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions de faible gravité et n'ayant pas été condamnées⁴⁵. Elle le sera après encore car des données avaient été conservées vingt ans⁴⁶ alors que les faits avaient été classés sans suite; les juges européens en ont déduit que la France avait porté une atteinte disproportionnée au droit de la vie privée⁴⁷.

Dans ces trois décisions, une idée se dégage : quand les faits sont bénins et surtout lorsqu'il n'y a pas eu de condamnation, la mémoire des échantillons doit disparaître, au nom du défaut de proportion entre la lourdeur de la mesure (atteinte à la vie privée) et la gravité des faits (absence de sanction par la justice pénale).

La preuve des paroles et des gestes d'une personne, par des techniques d'espionnage, pose des problèmes qui ne sont pas tellement différents.

II. La preuve par l'espionnage du comportement de la personne

La vie privée est le jardin secret de tout individu, c'est le lieu où il peut se dire à l'abri de toute ingérence de l'État ou d'un tiers, c'est le lieu où il peut tenir secrets ses faits et gestes, comme ses paroles, c'est le lieu où son comportement restera ignoré de tous s'il le veut. Royer-Collard, auteur

leurs empreintes digitales et d'ADN. Refus des juges anglais au nom de la nécessité de la répression.

⁴⁴ *S. Marper c. Royaume-Uni*, préc. note 36, 125.

⁴⁵ *M. K. c. France*, n° 19522/09, CEDH 2013.

⁴⁶ En droit français, la durée maximale est de 25 ans : art. 5 du *Décret n° 87-249 du 8 avril 1987 sur le fichier automatisé des empreintes digitales modifié par le décret n° 2005-585 du 27 mai 2005*, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006065909>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

⁴⁷ *Brunet c. France*, AJ pénal, 2014, 539, (CEDH), obs. Roussel.

français du début du XIX^e siècle, disait que la vie privée doit être « claquemurée »⁴⁸. Plus près de nous, l'article 8 §1 Conv. EDH déjà cité a affirmé le respect de vie privée de manière lapidaire en une formule rappelant celle du Code civil français de 1804⁴⁹.

Pourtant, dans certains domaines d'intérêt général, comme ceux de la sécurité nationale, de la santé ou encore celui de la criminalité, une conception absolutiste du secret n'est pas tenable. C'est pourquoi l'article 8 §2 Conv. EDH prévoit la conventionalité d'une « ingérence d'une autorité publique [...] pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire [...] » à l'une de ces fins, comme « la prévention des infractions pénales ».

Or la tentation de rechercher des infractions dans un intérêt public est d'autant plus forte qu'aujourd'hui, la technique offre aux policiers et aux magistrats des moyens de plus en plus fiables comme les écoutes téléphoniques, la sonorisation d'un lieu par la pose de magnétophones, l'espionnage d'un téléphone portable, ou le procédé de la vidéosurveillance/vidéoprotection.

Tous les droits nationaux ont légalisé ces procédés. Mais il faut savoir si leurs législations sont en accord avec le droit européen des droits de l'homme et plus précisément avec l'article 8 qui, en termes brefs, subordonne la licéité de ces procédés à une prévision par la loi interne et à une condition de nécessité. Tout cela reste vague et c'est seulement par la consultation des arrêts de la CEDH que l'on pourra saisir ce que les législa-

⁴⁸ Député sous la Restauration, il participa à la préparation de la loi de 1817 sur la presse et eut ce mot. Voir Guillaume DE BERTIER DE SAUVIGNY, *La Restauration*, Flammarion, 1955, p. 160 et suiv.

⁴⁹ En ligne: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517>> (consulté le 1^{er} décembre 2017). La CEDH se montre favorable à une conception large du concept de vie privée, qui dépasse le cercle intime où chacun peut mener la vie personnelle à sa guise et peut inclure le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, *Huvig c. France*, arrêt du 24 avril 1990, Série A, n° 176 B (CEDH); *Haas c. Suisse*, n° 31322/07, D. 2011, 925, (CEDH), note E. Martinet, M. Reynier et F. Viala; *Gross c. Suisse*, n° 67810/10, D. 2013, Actu, (CEDH), p. 1277, obs. G. Puppincq, J.C.P. 2013, p. 1115, obs. G. Gonzalez. Sans compter la création par la CEDH de la théorie des obligations positives qui obligent l'État à prévoir des dispositions pour mieux assurer le respect de la vie privée: Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentales garantis par la CEDH*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2017, n° 104 et suiv. pour la théorie générale, n° 241 et suiv. *passim*.

teurs nationaux peuvent faire, et jusqu'où ils peuvent aller⁵⁰. C'est encore la question de la conciliation entre État de droit et nécessité de la répression qui se pose. Pour tenter de résoudre la difficulté, la jurisprudence européenne pose deux exigences : celle d'une loi nationale précise et la présence d'un juge actif, apte à débusquer les abus.

A. Première exigence : une « loi » nationale précise

L'ingérence étatique doit être prévue par la « loi », indique l'article 8 §2 Conv. EDH. Mais que faut-il entendre par « loi » ? Et qu'est-ce qu'une loi précise ?

Il faut d'abord s'entendre sur le sens du mot « loi » prévu à l'article 8 §2 Conv. EDH. On sait que pour la CEDH, le droit européen n'adopte pas le sens admis dans le droit européen continental, qui est le droit écrit, c'est-à-dire le texte voté par le Parlement et promulgué par le chef de l'exécutif. Pour la CEDH, « le mot "loi", englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit »⁵¹ ou encore « [l]a notion de "droit" utilisée à l'article 7 Conv. EDH [...] englobe le droit tant d'origine législative que jurisprudentielle »⁵². De la sorte, et dans un esprit œcuménique, la Cour de Strasbourg met au même niveau la loi formelle et la jurisprudence, laquelle en droit anglo-saxon est une source éminente du droit⁵³. Encore faut-il que la « loi » présente certaines qualités.

Nécessaire, la « loi » doit encore être précise⁵⁴. L'article 8 Conv. EDH ne le dit pas, mais l'idée est implicite. En outre, la jurisprudence strasbourgeoise affirme avec force que la « loi » ne saurait se borner à prévoir que les magistrats et policiers peuvent utiliser des méthodes de surveillance du

⁵⁰ Avec la difficulté que la CEDH raisonne *in concreto*, espèce par espèce.

⁵¹ *Sunday Times c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 avril 1979, § 47 (CEDH).

⁵² *S.W. c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 novembre 1995, § 35, Série A, n° 335-B (CEDH); *Cantoni c. France*, § 29, CEDH 1996-V, J.C.P. 1997-I.4000, n° 31, obs. F. Sudre, Dr. pénal, 1997, comm. 11, obs. J. H. Robert, D. 1997, Somm. 2002, obs. Henry; *Achour c. France*, § 42, JDI 2007, 712, (CEDH), obs. O. Bachelet, D. 2006, 2513, note Zerouki-Cottin, D. 2006, Pan., 1649, obs. G. Roujou de Boubée et aléa, AJ pénal, 2006, 360, obs. C. Saas, J.C.P., 20016-II.164, n° 6, obs. F. Sudre.

⁵³ C'est pourtant de moins en moins vrai, Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 679 et suiv.

⁵⁴ *Soros c. France*, n° 50425/06, CEDH 2011 : le prévenu doit pouvoir comprendre si son comportement est répréhensible.

comportement. La France en a fait l'expérience. Par exemple, en matière d'écoutes téléphoniques, la CEDH observe que «le droit français écrit et non écrit» – ce qui évoque la jurisprudence de la Cour de cassation – «n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Les intéressés n'ont pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique.»⁵⁵ À cette occasion, la CEDH ajoute qu'en l'espèce, les justiciables n'ont pas ou guère souffert de cette insuffisance de protection, le résultat des écoutes n'ayant pas servi de fondement aux poursuites mais que ceci importe peu : elle précise en effet que conformément à sa jurisprudence constante, l'existence d'une violation se conçoit même en l'absence de préjudice⁵⁶. Cette idée devait être rappelée car il apparaît que la CEDH attache un grand prix au respect de la vie privée et en conséquence sanctionne une violation de ce respect même s'il n'en résulte aucun dommage pour les justiciables.

L'exigence d'une loi précise apparaît encore dans l'affaire *Vetter c. France*⁵⁷, relative aux sonorisations. Un juge d'instruction avait fait placer des micros dans une maison où se rendait régulièrement un individu soupçonné de meurtre. Or la CEDH a constaté que le seul texte était celui de l'article 81 CPP selon lequel «le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité» et que, en conséquence, «dans le domaine de la pose de micro, le droit français n'indique pas avec assez de clarté, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités». Le droit français avait bien en l'espèce un texte relatif aux écoutes téléphoniques, la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991⁵⁸ n'ayant cependant traité que lesdites écoutes. Dans le même ordre d'idées, la CEDH a condamné l'installation d'un micro dans le parloir d'une prison, la loi là encore n'indiquant pas

⁵⁵ *Huvig c. France*, préc., note 58; *Kruslin c. France*, arrêt du 24 avril 1990, § 36, Série A, n° 176-A (CEDH), RUDH, 1990, 185, obs. G. Cohen-Jonathan, Ann. fr. dr. int., 1991, 606, obs. Coussinet-Coustère, D. 1990, 353, note J. Pradel.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ N° 59842/00, § 20, D. 2005, 1755 (CEDH), note J. Pradel, RSC 2006.663, obs. F. Massias.

⁵⁸ *Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques*, en ligne <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000173519>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

avec assez de clarté la possibilité d'une ingérence par les autorités et l'exercice de leur pouvoir d'appréciation⁵⁹.

Les mesures intrusives ne se conçoivent que pour des infractions graves, ce qui signifie un rapport entre la gravité de l'infraction et celle de l'atteinte à la vie privée et ce qui conserve en réalité le principe de proportionnalité qu'offre la CEDH. Certes l'article 8 Conv. EDH ne dit rien de tel. Toutefois, dans les affaires sur lesquelles a statué la CEDH, les faits étaient toujours graves et, mieux, dans une affaire allemande de géolocalisation, la CEDH a justifié l'ingérence notamment par le fait que la surveillance ne pouvait être ordonnée en droit allemand «qu'à l'égard d'une personne soupçonnée d'une infraction extrêmement grave»⁶⁰. Et encore, une mesure de vidéosurveillance n'est pas permise si elle a un caractère systématique ou permanent⁶¹.

L'examen des droits nationaux confirme ce point de vue, par exemple en ce qui concerne les écoutes téléphoniques. Ainsi en France, celles-ci supposent que l'infraction soit un crime ou un délit puni automatique d'au moins deux ans d'emprisonnement⁶². Dans d'autres législations, c'est le système de l'énumération qui est retenu. Ainsi l'article 266 CPP⁶³ italien vise à la fois les délits pour lesquels est prévue une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement et certains délits spécifiques comme le trafic d'armes ou de stupéfiants, la contrebande ou les menaces⁶⁴. Il y aurait beaucoup d'exemples à donner.

Un autre aspect de la proportionnalité est celui de l'usage qui est fait de la mesure d'investigation. Voici des enregistrements vidéo effectués sans le consentement de l'intéressé et ensuite utilisés en justice. Les juges européens reconnaissent qu'il y avait bien eu ingérence, mais ajoutent que

⁵⁹ *Wisse c. France*, n° 19324/02, §§ 24 et suiv., D. 2006, 764 (CEDH), note D. Roets, J.C.P. 2005-I.109, n° 8, obs. F. Sudre, Procédures 2006, com., 141, obs. J. Buisson, AJ pénal, 2006, 128, obs. J.-P. Céré, RSC 2006.429, obs. P. Poncela, 664, obs. F. Massias.

⁶⁰ *Uzum c. Allemagne*, D. 2011, 724, (CEDH), obs. H. Matsopoulou, RSC 2011, chron., 217, obs. D. Roets, Dr. pénal 2011, chron., 3, obs. E. Dreyer. Il s'agissait en l'espèce d'une personne soupçonnée de terrorisme.

⁶¹ *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 59, CEDH 2003; *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00, § 49, CEDH 2003.

⁶² CPP, préc., note 30, art. 100.

⁶³ *Codice di procedura penale*, préc., note 3.

⁶⁴ J. PRADEL, préc., note 53, n° 271.

celle-ci n'était pas disproportionnée car les images n'ont pas été diffusées et n'ont servi que dans le cadre d'un procès civil⁶⁵.

C'est ce que rappelle l'article 8 §2 Conv. EDH. Il faut entendre cette condition comme signifiant que toutes autres mesures moins intrusives ne permettent pas d'obtenir la vérité. En somme, la mesure est subsidiaire, comme par exemple la détention provisoire avant procès qui ne peut être décidée que si aucune autre mesure moins attentatoire aux libertés (comme une mesure de surveillance) n'est suffisante pour assurer le maintien de la personne poursuivie à la disposition de la justice.

Cette condition de nécessité est affirmée par l'arrêt *Uzum c. Allemagne* déjà cité⁶⁶.

Elle se retrouve aussi dans les droits internes. Ainsi l'article 269, alinéa 1 CPP suisse autorise le recours à la surveillance des télécommunications « si les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès ou si les recherches n'avaient aucune chance d'aboutir ou qui seraient extrêmement difficiles en l'absence de surveillance »⁶⁷. L'article 88-1 CIC luxembourgeois rappelle « qu'il faut que les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce »⁶⁸. De façon moins nette, mais implicite, l'article 100 CPP français autorise le juge à recourir à des écoutes « lorsque les nécessités de l'information l'exigent »⁶⁹. On pourrait multiplier les exemples là encore.

⁶⁵ *De La Flor Cabrera c. Espagne*, n° 10764/09, n° 48539/09, § 42, CEDH 2014. En l'espèce, un individu, renversé par une voiture alors qu'il circulait à vélo, réclama une indemnité à l'auteur des faits et à la compagnie d'assurance de ce dernier. Il invoquait notamment une névrose post-traumatique provoquant une peur intense de conduire des véhicules. Mais la compagnie d'assurance invoqua des vidéos prises sans le consentement de la victime par un détective privé, la compagnie rejeta sa demande. Puis agissant au contentieux, la victime saisit le juge civil pour faire tomber les vidéos. Devant le refus du juge civil, elle saisit la CEDH qui valida les vidéos.

⁶⁶ Préc., note 60.

⁶⁷ *Code de procédure pénale*, en ligne: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20052319/index.html>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

⁶⁸ *Code d'instruction criminelle*, en ligne: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20052319/index.html>> (consulté le 1^{er} décembre 2017).

⁶⁹ J. PRADEL, préc., note 53, n° 271.

La loi doit assurer le respect des droits de la défense et du secret professionnel. Cette ultime exigence ne surprendra personne, d'où l'exclusion de principe de toute surveillance secrète d'un conseil, le fondement de cette exclusion étant d'ailleurs à la fois le respect des droits de la défense et celui du secret professionnel⁷⁰. Certaines situations toutefois, par leur complexité, ont donné lieu à des décisions particulières. À la lecture de ces décisions, il apparaît que le respect de la défense est tantôt renforcé, tantôt réduit, en ce qui concerne les écoutes téléphoniques.

La première situation est celle de « l'écoute téléphonique par ricochet » où la CEDH se montre très soucieuse d'assurer le respect des droits de la défense. Dans une espèce originale, des écoutes avaient été effectuées sur l'ordre d'un juge d'instruction et réalisées sans un contrôle, dans le cadre d'un dossier A. Puis la transcription de ces écoutes avait été transportée dans un dossier B et utilisée dans ce dossier pour permettre l'incrimination d'un suspect. La Cour de cassation française avait légitimé le procédé : celle-ci avait en effet considéré que la qualité de juge de l'autorité qui avait ordonné les écoutes impliquait *ipso facto* leur régularité et leur conformité à l'article 8 Conv. EDH et du coup excluait tout recours en nullité. Tel ne fut pas l'avis de la CEDH qui considéra que des personnes vont se voir opposer le résultat d'écoutes réalisées dans des procédures qui leur étaient étrangères ; la CEDH en déduisit que l'intéressé « n'avait pas bénéficié d'un contrôle efficace tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter ce qui était nécessaire dans une société démocratique »⁷¹, d'où la condamnation de la France. La solution paraît discutable car les écoutes avaient été réalisées conformément au droit national et au droit européen : il s'agissait de faits graves (trafic de drogue) et les écoutes avaient été ordonnées et contrôlées par un juge.

La seconde situation est relative aux « écoutes incidentes ». Il faut supposer que la ligne d'un suspect est sous écoute. Ce suspect converse avec son avocat. Ici au contraire, la CEDH admet l'utilisation de telles écoutes, à deux conditions⁷² : 1° la conversation doit être de nature à faire présumer la

⁷⁰ Ainsi en France, l'article 706-96, al. 3 CPP exclut les sonorisations et fixations d'images en ce cas, et d'ailleurs l'exclusion concerne aussi les cabinets médicaux et locaux de presse.

⁷¹ *Matheron c. France*, D. 2005 (CEDH), p. 1755, note J. Pradel, J.C.P. 2005-II.10091, note Di Raimondo, RSC 2007.331, obs. Finielz.

⁷² *Versini-Campinchi et Crasniaaski c. France*, n° 49176/11, CEDH 2016, Gaz. Pal., 13 septembre 2016, n° 31, note D. Piau ; *id.*, note J. Andriantsmbazovina.

participation de l'avocat à la commission de l'infraction⁷³; 2° la conversation ainsi transcrite ne saurait être utilisée à l'encontre du client de l'avocat⁷⁴. En consacrant ici la relativité du secret professionnel et des droits de la défense, la CEDH confirme sa conception souple. Dans une affaire sur un objet tout différent – l'obligation pour un avocat de dénoncer à un organisme spécialisé des soupçons de blanchiment par son client –, la CEDH avait déjà admis que le principe du secret professionnel n'est pas intangible⁷⁵.

B. Seconde exigence : un juge actif

Sur le plan national, l'article 8 Conv. EDH ne dit rien. Mais comme la CEDH admet le principe de la surveillance secrète des correspondances, elle est logiquement amenée à prévoir l'existence du contrôle d'un juge pour éviter les abus. Dans l'affaire *Klass c. Allemagne*⁷⁶, la CEDH

estime en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge. Il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par l'individu du droit que lui garantit le §1 de l'article 8 et la nécessité d'après le §2, d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique dans son ensemble.

La formule est donc assez vague. La CEDH en effet ne dit rien du rôle exact du juge.

On admettra les règles suivantes pour les écoutes téléphoniques. La mesure doit être décidée par un juge, sauf le droit pour le ministère public de décider lui-même en cas d'urgence, sous la condition de la confirmation par un juge dans un délai bref (24, 48 heures?)⁷⁷. Ensuite, le juge doit contrôler régulièrement l'exécution de la mesure pour s'assurer qu'il n'y a pas d'abus, comme par exemple une écoute de la ligne d'un avocat ou encore une écoute de très longue durée sans nécessité. Rares sont les déci-

⁷³ En ce sens déjà, Crim., 15 janvier 1997, *Bull. Crim.*, n° 96-83753; Crim., 1^{er} octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 03-82909, n° 177, D. 2004, p. 671, note J. Pradel, *RSC* 2004.99, obs. C. Ambroise-Castérot; Crim., 17 septembre 2008, *Bull. crim.*, n° 08-85229, n° 91, *AJ pénal* 2008, p. 467, obs. S. Lavric; *RSC* 2009.897, obs. J. Buisson.

⁷⁴ *Versini-Campinchi et Crasniaaski c. France*, préc., note 72, cons. 79 à 81.

⁷⁵ *Michaud c. France*, n° 12323/11, *AJ pénal* 2013, 160 (CEDH), obs. J. Lasserre-Capdeville, *Procédures* 2013, com. 43, obs. N. Fricero.

⁷⁶ CEDH, arrêt du 6 septembre 1978, §§ 41 à 60, Série A, n° 28, *Cah. dr. eur.* 1979, 474, obs. G. Cohen-Jonathan, *Ann. fr. dr. int.*, 1979, 338, note Pelloux.

⁷⁷ C'est le cas en Italie et en Allemagne par exemple.

sions de la CEDH sur ces questions. On mentionnera l'arrêt du 4 décembre 2015 dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*⁷⁸, où il est dit que les organes de contrôle doivent être indépendants, ouverts à un droit de regard du public et investis de pouvoirs et d'attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent. L'arrêt note aussi que le contrôle est effectué en droit russe, en vertu d'autorisation judiciaire, par le président, le Parlement, le gouvernement et les procureurs. Donc, si la décision est bien juridique, le contrôle émane d'organes de l'exécutif dont l'indépendance suscite des doutes.

Ces mesures prévues pour l'écoute téléphonique doivent être étendues *mutatis mutandis* aux autres techniques de surveillance comme la sonorisation, la géolocalisation ou la prise d'images.

Évidemment, le contrôle du juge national est complété par celui du juge européen portant sur les décisions nationales et même sur la loi nationale⁷⁹.

*
* * *

Légitimité, nécessité et proportionnalité, tels sont les maîtres mots qui se dégagent de la jurisprudence de la CEDH en matière de preuve scientifique. Cette preuve est parfaitement recevable, sous réserve des exigences des articles 3 et 8 Conv. EDH.

La preuve scientifique, dans son principe, est une merveille. Elle est sûre et sa force probante ne vieillit pas⁸⁰ contrairement à celle d'un aveu ou d'un témoignage.

Est-ce à dire que les grands principes classiques s'effritent? Certainement pas. La présomption d'innocence, affaiblie certes en fait, ne disparaît pas car la défense pourra toujours contester les conditions de recueil de ces preuves nouvelles ou les modalités de leur conservation. Est-ce à dire que

⁷⁸ N° 47143/06, § 30.

⁷⁹ *Lingens c. Belgique*, arrêt du 8 juillet 1986, § 39, Série A, n° 103, RSC 1987.269 (CEDH), obs. L.-E. Pettiti; *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, § 49, Série A, n° 24 (CEDH).

⁸⁰ Christine Courtin écrit que « les nouveaux moyens scientifiques de preuve, notamment le recours aux empreintes génétiques permettent de rendre justice beaucoup plus tôt ». Christine COURTIN, *Répertoire pénal*, Paris, Dalloz, 2008, n° 3, V° Prescription pénale.

le rôle du juge se réduit à une application mécanique? Pas davantage car lui aussi a un devoir de contrôle. À cet égard, la Cour suprême des États-Unis a rendu le 28 juin 1993 un arrêt dans lequel le juge est érigé en gardien («*gatekeeper*») de la fiabilité de ces preuves nouvelles, d'où leur contrôle au cours d'une audience spécifique⁸¹. Bref, la mutation de la justice pénale est évidente, mais les principes classiques se transforment sans disparaître.

⁸¹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); Rafael ENCINAS DE MUNAGORI, *La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis*, RIDC, 1999, p. 621 et 622.