



HAL
open science

Le silence : à propos de la relativité d'un droit essentiel

Hélène Christodoulou

► **To cite this version:**

Hélène Christodoulou. Le silence : à propos de la relativité d'un droit essentiel. Lexbase [site Web], 2022, n°48. hal-03663317

HAL Id: hal-03663317

<https://hal.science/hal-03663317>

Submitted on 10 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le silence : à propos de la relativité d'un droit essentiel

Mme HELENE CHRISTODOULOU

Maître de conférences

Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC)

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Le silence : à propos de la relativité d'un droit essentiel

Hélène Christodoulou, Maître de conférences, UT1

Résumé : La procédure pénale française se retrouve, sous diverses influences, irriguée par le droit de se taire, lequel se dissémine au sein d'un nombre croissant de dispositions. Cette reconnaissance récente interroge quant à la place de ce droit longtemps relayé au second plan. Désormais, si son existence ne semble plus niée, qu'en est-il de sa réelle effectivité ? L'étude a pour objet de retracer l'historique de sa consécration, avant d'identifier concrètement le degré de protection qu'il offre au suspect ou à la personne poursuivie.

Depuis quelques années, le droit de se taire ne cesse de monter en puissance, lequel se retrouve au centre d'un contentieux riche [1]. Le législateur national le consacre en deux temps au sein de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire promulguée le 22 décembre 2021 [2] : d'une part, en faisant de lui un principe directeur de toutes les phases procédurales à la lumière de la nouvelle rédaction de l'article préliminaire du Code de procédure pénale ; d'autre part, en l'insérant spécifiquement dans de nombreuses dispositions dudit code qui l'ignoraient jusque-là. Or cette réforme influencée par les récentes décisions du Conseil constitutionnel est-elle suffisante pour permettre à ce droit essentiel d'être pleinement reconnu et effectif ? En attendant, le droit au silence a longtemps été nié. Un détour par l'histoire apparaît nécessaire pour en comprendre les raisons.

La preuve en procédure pénale [3] demeure libre [4] et ne fait l'objet d'aucune hiérarchisation. Partant, toutes les preuves sont recevables, sous réserve, pour les seules autorités publiques de les recueillir à la fois légalement et loyalement [5]. Dès lors, qu'en est-il de la place de l'aveu [6], autrement dit de la « reconnaissance devant la police ou l'autorité judiciaire, par une personne soupçonnée ou poursuivie, de l'exactitude de tout ou partie des faits qui lui sont reprochés » [7] ? Historiquement, l'aveu apparaissait comme la reine des preuves, « la meilleure, la plus claire et la moins coûteuse de toutes » [8], en ce qu'il permettait, notamment, de soulager l'accusation – sur laquelle repose la charge de la preuve au regard du principe de la présomption d'innocence [9]. En effet, aucune preuve matérielle n'était nécessaire, une fois l'aveu du suspect recueilli, voire extirpé. L'interrogatoire demeure un procédé consistant pour la police ou l'autorité judiciaire à questionner le suspect ou la personne poursuivie, libre ou non [10], qui pourrait en y répondant se retrouver piégée : « une première explication imprudemment fournie en appelle une seconde, et le moteur de la logique est plus puissant que le frein de la prudence, qui conseillerait ici de s'arrêter et de se taire » [11]. Pour autant, la culture du silence a longtemps été ignorée, comme en témoigne l'ordonnance criminelle de 1670. Ainsi, les accusés devaient prêter serment à peine de nullité [12] et « répondre par leur bouche, sans le ministère de conseil » [13]. Entre le premier et le dernier interrogatoire, dit sur la « sellette » [14], le rôle du juge était de les faire céder pour qu'ils avouent leurs crimes supposés dans un laps de temps très court afin d'éviter le dépérissement des preuves et particulièrement de les empêcher « de trouver le temps nécessaire pour réfléchir et inventer des moyens de déguiser la vérité » [15]. Se déduisait donc du silence, la culpabilité ; si l'accusé s'enfermait dans son mutisme, il n'avait aucune chance de prouver son innocence.

Ce n'est qu'avec la loi Constans [16], du 8 décembre 1897, que la rupture avec l'ancien système était consommée au regard tant de l'introduction de l'avocat de « l'inculpé » [17] que de l'accès au dossier de procédure dans le cabinet du juge d'instruction [18]. Or toujours nulle trace du

droit au silence, même si l'argumentaire de Constans dénonçait déjà le « chantage à l'aveu exercé par le juge d'instruction, chantage pouvant conduire à l'erreur judiciaire [19] » [20]. L'aveu s'oppose par essence au silence, du latin *silentium* lui-même tiré du verbe *silere* signifiant « se taire », autrement dit ne pas parler. Nié durant des décennies, le droit de se taire prend sa source dans les systèmes anglo-saxons et européens et trouve son prolongement naturel dans celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ces deux droits sont d'ailleurs souvent confondus alors qu'ils offrent une protection différente [21] : si le premier suppose que le suspect a le droit de ne pas répondre aux questions posées lors des interrogatoires [22], le second, quant à lui, implique qu'il a aussi le droit de ne pas être contraint de produire des preuves à la fois à l'écrit et à l'oral qui pourraient l'incriminer. Ainsi, contrairement aux apparences le droit de ne pas s'auto-incriminer offre une protection plus large que le droit de se taire, lequel fait simplement référence à la possibilité pour le suspect de rester mutique. Dès lors, le silence, et plus largement la volonté de ne pas coopérer avec les enquêteurs, ne demeurent-ils pas un aveu implicite de culpabilité [23] ? Le suspect ou la personne poursuivie innocente n'a-t-il pas tout intérêt à parler pour permettre la manifestation de la vérité [24] ? À l'inverse, celui qui serait coupable ne devrait-il pas, pour éviter le faux pas, se terrer dans un silence afin de ne pas révéler des charges retenues contre lui [25] ? Pour éviter tout raccourci, le législateur de l'Union européenne a clairement affirmé que « l'exercice par les suspects et les personnes poursuivies du droit de garder le silence et du droit de ne pas s'incriminer soi-même ne saurait être retenu contre eux, ni considéré comme une preuve qu'ils ont commis l'infraction pénale concernée » [26]. Plus largement, l'étude du droit au silence, souvent délaissée par la doctrine [27], impose de se demander s'il est véritablement effectif.

Les temps ont changé et le développement des droits de la défense à tous les stades de la procédure est une réalité. Au-delà d'occuper une place à part, le droit au silence apparaît, pourtant, doublement relatif : d'abord, quant à sa reconnaissance (I), ensuite, au regard de son effectivité (II).

I. La reconnaissance relative du droit au silence

Le législateur français a fini par reconnaître le droit au silence au sein de diverses dispositions imposant sa notification, sous l'influence voire la contrainte tant du droit anglo-saxon qu'euro-péen (A). Face aux lacunes des textes, la jurisprudence dessine, également, les contours de la notification du droit au silence qui apparaissent particulièrement circonscrits (B).

A. La reconnaissance contrainte du droit au silence

À l'origine, le droit au silence trouve son fondement en dehors de la procédure pénale française (1). Il a finalement été progressivement réceptionné par le législateur national de manière décevante (2).

1) Un droit au silence emprunté aux droits étrangers

Au départ, l'interdiction du conseil empêchait le suspect de se taire, s'il voulait se défendre [28] ; comme si le droit au silence ne pouvait pas exister indépendamment du droit à l'avocat. Ainsi, en 1942, à travers le concept de « *privilege against self-incrimination* », le droit au silence a été reconnu pour la première fois au Royaume-Uni dans l'affaire *Blunt contre Park Lane Hotel* [29], avant d'être consacré légalement [30]. La Cour suprême des États-Unis a fait de même, en 1966, à la lumière de son célèbre arrêt *Miranda contre Arizona* [31], donnant naissance aux « *Miranda Warnings* » obligeant tout policier à énoncer au suspect, avant tout

interrogatoire, son droit de rester silencieux et corrélativement que tout ce qu'il dira pourra être retenu contre lui [32]. Une décennie plus tard, le pacte international relatif aux droits civils et politiques était le premier texte supranational à reconnaître que « toute personne accusée d'une infraction pénale » ne doit « pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable » [33], mais sa consécration internationale n'a pas eu l'écho espéré en Europe.

Il a fallu attendre la fin des années quatre-vingt pour que la Cour de justice des communautés européennes vise, pour la première fois, sans le nommer, le droit au silence ou plus exactement le droit de ne pas s'auto-incriminer dans le cadre d'une procédure administrative, en matière de droit de la concurrence. Néanmoins, sa portée apparaissait restreinte : si la Commission ne peut pas imposer à l'entreprise d'apporter des réponses à des questions incriminantes, elle peut la contraindre à « fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance et de communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, notamment à son égard, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel » [34]. Pour autant, à l'égard des personnes physiques elle applique, plus largement, la protection offerte par le droit au silence, à la lecture du second arrêt rendu en la matière, en 2021, concernant les abus de marché [35]. Ainsi, le silence recouvre tant l'aveu de culpabilité que les questions de fait qui pourraient être utilisées afin d'établir l'existence d'une infraction, mais rien n'est précisé quant à la fourniture de documents incriminants. Quoi qu'il en soit cette distinction entre les personnes physiques et morales fait du droit au silence un droit à géométrie variable, l'affaiblissant corrélativement. Pour autant, les deux arrêts ont été rendus à près de trente ans d'intervalle, interrogeant sur la réelle différenciation que la Cour de justice opère. Plus largement, les juges luxembourgeois se sont seulement prononcés à deux reprises concernant le droit au silence, et non sur sa notification qui le rendrait effectif. Alors qu'à l'origine, il n'existait aucun fondement juridique, le second arrêt rendu par la Cour de justice vise explicitement les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux, autrement dit, le droit à la présomption d'innocence et à la défense et le droit au procès équitable dans lequel le droit au silence semblerait s'insérer, comme l'a reconnu, par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) pour la première fois dans son arrêt *Funke c/ France*, rendu le 25 février 1993 [36].

Encore une fois, il s'agissait d'une procédure extra pénale. Dans cette affaire, les douanes usèrent de pouvoirs coercitifs pour contraindre « l'accusé » à fournir certaines pièces incriminantes. Ainsi, la Cour européenne rappelle, au visa du droit au procès équitable, que « les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout « accusé » au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination » [37], dont elle n'a eu de cesse de préciser les contours [38]. Elle fait aussi régulièrement référence, outre au droit au procès équitable, à la présomption d'innocence ; en parlant ou en fournissant des informations, le suspect ou la personne poursuivie pourrait la renverser. Sur ces fondements, la France a été condamnée à plusieurs reprises : soit parce que le gardé à vue devait, dans certains cas, prêter serment [39] ou encore parce que le droit au silence ne lui était pas notifié avant l'interrogatoire [40]. Ainsi, contrairement à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la CEDH exige, dans certains cas, la notification du droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. Dès lors, qu'en est-il du droit national ?

2) La réception décevante du droit au silence par le législateur national

Si l'instruction et le jugement demeurent des phases procédurales irriguées par les droits de la défense, l'enquête, quant à elle, les a longtemps ignorés. D'ailleurs, à l'origine, la garde à vue

était issue de la pratique policière, laquelle permettait de contourner officieusement l'arrivée de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction [41]. En s'en tenant au sens premier des mots, « la garde à vue » a pour objectif une simple surveillance oculaire et non une mise à disposition par les enquêteurs du suspect contraint de rester dans les locaux de police afin notamment de l'interroger. Cependant, la mesure a rapidement été détournée de sa finalité, la pratique faisant de celle-ci le berceau d'interrogatoires destinés à provoquer l'aveu [42], parfois même par l'usage de la torture [43]. Cette situation a incité le législateur à développer les droits de la défense durant cette mesure attentatoire à la liberté individuelle, avec la loi du 4 janvier 1993 [44] permettant à l'avocat d'intervenir pendant trente minutes après les vingt premières heures de garde à vue. En dépit de cette prévision, il n'y avait donc aucune protection effective des droits du suspect, se retrouvant généralement dès les premiers instants de l'enquête dans une position vulnérable, seul, sous la pression psychologique et parfois physique de l'enquêteur.

Avec la loi du 15 juin 2000 [45], les premières traces de la notification de la possibilité de se taire sont apparues de manière résiduelle : pour le suspect gardé à vue [46] et pour le mis en examen durant son interrogatoire de première comparution [47]. Si, concernant le second, aucune modification n'a été opérée par la suite, il en est allé différemment pour la personne placée en garde à vue lorsqu'en 2002 [48] la formulation a changé comme pour l'inciter à s'exprimer. Dès lors, elle était informée de son choix : de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire. L'ordre des mots a un sens et la notification de sa possibilité de « se taire » à la fin interroge. Or un an plus tard, toute allusion au silence disparaissait [49]. La lecture des débats parlementaires demeure instructive. Certains députés jugeaient « tout à fait humiliant pour le policier d'avoir à préciser au prévenu qu'il a le droit de ne pas répondre à ses questions » [50]. Selon eux, il ne s'agissait pas « de supprimer le droit au silence, seule la notification de ce droit étant remise en cause » [51]. Néanmoins la teneur des débats au sein de l'hémicycle semblait faire de « l'honneur » du policier une priorité au détriment des droits du suspect. De surcroît, cette absence de communication creusait le fossé entre les suspects connaissant leurs droits, minoritaires dans les faits, et ceux les ignorant.

Ce n'est qu'avec la loi du 14 avril 2011 [52] que le silence devient un véritable « droit » [53] et que l'exigence de sa notification a été ravivée sous l'influence du Conseil constitutionnel. Ce dernier, au-delà de s'exprimer pour la première fois sur ce droit, invalidait, le 30 juillet 2010 [54], le régime ordinaire de la garde à vue, notamment au motif qu'il ne protégeait pas suffisamment les droits de la défense. Quelques mois après, la Chambre criminelle s'était elle aussi exprimée de façon inédite sur le droit de se taire [55]. Toutefois, s'il faut désormais le signifier au gardé à vue, il doit l'être exclusivement au début de la mesure et non lors de chaque prolongation, amoindrissant, une nouvelle fois, son effectivité.

En réalité, ce n'est qu'avec l'adoption de la loi du 27 mai 2014 [56], transposant la directive de l'Union européenne relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales [57], que le législateur français a été contraint de reconnaître au sein de diverses dispositions la nécessaire information du droit de se taire au suspect ou à la personne poursuivie. Dès lors, il doit être notifié au suspect auditionné librement [58], au témoin assisté lors de son premier interrogatoire [59], à la personne poursuivie déférée devant le procureur de la République [60], au prévenu devant le tribunal correctionnel [61] et devant la chambre des appels correctionnels [62] et enfin à l'accusé devant la Cour d'assises [63]. Pour autant, la directive semble aller plus loin. Elle prévoit, expressément, que les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies reçoivent rapidement des informations concernant leurs différents droits, le dernier visé étant « le droit de garder le silence » [64]. Cette place dans l'énumération interroge, à nouveau, quant à l'importance qu'il revêt pour l'Union européenne. En outre, il est

seulement fait mention du « droit de garder le silence » et non du droit de ne pas s'auto-incriminer qui recouvre plus largement, outre le fait de ne pas répondre aux questions, le fait de ne pas fournir des éléments de preuve à l'oral comme à l'écrit qui pourraient être à charge. Le législateur européen ne l'a fait que plus tard : d'abord, timidement au sein du dispositif de la directive relative au droit d'accès à un avocat [65] et ensuite, plus clairement, en affirmant que les suspects et les personnes poursuivies ont « le droit de garder le silence » [66] et « de ne pas s'incriminer eux-mêmes » [67].

En attendant, le Code de procédure pénale français ne le mentionne toujours pas et semble l'inclure à tort dans le droit de se taire. Une consécration textuelle distincte demeure attendue afin de garantir plus largement les droits de la défense des suspects et des personnes poursuivies. En effet, ces derniers ne peuvent pas déduire du seul droit au silence toute l'étendue de la protection offerte corrélativement par le droit de ne pas s'auto-incriminer. En réalité, la plupart des législations européennes ont opté pour une reconnaissance du droit au silence a minima [68], à l'exception du droit espagnol [69]. À la lecture des dernières directives de l'Union, le législateur français devrait donc mentionner tant le droit de se taire que le droit de ne pas s'auto-incriminer. De surcroît, il pourrait leur consacrer une disposition à part entière pour les définir, outre le fait de viser leurs notifications au sein de dispositions éparses du Code de procédure pénale. Même s'il n'apparaît pas aller jusque-là, une nouvelle étape semble être franchie à la lumière de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire adoptée le 22 décembre 2021. En effet, cette dernière insère au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale [N° Lexbase : L1305MAL](#) un nouvel alinéa propre au droit de se taire [70] à l'image d'autres droits comme celui d'être assisté par un avocat [71], d'être informé des charges retenues ou encore de bénéficier d'un interprète. Cette réforme lui permet donc désormais de bénéficier d'une « normativité optimale » [72], le Conseil constitutionnel ayant très tôt exigé de l'autorité judiciaire de veiller au respect des principes directeurs rappelés à l'article préliminaire dans l'application des règles de procédure pénale instituées par la loi [73].

B. La reconnaissance circonscrite de la notification du droit au silence

Dans le silence des textes, la Chambre criminelle a consacré d'autres hypothèses où le droit de se taire doit être notifié. À cette fin, elle utilise le critère des charges (1), plus tard repris par le Conseil constitutionnel (2).

1) Le critère des charges initialement visé par la Chambre criminelle

La Chambre criminelle peut, dans certaines hypothèses, déterminer les mesures procédurales nécessitant la notification du droit au silence. À cette fin, elle a dégagé une condition : si l'audition de la personne a pour objet d'apprécier la nature des indices pesant sur elle, autrement dit les charges, elle doit, en amont, être informée de son droit de se taire ; dans l'hypothèse inverse, cette notification ne présente aucun intérêt. Ainsi, depuis 2016, elle reconnaissait que la chambre de l'instruction statuant sur la détention provisoire d'une personne mise en examen avait « pour objet non pas d'apprécier la nature des indices pesant sur elle, cette appréciation ayant déjà eu lieu à l'occasion de la mise en examen, après que le juge d'instruction l'eut expressément informée du droit de garder le silence, mais d'examiner la nécessité d'un placement ou d'un maintien en détention » [74]. Dès lors, l'absence de notification du droit de se taire durant cette mesure ne violait pas le droit au procès équitable. Or, en 2020, elle a opéré un revirement de jurisprudence en deux temps : d'abord, elle a considéré que le contentieux de la détention provisoire, au visa de l'article 5, § 1, c) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) [N° Lexbase : L4786AQC](#) protégeant le droit à la liberté et à

la sûreté, suppose que la chambre de l'instruction « doit s'assurer que les conditions légales de la détention provisoire sont réunies, et notamment de l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation de la personne mise en examen aux faits reprochés » [75] ; ensuite, elle a entériné le revirement en affirmant que « le droit de faire des déclarations, de répondre aux questions posées ou de se taire doit être porté à la connaissance de la personne qui comparaît devant la chambre de l'instruction saisie du contentieux d'une mesure de sûreté » [76]. Il en est de même de la personne comparaisant devant le juge des libertés et de la détention en vue de son placement en détention provisoire ou de sa prolongation [77]. Depuis, le Conseil constitutionnel a censuré, entre autres, ces dispositions [78], laissant le soin au législateur de les réformer, ce qu'il vient de faire au sein de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire [79]. Dans le même temps, la Chambre criminelle a, une nouvelle fois, opéré un revirement de jurisprudence, pour les mêmes motifs, en reconnaissant la nécessité de notifier le droit de se taire dans le cadre du contentieux de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental [80], alors qu'elle l'avait longtemps écarté [81].

En revanche, la personne qui comparaît devant la chambre de l'instruction qui n'a « à aucun moment, au cours des débats, été entendue sur les faits qui lui sont reprochés ou sur la nature des charges pesant sur elle » n'a pas besoin d'être informée de son droit de se taire [82]. En outre, l'obligation légale de notifier au prévenu son droit de se taire ne s'applique pas devant le tribunal correctionnel lorsqu'il se prononce uniquement sur les peines [83]. De même, dans le cadre de l'exécution du mandat d'arrêt européen, la chambre de l'instruction n'a pas à notifier à la personne recherchée le droit de se taire, car cette procédure « ne vise qu'à constater son identité, à recevoir ses observations sur le déroulement de la procédure dont elle fait l'objet, et à lui permettre de consentir ou non à sa remise, et non à la soumettre à un interrogatoire sur les faits objet du mandat d'arrêt » [84] ; ou encore de l'extradition qui « n'a pas pour objet l'examen du bien-fondé des poursuites exercées contre elle » [85]. Ce critère des charges a d'ailleurs été repris, cette année, par le Conseil constitutionnel saisi de nombreuses questions prioritaires de constitutionnalité.

2) Le critère des charges repris par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel ne cesse d'exiger du législateur qu'il consacre la notification du droit de se taire au sein de nouvelles dispositions. Il l'a fait pour la première fois en 2010 [86], afin d'invalider l'insuffisance de droits durant la garde à vue, sur le fondement de la présomption d'innocence [87]. De surcroît, après quelques années de silence, il a censuré l'article 153 du Code de procédure pénale [N° Lexbase : L0042LB8](#), lequel imposait à la personne entendue en garde à vue, dans le cadre d'une commission rogatoire, « de dire toute la vérité, rien que la vérité », autrement dit de prêter serment [88]. Concrètement, le rôle du Conseil constitutionnel, quant au développement du droit au silence, a pris un nouveau tournant en 2021. Jusque-là, il n'avait statué qu'à propos de la seule garde à vue. Ainsi, par plusieurs décisions, il exige du législateur qu'il consacre la notification du droit de se taire si « le prévenu peut être amené à reconnaître les faits qui lui sont reprochés » [89], à l'image de la jurisprudence de la Chambre criminelle. Sans abroger les dispositions contestées, le Conseil constitutionnel émettait une réserve transitoire de création « ajoutant aux textes temporairement maintenus l'exigence d'une information du droit de se taire » [90]. Ses multiples censures ont donc contraint le législateur à insérer au sein de nombreuses dispositions du Code de procédure pénale l'exigence de la notification du droit de se taire [91]. Désormais, doit donc être informé : le prévenu en vue de son placement en détention provisoire dans l'attente de son jugement en comparution immédiate, par le juge des libertés et de la détention [92] ; le mis en examen, devant le juge des libertés et de la détention lors du débat contradictoire préalable à sa décision sur la détention

provisoire [93] ou devant la chambre de l'instruction, notamment lorsqu'elle est saisie d'une requête en annulation de son statut, du contentieux de la détention provisoire ou de l'appel frappant une ordonnance de règlement [94] ; le mineur dans le cadre de l'interrogatoire mené par le service de protection judiciaire de la jeunesse [95] ; la personne poursuivie dans le cadre d'une convocation par procès-verbal de son placement par le juge sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence avec surveillance électronique [96] ; ou encore l'individu comparant devant une juridiction statuant sur une demande de mainlevée du contrôle judiciaire ou sur une demande de mise en liberté [97].

Depuis l'intervention du législateur, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la notification du droit de se taire au mis en cause entendu dans le cadre des réquisitions judiciaires durant l'enquête préliminaire [98], par des personnes qualifiées à l'image d'un examen psychologique ou psychiatrique [99]. À ce titre, la Chambre criminelle avait considéré que l'audition, par l'expert psychiatre, de la personne mise en examen n'était pas contraire aux droits de l'intéressée d'être assistée d'un avocat et de garder le silence, dès lors que sont respectés le principe du contradictoire et l'interdiction de fonder la déclaration de culpabilité uniquement sur des déclarations faites sans l'assistance de son avocat [100]. Or, en reprenant sa démonstration habituelle, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette motivation. Selon lui, l'absence de la notification du droit de se taire porte une atteinte au droit à la présomption d'innocence pour deux raisons : d'une part, la personne requise peut interroger le mis en cause sur les faits reprochés, lequel pourrait en répondant aux questions reconnaître sa culpabilité [101] ; d'autre part, « le rapport établi à l'issue de cet examen, dans lequel sont consignées les déclarations de la personne mise en cause, est susceptible d'être porté à la connaissance de la juridiction de jugement » [102]. En somme, la personne auditionnée doit être informée de son droit de se taire. Dans la mesure où la disposition sur laquelle se prononçait le Conseil constitutionnel avait déjà été abrogée, de nouvelles questions prioritaires sont attendues. Ces dernières devraient concerner les réquisitions judiciaires tant concernant la nouvelle rédaction dans le cadre de l'enquête préliminaire [103] que de l'enquête de flagrance [104] et de l'instruction [105]. Toutes ces dispositions devraient désormais mentionner l'exigence de la notification du droit de se taire. À moins qu'entre-temps l'insertion au sein de l'article préliminaire de l'exigence générale de l'information du droit de se taire suffise. Concrètement, il prévoit, en matière criminelle et délictuelle d'informer « toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire ». En définitive, toutes les mesures nécessitant « un échange » avec le suspect ou la personne poursuivie doivent préalablement commencer par la notification du droit au silence.

D'ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a pas fini d'être saisi de ces questions. De façon prospective, d'autres dispositions devraient prévoir la notification du droit de se taire afin qu'il devienne plus effectif : à chaque prolongation de la mesure de garde à vue ou encore à chaque nouvel interrogatoire du juge d'instruction, même si la Chambre criminelle affirmait, avant la réforme, que « s'il est exact que le droit de se taire peut-être exercé tout au long de la procédure, aucune disposition n'impose qu'il soit rappelé, à chaque acte, l'existence de ce droit » [106]. Certains auteurs évoquent, à ce titre « l'absurdité de l'empilement des notifications » [107]. Or pourquoi l'information du droit au silence n'occupe-t-elle pas une place similaire à d'autres droits qui sont, quant à eux, sans cesse signifiés ? En réalité, ces derniers dépendent outre de la notification, de paramètres externes : l'avocat, l'interprète, le médecin ou encore le dossier, tandis que le droit de se taire se cantonne à une information réceptionnée par le suspect ou la

personne poursuivie. C'est pour cette raison discutable qu'il semble d'ailleurs relayé au second plan. En somme, il apparaît trop évident à mettre en place pour que lui soit accordée toute l'attention qu'il mériterait. Alors qu'il est reconnu de manière exponentielle, son effectivité interroge.

II. L'effectivité relative du droit au silence

Quand le droit au silence apparaît violé durant la réalisation d'une mesure procédurale, cette dernière peut, malgré tout, ne pas faire l'objet d'une annulation. En d'autres termes, l'effectivité de ce droit semble atténuée par l'aléa de la sanction de sa violation (A). Dans certaines hypothèses, c'est même le silence qui peut être sanctionné (B).

A. L'effectivité atténuée par l'aléa de la sanction

La sanction de la violation du droit au silence n'est pas automatique, il y a donc une appréciation par le juge qui demeure aléatoire (1), outre la méthode consistant à exclure les preuves obtenues en dehors de sa notification par la juridiction de jugement (2).

1) L'appréciation aléatoire de la nullité de la mesure

Les autorités publiques demeurent soumises aux principes de légalité et de loyauté dans la recherche des preuves pénales. Alors que l'illégalité peut entraîner la nullité de la mesure [108], la déloyauté est sanctionnée par l'irrecevabilité de la preuve, à moins que les éléments recueillis n'aient été transposés dans un procès-verbal, ce qui la rendrait recevable [109]. Dans cette hypothèse, le juge se placera donc sur le terrain du bien-fondé de la nullité. Quoi qu'il en soit, la sanction de la violation d'une disposition du Code de procédure pénale ou de l'usage d'un procédé déloyal demeure particulièrement aléatoire en ce qu'elle apparaît exclusivement tributaire de l'appréciation de l'autorité juridictionnelle. Cette analyse irrigue tout le fonctionnement de la procédure pénale et n'est pas propre au droit au silence. En réalité, les nullités sont rarement prévues par le législateur. Il existe peu de nullités textuelles, la plupart d'entre elles étant substantielles, à savoir consacrées par le juge. Ces dernières résultent de l'omission d'une formalité qui tient à la raison d'être d'un acte et qui lui est indispensable pour remplir son objet [110]. De surcroît, il appartient exclusivement au juge d'en déterminer la nature et le régime [111], « selon une ventilation strictement jurisprudentielle n'échappant pas totalement à la divination » [112]. Ainsi, les nullités peuvent être d'ordre privé sans [113] ou avec présomption de grief [114] ou encore d'ordre public [115], allant graduellement de la nullité la plus difficile à démontrer à la plus simple [116]. S'agissant du droit au silence, aucune ligne directrice ne semble se dégager, fragilisant corrélativement son effectivité. Alors que la nature des nullités de certaines mesures peut être prévisible comme pour les gardes à vue, dont la majorité est d'ordre privé avec présomption de grief [117], ou encore pour les perquisitions dont la plupart est d'ordre privé [118], il n'y a pas de théorie qui se dégage en considération du droit protégé. L'exemple de la jurisprudence récente visant le droit au silence en témoigne. Si dans le cadre de la notification tardive du droit de se taire devant la Cour de justice de la République, la Chambre criminelle consacre une nullité d'ordre privé, supposant la démonstration d'un grief autrement dit une atteinte à ses intérêts [119] ; elle présume dans d'autres hypothèses le grief, facilitant corrélativement la reconnaissance de la nullité de la mesure. Dès lors, l'absence de notification du droit de se taire fait nécessairement grief au prévenu devant le tribunal correctionnel [120], à la personne qui comparait devant la chambre de l'instruction, saisie de l'appel formé contre l'ordonnance du juge d'instruction la renvoyant

devant une cour d'assises [121], ou encore au mis en examen dès l'ouverture des débats dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale [122].

Si l'illégalité correspond à une mauvaise application de la loi c'est-à-dire à la violation des conditions légales de réalisation des actes d'investigation, la déloyauté, quant à elle, apparaît davantage comme un détournement ou un contournement de la loi. Autrement dit, « la fonction autonome de la loyauté de la preuve pénale est de sanctionner l'évincement de la loi et son utilisation à des fins détournées, alors que le procédé employé satisfait a priori à ses conditions légales de réalisation » [123]. Ainsi, en matière de droit au silence, la déloyauté a fait l'objet d'arrêts remarquables. À certaines époques, les juges d'instruction avaient parfois recours au procédé du mouton consistant à « placer dans la même cellule une personne qui inspirera confiance à l'inculpé et pourra ainsi faire part au juge des confidences obtenues » [124]. Cette méthode faisant écho, à l'époque moderne, au cours d'une mesure de garde à vue, au placement, « durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve » [125]. Néanmoins, elle constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et porte atteinte au droit à un procès équitable, la nullité des procès-verbaux relatifs à la sonorisation des cellules de garde à vue du mis en examen était donc encourue. Une nouvelle fois, cette appréciation appartient exclusivement au juge et reste subséquentement imprévisible [126]. Outre la nullité, une autre sanction permettant le sauvetage de la procédure est mise en œuvre en matière de droit au silence.

2) L'exclusion par la juridiction des preuves fournies en dehors du droit au silence

Le défaut de notification du droit de se taire pour la personne qui comparaît devant le juge des libertés et de la détention en matière de détention provisoire [127], ou encore devant la chambre de l'instruction appelée à se prononcer sur une mesure de sûreté, n'entraîne pas la nullité de la mesure [128]. En effet, dans cette hypothèse, les allégations faites ne pourront « être utilisées à son encontre par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité » [129]. Dans le cas où les confessions seraient utilisées, l'intéressé pourra faire valoir l'existence d'une atteinte à ses intérêts dans l'administration de la preuve, supposant corrélativement la démonstration d'un grief [130]. La Cour conclut son arrêt en affirmant que les juges doivent « alors apprécier l'équité de la procédure dans sa globalité », en reprenant la « méthodologie générale » [131] développée par la Cour européenne afin de « sauver » les procédures entachées de vices [132]. En réalité, avant même l'évocation de la notion « d'équité globale de la procédure », apparaissant pour la première fois en 2001 dans son langage [133], elle optait déjà pour une telle appréciation sans la nommer. Ainsi, elle a posé, très tôt [134], des critères lui permettant de déterminer la violation ou, au contraire, la non-violation du droit au silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : la nature et le degré de la coercition [135], l'existence de garanties appropriées dans la procédure [136] et enfin l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus [137] – ce dernier critère, étant explicitement repris par la Chambre criminelle [138]. Concrètement, reste à savoir comment s'articule la notification générale du droit de se taire, désormais prévue à l'article préliminaire, avec les notifications spéciales envisagées par le législateur et, de surcroît, si les dispositions muettes sur le droit au silence sont nécessairement comblées par l'exigence générale.

Quand il existe une disposition spéciale, la protection devrait être plus effective. En effet, en l'absence de notification du droit de se taire alors que la loi l'exige, la mesure serait donc

illégale et donc potentiellement nulle, même si le législateur n'a pas consacré de nullité textuelle, afin de laisser le juge libre de les consacrer substantiellement. En revanche, en l'absence de disposition spéciale, l'article préliminaire devrait venir combler le silence. Or en s'appuyant sur un principe directeur et non sur une disposition spéciale, le droit de se taire pourrait en réalité n'avoir qu'une portée relative. En effet, l'article préliminaire semble envisager la sanction : « Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que ledit droit ait été notifié ». L'expression « sur le seul fondement », implique, néanmoins, que les déclarations peuvent être à l'origine de la condamnation si d'autres éléments viennent corroborer la culpabilité de l'individu. En somme, il ne faut pas se reposer sur un simple principe directeur. Ainsi, sans attendre les censures du Conseil constitutionnel, le législateur doit consacrer au sein de chaque disposition relative aux recueils des observations du suspect et de la personne poursuivie et à ses interrogatoires, la notification du droit de se taire avant la réalisation de la mesure. Partant, la violation du droit au silence est loin d'être toujours sanctionnée et dans l'hypothèse où elle le serait, il est difficile d'en prévoir les conséquences concrètes sur la procédure pénale. De surcroît, il existe paradoxalement des incriminations qui sanctionnent le silence du suspect ou de la personne poursuivie dans le cadre de la procédure pénale.

B. L'effectivité atténuée par la sanction du silence

Deux mesures de recherche, réduisant l'effectivité du droit au silence, méritent l'attention : d'abord, les prélèvements et l'accès aux données chiffrées pouvant donner lieu à des peines si le suspect ne coopère pas (1) ; ensuite, et plus indirectement, la mise en œuvre d'alternatives aux poursuites et aux jugements, soumis en amont à la reconnaissance des faits, qui conditionne la nature de la sanction à un aveu (2).

1) Les prélèvements et l'accès aux données chiffrées

Désormais, « la science et la technique ont permis de multiplier les voies d'exploration de la preuve liée à la personne même de l'accusé » [139]. Les preuves peuvent donc être recherchées soit à l'extérieur du suspect ou de la personne poursuivie, à son insu, en le géolocalisant ou en le plaçant sur écoutes téléphoniques ; soit à l'intérieur « notamment en « fouillant » ses chairs » [140], à l'image des prélèvements d'haleine, de sang, d'urine ou encore de tissus corporels en vue d'une analyse de son ADN. Dans cette seconde hypothèse, il est impossible d'agir à son insu car il est peu probable de ne pas s'apercevoir que des prélèvements sont effectués sur sa personne. S'il est envisageable de forcer les portes d'un appartement pour réaliser une perquisition en enquête de flagrance [141], voire sous condition en enquête préliminaire [142], il s'avère plus complexe de passer outre le consentement de la personne visée par la mesure de prélèvement ; l'usage de la contrainte reviendrait à violer son intégrité physique [143]. Ainsi, dans certaines hypothèses [144], afin de contourner cette difficulté, le législateur prévoit une amende en cas de non-consentement. Il s'agit alors d'un consentement « volé » [145]. En outre, il est permis de s'interroger : ces pratiques ne caractériseraient-elles pas une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer ? Selon la CEDH, suivie par la Chambre criminelle [146] et le législateur de l'Union européenne [147], la protection du droit ne s'étend pas à l'usage de données fournies par l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect [148]. Autrement dit, seule la coercition abusive est interdite. Vérifier l'identité du suspect ou comparer l'ADN entre celui d'une personne et celui retrouvé sur les lieux, existant « indépendamment de leur volonté », ne peut pas se faire autrement. La sanction du refus de s'y soumettre semble en réalité avoir pour effet de préserver

l'intégrité physique du suspect. Parallèlement, un autre type de mesures interroge : il s'agit de l'accès aux données chiffrées [149], assimilable à une perquisition numérique [150].

Depuis 2001, les autorités judiciaires peuvent en effet demander à toute personne, y compris le suspect ou la personne poursuivie, susceptible d'avoir connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie hypothétiquement utilisée pour préparer, faciliter ou commettre un crime et un délit [151], de la transmettre. L'absence de coopération est punie de trois ans d'emprisonnement et 270 000 euros d'amende. En pratique, cette infraction est notamment retenue en cas de refus des personnes interpellées de donner le code d'accès de leur smartphone, ce qu'a d'abord validé le Conseil constitutionnel [152] puis la Chambre criminelle [153]. Or cette dernière n'aurait-elle pas pu sanctionner cette disposition, en tant que premier juge de la conventionalité ? Au contraire, elle a préféré valider ce procédé en affirmant qu'il ne portait pas atteinte au droit au silence, en rappelant la jurisprudence de la CEDH : « le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'étend pas aux données que l'on peut obtenir de la personne concernée en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté de l'intéressé » [154]. Pour autant, dans cette hypothèse, sans transmettre directement les documents, ce dernier pourrait en fournir la clé permettant l'ouverture de la boîte de pandore de ses données personnelles alors qu'il existe des experts capables d'identifier ces codes. Il y a d'autres moyens que d'exiger du suspect ou de la personne poursuivie qu'il donne le code d'accès à une multitude de preuves éventuellement incriminantes et qui n'apparaissent pas exister « indépendamment » de sa volonté. Il s'agit donc d'une auto-incrimination indirecte, sans que les éléments probatoires soient « préexistants ». La charge de la preuve semble alors renversée. Un recours devant la Cour européenne pourrait être intéressant afin de voir si elle trancherait de manière analogue.

Il ne faut pas oublier, de surcroît, l'existence dans les codes para pénaux des délits d'obstacle aux fonctions dont l'objet est de sanctionner l'obstruction, de quelque nature que ce soit, apportée aux demandes d'un fonctionnaire de contrôle tendant à l'empêcher de procéder aux enquêtes dont il est chargé [155]. Toutefois, la Chambre criminelle valide, une nouvelle fois, ce type d'incrimination qui semble pourtant porter atteinte au droit au silence [156], particulièrement au regard de la dernière décision de la cour de justice de l'Union européenne [157]. La suppression de ces délits apparaît alors pressante. Au-delà de l'existence de certaines mesures de recherche pouvant atténuer la portée du droit de se taire et de celui de ne pas s'auto-incriminer, la mise en œuvre des alternatives aux poursuites et aux jugements mérite l'attention.

2) La mise en œuvre des alternatives aux poursuites et aux jugements

Ces procédures accélérées demeurent la réponse pénale favorisée par le parquet alors qu'elles sont conditionnées à un aveu préalable de culpabilité. Le conseil de l'Europe a même préconisé très tôt leurs mises en œuvre [158]. Pour autant, cette reconnaissance de l'infraction sur laquelle reposent ces procédures implique que le suspect s'auto-incrimine en avouant sa propre culpabilité dans le but de bénéficier d'une sanction ou d'une peine plus clémentine [159]. En d'autres termes, si le suspect décide de se taire, il ne peut profiter de ce type de procédure, pouvant dans certains cas lui être plus favorable. Il est donc cette fois indirectement défavorisé par son silence. À titre d'illustration, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer une composition pénale à une personne physique si elle reconnaît avoir commis un délit puni de cinq ans d'emprisonnement maximum. En échange, il peut bénéficier d'une sanction plus douce qu'une peine privative de liberté comme le fait de suivre un stage de citoyenneté à ses frais [160]. Cette analyse est d'autant plus vraie, dans l'hypothèse d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, constituant

une alternative aux jugements, laquelle est également conditionnée par la reconnaissance des faits reprochés. En avouant, la sanction pénale de la personne poursuivie est nécessairement réduite. En effet, la durée de la peine d'emprisonnement ne peut être supérieure à trois ans ni excéder la moitié de la peine encourue [161]. En outre, le procureur peut proposer une mesure d'aménagement [162] voire assortir la peine en tout ou partie du sursis. Ainsi, stratégiquement, il vaut mieux parfois parler que se taire pour subir une sanction moins sévère. Cette remarque est à relativiser. En réalité, la défense a deux options : si la procédure apparaît régulière, il vaudra mieux favoriser la procédure alternative ; à l'inverse, s'il y a des irrégularités, une procédure classique, plus exigeante quant au respect des droits fondamentaux, sera préférable. En effet, ces voies alternatives ne permettent pas de soulever des nullités qui peuvent quant à elle faire tomber tout ou partie de la procédure et ainsi être plus favorable au suspect ou à la personne poursuivie.

En somme, le droit au silence n'est qu'à ses balbutiements, son caractère relatif, mais injustifié ne peut être que dénoncé. Outre la nécessité de consacrer la notification du droit de se taire au sein de nouvelles dispositions spécifiques du Code de procédure pénale, sa reconnaissance récente au sein de l'article préliminaire dudit code par le législateur constitue un premier pas [163]. Or faire du droit de se taire un principe directeur apparaît moins protecteur que de le consacrer, en outre, au sein de dispositions spéciales. De surcroît, le législateur a omis d'envisager la protection, au côté du droit au silence, du droit de ne pas s'auto-incriminer afin de garantir plus largement les droits de la défense. En toile de fond, ce développement croissant du droit au silence semble remettre en cause une mesure phare de la procédure pénale omniprésente voire omnipotente durant toutes ses phases : l'interrogatoire dont l'essence est de récolter des preuves au regard des dires, voire des documents fournis par le suspect ou la personne poursuivie. Et si la vérité devait être recherchée ailleurs ?

[1] V. infra.

[2] Loi n° 2021-1729, du 22 décembre 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire, Chapitre V (dispositions diverses), art. 14

[3] E. Verges, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015.

[4] C. proc. pén., art. 427, al. 1

[5] V. infra.

[6] J. Brafman, *Vertiges de l'aveu*, Stock, 2016 ; M. Foucault, *Mal faire, dire vrai : Fonction de l'aveu en justice*, Cours de Louvain, 1981, 2012 ; J.-C Teissedre, *En finir avec le « culte de l'aveu »*, Gaz. Pal., n° 78, mars 2009, p. 2 et s. ; C. Ambroise-Casterot, *Aveu*, Dalloz, janvier 2016 ; D. Commaret, *Les métamorphoses de la preuve*, RPDP, décembre 2003 ; O. Masfayon, *Les aveux surpris ou la preuve obtenue par l'auto-incrimination involontaire du suspect*, Les blogs pédagogiques, 2009.

[7] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^{ème} éd, 2020, V° aveu.

[8] « Cette preuve est la meilleure et la plus claire et la moins coûteuse de toutes » écrit Ph. de Beaumanoire, rédacteurs des coutumes de Beauvaisis en 1283, éd. A. Salmon, Paris, Picard, 1899-1900.

[9] Le principe est énoncé aux articles suivants : C. proc. pén., art. préliminaire et C. civ, art. 9-1

[10] Durant l'enquête : l'interrogatoire du suspect gardé à vue ou du suspect libre (audition libre) ; durant l'instruction : l'interrogatoire du mis en examen ou du témoin assisté.

[11] L. Lambert, *Traité théorique et pratique de police judiciaire à l'usage des commissaires de police ainsi que des Procureurs de la République, des juges d'instruction et des autres officiers de police judiciaire*, 2^{ème} éd., Joannès Desvigne et cie, 1947, p. 404.

[12] Ordonnance criminelle du mois d'août 1670, Titre XIV « des interrogatoires des accusés », art. 7.

[13] Ordonnance criminelle du mois d'août 1670, Titre XIV « des interrogatoires des accusés », art. 8.

[14] Tabouret inconfortable sur lequel était placé le prévenu.

[15] C. Girard, *Culpabilité et silence en droit comparé*, L'harmattan, 1997, p. 57.

[16] En amont, il y a eu les travaux d'une commission Parlementaire, présidée par Faustin Hélie, commencés en 1879 dont l'idée principale était d'introduire le principe du contradictoire dès l'instruction. Néanmoins, le projet fut repoussé par le Sénat et modifié en 1882 dans un sens moins libéral avant que la loi Constans ne soit adoptée quinze ans plus tard.

[17] Avec la loi n° 93-2, du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale l'inculpé est devenu le mis en examen.

[18] Loi Constans, du 8 décembre 1887.

[19] J.-C. Farcy, *Erreur judiciaire et réforme de la justice au XIX^e siècle*, in *Histoire de la justice*, vol. 30, n° 1, 2020, pp. 179 et s.

[20] *Ibid.*

[21] Pour une critique de la fusion des notions : M. Giorgi, *L'auto-incrimination*, Thèse Montpellier, 22 mars 2019.

[22] L.-E. Pettiti définit le silence « comme un droit d'être maître de la communication avec autrui », L.-E. Pettiti, « Droit au silence », *Documentação e Direito Comparado*, n° 75/76, 1998, p. 133 et s.

[23] A. Claisse, Préface, in C. Girard, *Culpabilité et silence en droit comparé*, *op. cit.*, p.7.

[24] H. Bekaert, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, 1972, p. 17.

[25] B. Bouloc, R. de Beco et P. Legros (dir.), *Le droit au silence et la détention provisoire*, Actes de la journée d'étude du 18 septembre 1996 organisée à Paris par les Instituts des droits de l'Homme des barreaux de Paris et Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 14.

[26] Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, art. 7, § 5

[27] À ce titre certains ouvrages de référence n'y consacrent aucune subdivision. V. par ex. : J. Leroy, *Procédure pénale*, 7^{ème} éd, LGDJ, manuel, 2021 ; J. LARGUIER et P. CONTE, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, Les mémentos, 2019 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, précis, 28^{ème} éd., 2022 et quand le droit de se taire et de ne pas s'auto incriminer sont visés il y a peu de développements. V. par ex. S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, 13^{ème} éd., Lexis nexis, 2020, p. 415 à 419 : quatre pages sont consacrées à ce droit alors que l'ouvrage en totalise 1462.

[28] C. Girard, *Culpabilité et silence en droit comparé*, *op. cit.*, p. 49.

[29] Blunt c/ Park Lane Hotel, Juin 1942, « Une personne convoquée comme témoin peut refuser de répondre à toute question si la réponse à celle-ci pourrait, selon l'avis du juge, avoir tendance à exposer le témoin à toute accusation, pénalité ou confiscation criminelle que le juge considère comme raisonnablement susceptible d'être privilégiée ou poursuivie ».

[30] Au Royaume-Uni, le « droit au silence » est un principe de *common law* repris notamment dans le *Code of practice C* dont la dernière version date de 2019 étant un texte d'application du *Procedure and Criminal Evidence Act*, 1984 (P.A.C.E).

[31] Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 43.

[32] Le cinquième amendement de la Constitution reconnaissait déjà que « nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même ».

[33] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, g).

[34] CJCE, 18 octobre 1989, aff. 374/87, Orkem c/ Commission, § 35.

[35] CJUE, Gde ch., 2 février 2021, aff. C-481/19, DB c/ Consob : H. Matsopoulou, *note*, JCP G, 6 avril 2021, n° 14, 389 ; J. Turot, *étude*, Dr. fiscal, 16 septembre 2021, n° 37, 356 ; D. Simon, Europe, 2021, comm. 117 ; P. Dufourq, *Droit au silence et enquête pour délit d'initié : dernières précisions de la CJUE*, Dalloz actualité, 15 février 2021 ; M. Lasalle, AJ pénal, 2021, 213 ; A. kirry et A. Bisch, D., 2021, 295 ; F. Stasiak, *étude*, RSC, 2021, 397.

[36] CEDH, 25 février 1993, Req. 10828/84, Funke c/ France, § 44

[37] *Ibid.*

[38] V. par ex. : CEDH, gde ch., 8 février 1996, Req. 18731/91, John Murray c/ Royaume-Uni, §45 ; R. Koering-Joulin, *obs.*, RSC, 1997, 476 et 481 ; CEDH, 17 décembre 1996, Req. 19187/91, Saunders c/ Royaume-Uni, § 68 ; R. Koering-Joulin, *obs.*, RSC, 1997, 476 ; M. Mezaguer, *étude*, Rev. UE, 2015, 353 ; D. Roets, *Le droit de ne pas contribuer à sa propre*

incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, AJ pénal, 2008, p. 119 et s.

[39] CEDH, 14 octobre 2010, Req. 1466/07, Brusco c/ France : J.-F. Renucci, *note*, D., 2010, 2950 ; F. Rome, *édito*, D., 2010, 2425 ; Y. Mayaud, *entretien*, D., 2010, 2696 ; J. Pradel, *chron.*, D., 2010, 2783 ; D. Guérin, *point de vue*, D., 2010, 2850.

[40] CEDH, 27 octobre 2011, Req. 25303/08, Stojkovic c/ Belgique et Belgique, § 54 ; V. encore récemment sur des faits ayant lieu avant la réforme de la garde à vue : CEDH, , 11 juillet 2019, Req. 62313/12, Olivieri c/ France, § 37 et 38.

[41] V. à ce propos, S. Piel, *La garde à vue, machine à intimider*, Le Monde, 10 novembre 2014 ; C. Charriere-Bournazel, *Études*, 2010/ 6, Tome 412, p. 751 et s.

[42] R. Merle, *La garde à vue*, Gaz. Pal., 18 juillet 1969, p. 18.

[43] V. par exemple : CEDH, 1^{er} avril 2004, Req. 59584/00, Rivas c/ France : usage de la violence dès lors que le gardé à vue « persistait à nier les faits » ; CEDH, Gde ch., 11 juillet 2006, Req. 54810/00, Jalloh c/ Allemagne : par l'usage d'émétique afin de contraindre le suspect à avouer. L'usage de la torture était déjà dénoncé au XVIII^{ème} siècle par Cesare Beccaria : « C'est une barbarie consacrée par l'usage dans la plupart des gouvernements que de donner la torture à un coupable pendant que l'on poursuit son procès, soit pour tirer de lui l'aveu du crime ; soit pour éclaircir les contradictions où il est tombé ; soit pour découvrir ses complices, ou d'autres crimes dont il n'est pas accusé » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, éd. 1979, p. 71-72).

[44] Loi n° 93-2, du 4 janvier 1993, portant réforme de la procédure pénale

[45] Loi n° 2000-516, du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (dite ci-après loi présomption d'innocence)

[46] En l'insérant au sein de l'article 63-1 du Code de procédure pénale en ces termes : le suspect est également immédiatement informé qu'il « a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ».

[47] En l'insérant au sein de l'article 116 du Code de procédure pénale en ces termes : en lui notifiant qu'il a « le choix soit de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogé ».

[48] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, *op. cit.*

[49] La loi n° 2003-239, du 18 mars 2003, sur la sécurité intérieure

[50] Assemblée nationale, Rapport portant sur le projet de loi pour la sécurité intérieure, 18 décembre 2002, sur la « suppression de la notification du droit au silence », page ?

[51] *Ibid.*

[52] Loi, n° 2011-392, du 14 avril 2011, relative à la garde à vue

[53] Le mot « droit » est employé par le législateur : le gardé à vue, doit être informé « du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire », la terminologie « se taire » a été préférée au « silence », mais il ne s'agit que de pure sémantique, les deux termes étant synonymes ; O. Bachelet, *Garde à vue : la persistante religion de l'aveu*, Gaz. Pal., 24 janvier 2021, n° 24, p. 7 ; G. Beaussonie, *La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ?*, Gaz. Pal., 29 juillet 2014, n° 210, p. 13 et s.

[54] Cons. const., décision n° 2010-14/22 QPC, du 30 juillet 2010, cons. 28 : C. Charrière-Bournazel, *entretien*, D., 2010, 1928 ; P. Cassia, *point de vue*, D., 2010, 1949 ; J. Pradel, *obs.*, D., 2010, 2254 ; Y. Mayaud, *entretien*, D., 2010, 2696 ; J. Pradel, *chron.*, D., 2010, 2783 ; J.-B. Perrier, *étude*, AJ pén., 2010, 470 ; E. Daoud et E. Mercinier, *obs.*, Constitutions, 2010, 571 ; A. Giudicelli, RSC, 2011, 139.

[55] Cass. crim., 19 octobre 2010, n° 10-82.306, 10-82.902 et 10-85.051, FP-P+B+I+R : S. Lavric, *obs.*, D., 2010, 2434 ; H. Matsopoulou, *note*, JCP, 2010, 1104 ; A. Maron et P. Georget, *notes*, Dr. pén., 2010, dossier 11 et 12 ; J. Buisson, *Procédures*, 2010, comm. 442 ; S. Detraz, *note*, Gaz. Pal., 17-18 novembre 2010 ; E. Gindre, *note*, RSC, 2010, 879 ; E. Dreyer, *note*, D., 2010, 2809 ; La nouvelle loi entraine donc en vigueur le 1^{er} juin 2011, à l'exception des mesures relatives à la notification du droit au silence et au droit à l'assistance d'un avocat, dont l'application était immédiate selon la volonté de la chambre criminelle, Cass., ass. plén., 15 avril 2011, n° 10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242, FP-P+B+R+I : O. Bachelet, *note*, Gaz. Pal., 17-19 avril 2011, jurispr. p. 10 ; A. Maron et M. Haas, Dr. pénal 2011. Comm. 84 ; C. Mauro, *note*, AJ pénal, 2011. 311 ; A. Giudicelli, *note*, RSC 2011. 410 ; Pradel, *Un regard très européen sur les gardes à vue antérieures à l'application de la loi du 14 avril 2011*, JCP, 2011, p. 756 et s.

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

[57] Directive 2012/13/UE, du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales

[58] C. proc. pén., art. 61-1, 4°

[59] C. proc. pén., art. 113-4, al. 1

[60] C. proc. pén., art. 393, al 4

[61] C. proc. pén., art. 406

[62] C. proc. pén., art. 512 ; Cass. crim., 8 juillet 2015, n° 14-85.699, FS-P+B+I ; Cass. crim., 16 novembre 2016, n° 15-81.488, F-D ; Cass. crim., 25 avril 2017, n° 16-80.107, F-D

[63] C. proc. pén., art. 328, C. Ribeyre, *note*, JCP G, n° 2, 1^{er} juillet 2019, 705 ; D. Miranda, *obs.*, AJ pénal, 2019, 390.

[122] Cass. crim., 8 juillet 2020, n° 19-85.954, FS-P+B+I § 16

[123] O. Decima, *De la loyauté de la preuve pénale et de ses composantes*, D., 2018, p. 103 et s.

[124] B. Bouloc, R. de Beco et P. Legros (dir.), *Le droit au silence et la détention provisoire*, *op. cit.*, p. 31.

[125] Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339 : R. Ollard, *Quand le principe de la loyauté de la preuve déploie ses effets en procédure pénale*, *Lettre juridique*, Lexbase, 2 avril 2015, n° 607 ; V. dans le même sens : Cass. crim., 7 janvier 2014, n° 13-85.246, FS-P+B+I : A. Gallois, *obs.*, JCP, 2014, Actu. 272 ; H. Vlamynck, *obs.*, AJ pénal, 2014, 194 ; E. Vergès, *note*, D., 2014, 407 ; S. Detraz, *entretien*, D., 2014, 264 ; A. Portmann, *obs.*, Dalloz actualité, 9 janvier 2014 ; S. Fucini, *obs.*, Dalloz actualité, 27 janvier 2014 ; D., 2014, 1453 ; J. Danet, *note*, RSC, 2014, 130 ; La cour européenne a elle aussi censuré ces procédés : CEDH, 5 novembre 2002, Req. 48539/99, Allan c/ RU

[126] À l'inverse, la Chambre criminelle a précisé que la sonorisation, en maison d'arrêt, de la cellule de la personne mise en examen, avant l'arrivée d'un codétenu mis en examen par le même magistrat dans une procédure distincte n'était pas un stratagème rendant déloyale la recherche de la preuve (Cass. crim., 17 mars 2015, n° 14-88.351, FS-P+B : S. Fucini, *obs.*, Dalloz actualité, 3 avril 2015 ; G. Barbier, B. Laurent et G. Guého, *chron.*, D., 2015, 1395 ; G. Roussel, *obs.*, AJ pén., 2015, 552 ; D. Boccon-Gibod, *obs.*, RSC, 2015, 405 et 406 ; A. Maron et M. Haas, Dr. pén. 2015, comm. 78,.

[127] Cass. crim., 11 mai 2021, n° 21-81.277, F-P § 8 : P.-J. Delage, RSC, 2021, 663.

[128] Cass. crim., 24 février 2021, n° 20-86.537, F-D, § 19 : G. Courvoisier-Clément, *obs.*, AJ pénal, 2021. 269 ; *ibid.* 167 et les obs. ; J.-P. Valat, *obs.*, RSC 2021. 448.

[129] Cass. crim., 24 février 2021, n° 20-86.537, F-D, § 19 ; Cass. crim., 11 mai 2021, n° 21-81.277, F-P, § 13 . Néanmoins, depuis ces arrêts, le Conseil constitutionnel a exigé du législateur qu'il consacre explicitement la notification du droit au silence lors de la réalisation de ces mesures, Cons. const., décision n° 2020-886 QPC, 4 mars 2021 ; Conseil. const., décision n° 2021-935, du 30 septembre 2021 : D. Goetz, *note*, Dalloz actualité, 7 octobre 2021 ; Cons. const., décision n° 2021-895/901/902/903 QPC, du 9 avril 2021 : A. Botton, *note*, RSC, 2021, 483. Cette insertion dans le code de procédure pénale pourrait avoir des incidences sur la sanction de l'absence de notification du droit au silence (V. infra).

[130] Sur le fondement de l'article 802 du Code de procédure pénale ; Cass. crim., 11 mai 2021, n° 21-81.277, F-P, § 13

[131] CEDH, gde ch., 13 septembre 2016, Req. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, Ibrahim et autres c/ RU, § 250 et s.

[132] V. infra.

[133] CEDH 4^{ème} sect., 21 mars 2001, Req. 34720/97, Heaney et McGuinness c/ Irlande ; CEDH, Gde ch., 11 juillet 2006, Req. 54810/00, Jalloh c/ Allemagne ; CEDH, 29 juin 2007, Req. 15809/02 et 25624/02, O'halloran et Francis c/ Royaume-Uni, §53

[134] CEDH, gde ch., 8 février 1996, Req. 18731/91, John Murray c/ Royaume-Uni, §47

[135] D'abord, la Cour européenne vérifie la nature et le degré de la coercition signifiant que l'accusation ne fonde pas son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé (CEDH, 17 décembre 1996, Req. 19187/91, Saunders c/ Royaume-Uni, § 68 et s.). Autrement dit, l'existence d'une contrainte peut faire douter du respect du droit au silence ou de ne pas s'auto-incriminer. À la lumière de la jurisprudence européenne, trois types de situations peuvent laisser penser à l'existence d'une contrainte abusive : quand le suspect est menacé de subir des sanctions s'il ne témoigne pas (CEDH, Gde ch., 11 juillet 2006, Req. 54810/00, Jalloh c/ Allemagne ; CEDH, gde ch, 1^{er} juin 2010, Req. 22978/05, Gäfgen c/ Allemagne, subi des pressions physiques ou psychologiques pour obtenir des aveux ou des éléments de preuve matérielle (CEDH, Gde ch., 11 juillet 2006, Req. 54810/00, Jalloh c/ Allemagne ; CEDH, gde ch, 1^{er} juin 2010, n° 22978/05, Gäfgen c/ Allemagne) ou encore quand des subterfuges sont utilisés pour extorquer des informations que les autorités n'auraient pas pu obtenir par le biais d'un interrogatoire (CEDH, 5 novembre 2002, Req. 48539/99, Allan c/ Royaume-Uni ; CEDH, 10 mars 2009, Req. 4378/02, Bykov c/ Russie, § 101-102)

[136] La Cour européenne analyse l'existence de garanties appropriées dans la procédure. L'accès à un avocat est, selon elle, essentiel afin de vérifier si la procédure a ou non anéanti la substance du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, sauf à démontrer qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit, (CEDH, 16 décembre 2014, Req. 50541/08, 50571/08, 50573/07 et 40351/09, Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni, § 256).

[137] Enfin, la Cour européenne regarde l'utilisation qui est faite des éléments obtenus. Par exemple, dans l'arrêt Bykov contre Russie, la Cour avait considéré que l'enregistrement de la conversation n'était pas un aveu, mais avait revêtu une importance limitée dans un ensemble complexe d'éléments que le tribunal a eu à apprécier (CEDH, 10 mars 2009, Req. 4378/02, Bykov c/ Russie, § 102 et s. ; CEDH, Gde ch., 11 juillet 2006, Req. 54810/00, Jalloh c/ Allemagne ; CEDH, 29 juin 2007, Req. 15809/02 et 25624/02, O'halloran et Francis c/ Royaume-Uni, §55 ; CEDH, 16 décembre 2014, Req. 50541/08, 50571/08, 50573/07 et 40351/09, Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni, § 269) ; CEDH, 19 mars 2015, Req. 7494/11, 7493/13 et 7989/11, Corbet et autres c/ France, § 33

[138] V. Par exemple concernant le droit à l'avocat durant la garde à vue : Cass. crim., 24 avril 2013, n° 12-83.602, FS-P+B

[139] C. Ambroise-Casterot, *Aveu*, Dalloz, janvier 2016 ; C. Ambroise-Castérot, *Les prélèvements corporels et la preuve pénale*, in Mélanges P. Julien, Edilex, 2003, p. 9.

[140] *Ibid.*

[141] C. proc. pén., art. 56

[142] C. proc. pén., art. 76, al. 4 pour passer outre le consentement il faut l'autorisation du juge des libertés et de la détention et que l'infraction soit punie par une peine d'une durée égale ou supérieur à trois ans d'emprisonnement.

[143] CEDH, art. 3

[144] C. proc. pén., art. 706-56

[145] S. Detraz, *Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques*, D., 2007, p. 2981 et s.

[146] V. par exemple : Cass. crim., 10 décembre 2019 n° 18-86.878 : I. Bello, *obs.*, AJ pénal, 2020, 3 ; M. Quéméner, *obs.*, D. IP/IT, 2020, 193 ; W. Azoulay, *Présomption d'usage d'un téléphone : l'obligation d'en fournir le code est conventionnelle*, Lexbase pénal, janvier 2020 ; Cass. crim., 6 janvier 2015, n° 13-87.652, F-P+B

[147] Directive (UE) 2016/343, *op. cit.*, art. 7, § 3 : « L'exercice du droit de ne pas s'incriminer soi-même n'empêche pas les autorités compétentes de recueillir les preuves qui peuvent être obtenues légalement au moyen de pouvoirs de contrainte licites et qui existent indépendamment de la volonté des suspects ou des personnes poursuivies ».

[148] CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c/ RU*, *op. cit.*, § 68 et s.

[149] C. pén., art. 434-15-2

[150] Cass. crim., 12 janvier 2021, n° 20-84.045, F-P+B+I : R. Parizot, *obs.*, RSC, 2021, 128.

[151] C. pén., art. 434-15-2, al. 1.

[152] Cons. const., décision n° 2018-696 QPC, du 30 mars 2018 : D. Goetz, *obs.*, Dalloz actualité, 19 avril 2018 ; M. Lacaze, *obs.*, AJ pén., 2018, 257 ; M. Quéméner, *obs.*, Dalloz IP/IT, 2018, 514 ; A.-S. Chavent-Leclère, *obs.*, Procédures, 2018, n° 5.

[153] Cass. crim., 13 octobre 2020, n° 20-80.150, FS-P+B+I : S. Fucini, *note*, Dalloz actualité, 20 octobre 2020 ; J.-B. Thierry, *note*, Gaz. Pal., 8 décembre 2020, n° 292, p. 26.

[154] Cass. crim., 10 décembre 2019 n° 18-86.878, F-P+B+I

[155] J.-F. Renucci, *Délit d'obstacle à fonctions et droit au silence*, RSC, 2009, p. 923 et s.

[156] Cass. crim., 24 février 2009, n° 08-84.410, F-P+F : M. Léna, *note*, D., 2009, 1017 ; J. Lasserre Capdeville, *obs.*, AJ pénal, 2009, 226 ; B. Bouloc, *obs.*, RTD com 2009, 636 ; J.-F. Renucci, *note*, RSC, 2009, 923.

[157] CJUE, Gde ch., 2 février 2021, aff. C-481/19, *DB c/ Consob*. V. *supra*.

[158] Sous l'influence du Conseil de l'Europe, Rec (87) 18.

[159] J. Leroy, *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable*, Gaz. Pal., n° 233, 21 août 2014.

[160] C. proc. pén., art. 41-2, 7°

[161] C. proc. pén., art. 495-8, al. 2

[162] C. proc. pén., art. 712-6

[163] Loi n° 2021-1729, *op. cit.*, art. 14