



HAL
open science

Le droit de se taire, simple garantie procédurale ou véritable dénaturation du procès pénal

Jean-François Dreuille

► **To cite this version:**

Jean-François Dreuille. Le droit de se taire, simple garantie procédurale ou véritable dénaturation du procès pénal. Mélanges offerts à Geneviève Pignarre Un droit en perpétuel mouvement, LGDJ, 2018, Mélanges, 9782275060651. hal-04825504

HAL Id: hal-04825504

<https://hal.science/hal-04825504v1>

Submitted on 8 Dec 2024

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.

Le droit de se taire, simple garantie procédurale ou véritable dénaturation du procès pénal

Les rapports entretenus entre le silence et le droit sont protéiformes, soit que le droit crée les silences ou tente de les combler, soit que le droit tente de judiciaireiser le silence¹. La consécration du droit procédural au silence s'inscrit dans cette tentative. Le droit au silence – ou droit de se taire – dans le procès pénal renvoie à une problématique plus large incluant une réflexion sur le mensonge et la vérité. En droit pénal substantiel, la place du mensonge a fait l'objet de plusieurs études doctrinales, notamment dans une thèse qui fait autorité². La question de la vérité dans le droit de la preuve n'est pas davantage novatrice. Au cœur du procès pénal, la question de la vérité - vérité judiciaire produite - et non vérité absolue inaccessible - et du mensonge y est importante, souvent décisive, notamment au moment où le juge forge son intime conviction³. Le désir de vérité est plus prégnant, du moins dans la conception française, de tradition inquisitoriale depuis le XII^e siècle marquant la rationalisation du droit pénal et l'abandon progressif du système probatoire divin⁴. Pour autant, il n'est pas évident que le droit de se taire consacrerait, par une sorte d'effet miroir, un droit de mentir. Le silence et le mensonge peuvent entretenir des liens, mais ils ne sont pas consubstantiels. En outre, la faculté de mentir – et non un droit de mentir – est la conséquence plus certaine de l'abandon du serment imposé à l'accusé. Par ailleurs, la généalogie du droit de se taire atteste qu'il serait vain d'opposer les systèmes juridiques de type inquisitoire ou accusatoire pour déceler son origine et mesurer avec certitude son développement⁵.

Alors même qu'il a connu une consécration plus évidente, en Europe, dans le système anglais, un auteur, Charlotte Girard, soutient, dans la première partie d'un ouvrage particulièrement éclairant pour notre sujet et consacré aux circonstances historiques de l'apparition du droit au silence, que ce dernier puisait, de façon assez inattendue, ses origines dans le droit canonique et dans la généralisation du serment dans la procédure criminelle⁶. En réaction, le droit de se taire serait

¹ V. not., Ngh Noah M., (2015). Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation. Les Cahiers de droit, 56 (3-4), 575–613. doi:10.7202/1034463ar ; sur l'application particulière du principe « silence vaut acceptation », en procédure pénale, v. E. Gallardo, RSC 2015 p. 450.

² Y. Mayaud, Le mensonge en droit pénal, préf. du Doyen Decoq, éd. L'Hermès, 1979.

³ V. not., M.-C. Nagouas-Guérin, Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale, RSC 2002. 283 ; M. van de Kerchove, La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? Déviance et Société, 2000, Vol. 24, N° 1, pp. 95-101.

⁴ V. not., D. Chalus, La dialectique « aveu-droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé, R.J.T., 43 (2009), p. 321 à 366, spéc. p. 328.

⁵ Sur la conceptualisation de « l'accusatoire » et de « l'inquisitoire », v. M. Languer, La portée des catégories accusatoire et inquisitoire, RSC 2014, p. 707.

⁶ C. Girard, Culpabilité et silence en droit comparé, préf. d'A. Claisse, Ed. L'Harmattan, 1997, p. 43 ; V. égal. P. Salvage-Gerest, Le droit de ne pas s'accuser soi-même et la justice pénale française, thèse de doctorat, Grenoble, Faculté de droit, Grenoble 2, 1971 ; Pour la qualité du mémoire et les nombreuses références utiles, v. Elsa Monceaux, Quel droit au silence en procédure pénale ? Mémoire de Master de droit pénal et sciences

apparu dans la deuxième partie du XVI^{ème} siècle lorsque les puritains anglais résistèrent au pouvoir anglican et au droit pontifical en « *exaltant un adage issu du droit médiéval de l'Église Romaine : nemo tenetur seipsum prodere* », pouvant être traduit par : nul ne peut être forcé de s'accuser soi-même⁷. Alors même que ce moyen de défense n'a pas prospéré immédiatement, on perçoit la ligne de tension - irréductible - entre l'obligation chrétienne de parler, de se confesser pour obtenir l'absolution des péchés et l'obligation naturelle de conserver le silence pour ne pas subir les foudres de la justice⁸. Le paradoxe est plus grand encore si l'on songe à la posture de *Jésus*, lui-même, qui fit le choix de se taire – du silence -, face à ses accusateurs. En effet, selon Saint Mathieu, *Jésus* refusa de parler, une première fois devant le grand prêtre Caïphe le sommant de répondre aux faux- témoins l'accusant⁹, puis une seconde fois devant le gouverneur Pilate, désarmé, tout autant par le silence de *Jésus* que par l'inconsistance de l'accusation¹⁰. Les multiples interprétations possibles de ce silence laissent déjà augurer la complexité de ses fondements¹¹ : acte de foi ? Moyen de défense ? Inutilité de la parole face à l'évidence ? Non-reconnaissance de la légitimité de ses juges ? Acte politique ?¹² Ces questions n'épuisant pas le sujet, il semble vain d'essayer d'expliquer le mutisme de certaines personnes poursuivies. Ce choix heurte souvent la justice, le juge, mais aussi, plus globalement, l'opinion publique, qui restent fondamentalement très proches d'une conception utilitariste – *de bon sens* -, en droit fil de Bentham, et selon laquelle l'innocent n'a rien à cacher et tout intérêt à parler¹³. La triste actualité judiciaire, marquée par les attaques terroristes, en atteste : Salah Abdeslam, dernier suspect vivant des attaques terroristes du 13 novembre 2015 à Paris, fait le choix de garder le silence, comme d'ailleurs la plupart des auteurs d'actes de terrorisme. Ce choix est

pénales, Université Panthéon-Assas, dir. D. Rebut
<https://docassas.uparis2.fr/nuxeo/site/esupversions/2ec52f28-a85c-4656-9b3b-023808258c64>).

⁷ On trouve, déjà, dans le digeste des maximes : « Ce qui est exprimé nuit, ce qui est inexprimé ne nuit pas », *Expressa nocent non expressa nocent* ; celui qui se tait ne reconnaît pas, mais il ne dénie pas, *Quit tacet non utique faetur : sed tamen verum est eum non negare*).

⁸ En ce sens, v. not. les extraits des conférences préparatoires, présidées par Le Chancelier Séguier, lors de la rédaction de l'Ordonnance criminelle d'août 1670, sous l'article 7, TITRE XIV – DES INTERROGATOIRES DES ACCUSÉS. V. égal., postérieurement, Beccaria, Des délits et des peines, § XVIII, Des serments : « *c'est mettre en contradiction les lois avec les sentiments naturels que d'exiger d'un accusé le serment de dire la vérité, alors qu'il a tout intérêt à ne pas la dire* », éd. GF-Flammarion, 1965, préf. R. Badinter, p. 106.

⁹ *Jesus autem tacebat*, Mathieu 26 : 63 (Mais Jésus gardait le silence).

¹⁰ *Et non respondit ei ad ullum verbum, ita ut miraretur praeses vehementer*, Mathieu 27 : 14 (Mais il ne lui répondit rien à tout ce qu'il put lui dire, de sorte que le gouverneur en étoit tout étonné).

¹¹ V. not., Œuvres de Bourdaloue, Troisième Tome, Outhenin-Chalandre, 1870, p. 565 et s. ; V. égal. A. Corbin, Histoire du silence, De la Renaissance à nos jours, éd. Albin Michel, 2016 : dans cet ouvrage, l'auteur éclaire, par de multiples citations littéraires, des références artistiques, religieuses, les perceptions du silence, ses vertus, son rôle social, la manière « dont les individus du passé ont éprouvé le silence » et la difficulté, dans le monde contemporain, de faire silence.

¹² On peut rappeler que Pétain fit également le choix de garder le silence, lors de son procès en 1945.

¹³ V. J. Bentham, Traité des preuves judiciaires, ed. fr. Dumont, 1830, spéc. Chap. XI. Examen d'un autre cas de vexation. De l'inculpation de soi-même, p. 124 ; C. Girard, préc., spéc. p. 114 ; D. Chalus, préc., spéc. p. 337. Cette conception utilitariste a conduit à une remise en cause du droit au silence, en 1994, v. *infra*.

souvent perçu comme une provocation, une injure au système judiciaire et donc à l'État, s'ajoutant à la barbarie des actes de terrorisme. Ce choix ne peut pas davantage être compris par les victimes. Bien au contraire, le silence crée une frustration plus grande encore face à l'indicible¹⁴ et incite, de façon très naturelle, à critiquer la justice, les juges, dans l'incapacité de faire parler l'accusé.

Un constat similaire pouvait déjà être dressé sous l'ancien régime, période au cours de laquelle le silence de l'accusé était également perçu comme un obstacle à la manifestation de la vérité, objet principal du procès pénal et donc comme une atteinte à la justice elle-même. L'aveu est une victoire du souverain, par extension, de la justice, contre l'accusé¹⁵. En aucun cas, le tribunal ne peut être un lieu de silence¹⁶, du moins avant le délibéré au cours duquel le recueillement s'impose¹⁷. Bien au contraire, la parole doit être libérée parce qu'elle est indispensable à la découverte de la réalité des faits, sur laquelle le juge pourra calquer, par sa décision, la –une- réalité judiciaire. Dans un contexte de rationalisation de la preuve pénale reposant sur un système de preuve légale, l'aveu présente un double intérêt : en complétant les *indices prochains* ou *semi-preuves*¹⁸, il assure la manifestation de la vérité et permet au juge, conforté - légitimé¹⁹ - dans sa décision d'appliquer la condamnation capitale. Plus tard, l'ordonnance criminelle de 1670, consacra expressément l'usage ancien consistant à imposer à l'accusé de prêter serment²⁰. Dès lors, cette Ordonnance paracheva la construction du procès pénal initiée par la procédure criminelle du droit canonique et orientée

¹⁴ Le refus de comparaître de Klaus Barbie, lors de son procès hors norme qui s'est tenu à Lyon en 1987, participe de la même logique.

¹⁵ En ce sens, v. M. Foucault, *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, 1975, p. 48.

¹⁶ Sur les lieux privilégiés de silence, v. not. A. Corbin, *préc., spéc.*, le premier chapitre intitulé « le silence et l'intimité des lieux ».

¹⁷V. par exemple, selon les termes l'article 353 du Code de procédure pénale, la loi prescrit aux juges et jurés de « s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement... »

¹⁸ L'aveu n'est donc pas exactement la reine des preuves, dès lors que le seul aveu n'est pas de nature à justifier la condamnation, en application de l'adage, *Nemo non auditur perire volens* (pouvant être traduit par : nul n'est recevable à produire un moyen de droit pouvant entraîner sa propre mort) qui s'analyse en un privilège pour l'accusé, v. Muyard de Vouglans, *Institutes au Droit criminel*, éd. 1757, Part. III, Chap. I, p. 68. La portée de l'affirmation de Jousse selon laquelle l'aveu était la preuve par excellence et la plus complète, doit donc être relativisée, v. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome 1, Partie III, Livre I, Titre III, p. 662, n° 23.

¹⁹ V. not. X. Lagarde, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, *Droits* 1996, n° 23 – La preuve, p. 31 à 39, spéc. p. 36 et 37. Cet auteur met en lumière les mécanismes de légitimation, reposant sur la représentation d'une adhésion (pas de contestation possible de la valeur probante d'une preuve parfaite) et sur une représentation d'une faute (notamment en présence d'un aveu surpris). V. également dans le même numéro, M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, p. 53 à 65.

²⁰ Malgré l'opposition du Président de Lamoignon dans les conférences préparatoires qui lutta pour écarter cette nécessité du serment, v. A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Verlag Sauer, p. 229 ; J.-E. Boitard, *Leçons de Droit criminel*, 11^{ème} éd., par Faustin Hélie, 1876, p. 6 ; Ord. crim. août 1670, TITRE XIV – DES INTERROGATOIRES DES ACCUSÉS, Article 7 : L'accusé prêtera le serment avant d'être interrogé, et il en sera fait mention, à peine de nullité ; TITRE XIX - DES JUGEMENTS ET PROCÈS-VERBAUX DE QUESTIONS ET TORTURES, art. 8 : « L'accusé sera interrogé après avoir prêté serment, avant qu'il soit appliqué à la question et signera son interrogatoire, sinon sera fait mention de son refus ».

principalement vers l'obtention de l'aveu au besoin, en usant de la question, donc de la torture²¹. L'accusé est par conséquent, aussi, un témoin à qui il est fait obligation de parler. Il ne peut donc être envisagé, à cette époque, de droit au silence. Bien au contraire, les règles procédurales convergent pour encourager, faciliter la parole, de l'accusé, à tout moment. L'accusé qui refuse de parler – qui refuse de prêter serment²² - est assimilé à un muet, mais à un muet volontaire, sans droit à un curateur²³ et avec des conséquences procédurales particulières, d'une grande rigueur²⁴. Dans cette acception, parler constitue un droit de la défense, *a contrario*, se taire une négation de ce droit, mais également un mépris pour l'institution. Pour autant, et le paradoxe est déjà perceptible, il y a bien déjà un intérêt stratégique pour l'accusé à se taire. En effet, s'il n'avoue pas, s'il résiste à la torture, il échappe à la peine capitale. Certes, s'il est soumis à la question préparatoire avec réserve de preuve, il ne peut être pleinement absous, mais il évite ainsi la mort²⁵. De plus, si « *le silence de l'accusé ne le fait pas regarder comme coupable des faits sur lesquels il est interrogé... néanmoins ce silence peut former un indice contre lui, dans le cas où il n'apporte aucune raison pour le justifier* »²⁶. Cette affirmation de Jousse est toujours d'actualité. Par ailleurs, dès lors qu'est associé à la peine un pouvoir d'expiation, une fonction rédemptrice, il est nécessaire que l'accusé participe à son accusation : l'aveu parachève l'intérêt de l'instruction et conforte les objectifs de la peine.

Outre-Manche, la situation n'est guère différente alors même que le système inquisitorial n'a pas irrigué le droit anglais avec la même intensité que le droit français. La maturation lente du droit au silence, ou plus précisément du *privilege against self-incrimination*²⁷, est intimement liée aux progrès de la procédure accusatoire, mais surtout à la place croissante de l'avocat accordée par le juge au

²¹ Le recours à la torture judiciaire s'est développé en France (mais aussi en Europe) au XIII^e siècle, dans la procédure extraordinaire, v. not. A. Esmein, préc., p. 93 et s.

²² L'assimilation n'est pourtant pas évidente : un accusé peut refuser de prêter serment, tout en faisant le choix de répondre aux questions. Cette assimilation semble puiser son origine dans la pratique judiciaire, v. A. Esmein, préc., p. 231.

²³ Ord. crim. août 1670, TITRE XVIII – Des muets et sourds et de ceux qui refusent de répondre, art. 7. V. not., A. Esmein, préc., p. 229 à 231.

²⁴ Ord. crim. août 1670, *ibid.*, art. 8 : « *le juge lui fera sur-le-champ trois interpellations de répondre, à chacune desquelles il lui déclarera qu'autrement son procès lui sera fait comme à un muet volontaire, et qu'après il ne sera plus reçu à répondre sur ce qui aura été fait en sa présence, pendant son refus de répondre. Pourra néanmoins le juge, s'il le trouve à propos, donner un délai pour répondre, qui ne pourra être plus longue de vingt-quatre heures* ».

²⁵ Par hypothèse, il n'échappe pas à la question, qui est aussi une peine et à d'autres peines pécuniaires, ou afflictives et infamantes (les galères à temps, par exemple) ; V. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, spéc., p. 604, n° 194 ; du même auteur, *Commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670, Titre XIX, Des jugements et procès-verbaux de question et torture*, spéc., p. 331.

²⁶ Jousse, préc., Titre XVIII Des muets et sourds et de ceux qui refusent de répondre, spéc., p. 324.

²⁷ La distinction entre les notions de privilège et de droit est importante : dans la conception anglaise, le droit de se taire serait davantage un privilège, né de la pratique judiciaire, dans la relation juge / avocat, qu'un droit fondamental issu d'une lutte politique, v. en ce sens, C. Girard, préc., p. 67 à 78.

cours du XVIIIème siècle, dans la continuité du *Treason Act* de 1696, ayant pourtant ignoré le privilège. Vers la fin du XVIIIème siècle, la présence généralisée de l'avocat produit un double effet : non seulement l'avocat « *capture la parole de son client* »²⁸, mais il change, par la stratégie du silence imposé, la nature du procès dans lequel la présomption d'innocence prend tout son sens. La partie poursuivante doit prouver ses allégations et ne peut plus se contenter de l'aveu de l'accusé, qui perd progressivement sa qualité de témoin, dans une procédure devenue pleinement accusatoire. Le privilège trouve donc un terrain propice à son développement, alors même que le rôle du juge anglais dans l'interprétation de ce privilège demeure prépondérant et que l'existence d'un droit véritable au silence peut être discutée. En France, la critique du système probatoire du régime inquisitoire et notamment de l'usage de la torture, a été vive au cours du XVIIIème siècle et a irrigué l'ensemble du discours s'agissant du système pénal : la contestation de l'usage de la torture et de la place de l'aveu s'inscrit dans une critique plus large du sens de la peine²⁹, du fonctionnement de la justice pénale, et donc du système politique, prémisses du discours révolutionnaire³⁰.

La suppression du serment de l'inculpé dès 1789 mérite d'être rappelée³¹, tout comme l'abandon du système de la preuve légale, permettant de désacraliser, en apparence, l'aveu³². Pour autant, le choix français, après la période révolutionnaire, de maintenir un système procédural inquisitoire dans la phase préalable au jugement ne permet pas au droit au silence de connaître le même développement, d'autant que le Code d'instruction criminelle de 1808 est peu disert s'agissant des formalités et garanties accordées à l'inculpé lors de l'instruction préparatoire (la phase policière est purement et simplement ignorée). Dans une procédure de type inquisitoire, l'aveu reste essentiel : « *à l'intérieur du crime reconstitué par écrit, le criminel qui avoue vient jouer le rôle de vérité vivante. L'aveu, acte du sujet criminel, responsable et parlant, c'est la pièce complémentaire d'une information écrite et secrète* »³³. La pénétration du droit au silence n'est donc pas identique dans les différents systèmes procéduraux européens³⁴ au cours des XIXème et XXème siècles. Dans la période

²⁸ C. Girard, *ibid.*

²⁹ V. not., Beccaria, *op. cit.*, § XII, p. 86 : la fonction rétributive de la peine s'efface devant une conception plus utilitariste, dès lors que « *le but des châtimens est d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables* ».

³⁰ Les sources sont innombrables, v. not. E. Desmons, *La preuve des faits dans la philosophie moderne*, Droits 1996, n° 23 – *La preuve*, p. 13 à 20.

³¹ Décr. 8-9 oct. 1789 ; v. not., A. Esmein, *préc.*, p. 413.

³² Le Code de procédure pénale fait malgré tout toujours référence à l'aveu pour en faire un mode de preuve comme une autre. Cette précision, juridiquement superfétatoire, atteste de la difficulté du législateur à rompre avec la culture de l'Ancien régime (V. art. 428 C. pr. pén.).

³³ M. Foucault, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁴ Pour se limiter à l'espace européen, le droit au silence étant répandu dans de nombreux pays, v. not., Ayat Mohammed, « *Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit*

la plus récente, la procédure française s'est rapprochée progressivement de la procédure accusatoire sous l'influence des standards européens des droits de l'homme, des règles du procès équitable, et a notamment consacré expressément le droit de se taire, dans toutes les phases de la procédure. Le paradoxe est grand si l'on songe que, dans un temps assez voisin, un mouvement, en Angleterre, a conduit inversement à une remise en cause, au moins partielle, après plus de vingt ans de contestation, du *privilege against self-incrimination*, par les partisans d'une conception utilitariste³⁵. Plus précisément, depuis 1994³⁶, le droit anglais incite le suspect à collaborer et surtout il permet à l'accusation d'inviter les juges à en déduire que la défense – fondée sur le silence- est un mensonge et permet encore au juge et au jury, par déduction, de tenir compte du silence³⁷. Le droit de ne pas s'auto-incriminer subsiste, mais la portée du privilège est ainsi limitée. Pour autant, il est loin d'être évident que ce double mouvement en France et en Angleterre, *a priori* diamétralement opposé, sépare à nouveau les chemins des deux systèmes procéduraux. En effet, et alors même que le droit français a consacré récemment le droit de se taire, la tradition inquisitoriale demeure très forte. Par ailleurs, le système de l'intime conviction ne permet pas d'apprécier les conséquences du silence du prévenu ou de l'accusé. La loi ne donne aucune précision et n'interdit pas expressément au juge de tirer du silence des indices de culpabilité. La question de la force probante du silence demeure sans réponse. Au final, les conceptions française et anglaise actuelles sont très voisines : il s'agit plus certainement, dans les deux systèmes judiciaires, d'un droit – liberté à ne pas s'auto-incriminer, davantage qu'un véritable droit – créance, de se taire.

Il ne fait plus de doute, aujourd'hui, que le droit de se taire, sous réserve de l'affirmation précédente, relève du procès équitable et constitue une garantie procédurale assurant le respect de la présomption d'innocence de la personne poursuivie. En outre, et ce n'est pas le moindre intérêt de ce droit, il limite le risque d'atteinte à sa dignité. Le droit de se taire ne s'oppose pas à la production de l'aveu dans le procès pénal : plus certainement, il bannit l'aveu extorqué. La critique, négative, de ce droit en paraît d'autant plus paradoxale. Son principal défaut, selon ses détracteurs, est qu'il entrerait en contradiction avec la recherche de la vérité-réalité et serait donc contraire aux intérêts de la société. Des lignes de tension apparaissent entre des intérêts contradictoires³⁸. Pour autant, peut-on ou doit-on en conclure que le droit de se taire dénature le procès pénal ? Ne s'agit-il pas plus

international pénal », Archives de politique criminelle, 2002/1 (n° 24), p. 251-278. URL : <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2002-1-page-251.htm>.

³⁵ V. not., C. Girard préc., p. 113 et s.

³⁶ *Criminal Justice and Public Order Act*, 1994, s. 34-39.

³⁷ v. not., C. Girard, préc., p. 122.

³⁸ V. not., F. Desprez, Le droit de ne pas s'auto-incriminer, entre nécessité de garanties entourant l'aveu et impératifs liés à l'efficacité judiciaire, in *Mélanges Lazerges*, Dalloz, 2014, 569.

sûrement d'une garantie procédurale parmi d'autres ? Répondre à cette question implique de cerner avec davantage de précision l'objet de l'étude, en délimitant la signification du droit de se taire et sa traduction dans la règle juridique française (I). Une fois les fondements précisés, il sera donc envisagé les incidences du droit de se taire sur le procès pénal (II).

I Les fondements du droit de se taire et sa traduction dans la règle juridique française

Les repères historiques attestent que le droit de se taire a très peu pénétré le modèle inquisitoire français. Les évolutions récentes sont davantage dues à l'influence, voire même aux pressions du droit international et européen, qu'à une lente et progressive maturation du droit de se taire. Il est donc indispensable de se tourner vers les sources internationales pour en comprendre les fondements et la signification, avant d'en préciser la portée en droit interne. L'émergence d'un droit universel fondamental (A) tranche avec la consécration hésitante en droit interne d'un droit processuel (B).

A) L'émergence d'un droit universel fondamental

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (ou « droit de ne pas témoigner contre soi-même », ou « droit de ne pas s'auto-incriminer » ou « droit de ne pas s'auto-accuser ») est consacré de façon implicite par l'article 13, § 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, appliqué par le Comité des droits de l'homme de l'ONU, et aux termes duquel toute personne accusée d'une infraction pénale a le droit de « *ne pas être forcée à témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* ». Des références plus explicites à cette garantie figurent également dans les règlements de procédure et de preuve de certains tribunaux pénaux internationaux³⁹.

Alors même que l'article 6 de la CEDH ne le mentionne pas, le droit de ne pas s'auto-incriminer s'inscrit au cœur du procès équitable. Le droit de se taire ou le droit de garder le silence est une application, une traduction et certainement la traduction principale du droit de ne pas s'auto-incriminer, qui présente un champ d'application plus large, lui-même inclus dans le procès équitable⁴⁰. Ainsi, le fait de refuser de répondre aux questions posées par des enquêteurs dans une garde à vue relève, à n'en pas douter, du droit de se taire, le fait de refuser de s'exprimer par écrit

³⁹ Pour exemple, l'article 42 du Règlement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TIPY créé en 1993) dispose : « avant d'être interrogé par le Procureur, le suspect est informé, dans une langue qu'il comprend, de son droit de garder le silence et d'être averti que chacune de ses déclarations sera enregistrée et pourra être utilisée comme moyen de preuve ».

⁴⁰ Cette conception gigogne des principes de la convention, permettant la protection d'un principe par un autre, est assez classique, v. not., E. Vergès, Les principes directeurs du procès judiciaire, Étude d'une catégorie juridique, Thèse, Aix-Marseille, 2000, spéc. n° 302 et s.

également, selon une conception plus extensive du droit de se taire⁴¹. En revanche, le droit pour une personne de ne pas produire de documents contre elle-même relève davantage du droit de ne pas s'auto-incriminer⁴², alors même que la Cour européenne ne fait pas toujours des distinctions aussi formelles, comme en atteste l'arrêt *Funke c. France*⁴³. Deux autres décisions de la Cour européenne ont ancré le droit de se taire au cœur du procès équitable. Il s'agit tout d'abord de l'arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour affirme « qu'il ne fait aucun doute que, même si l'article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes généralement reconnues, qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 »⁴⁴. Cette décision précise donc la précédente, mais surtout elle permet de découvrir le fondement ou l'un des fondements du droit de se taire, en apportant la précision suivante : « en mettant le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6 ». Il est acté que les exigences du procès équitable imposent le respect du droit de se taire, mais l'article 3 de la Convention consacrant le droit à la dignité et prohibant tous traitements inhumains ou dégradants dans la recherche de la preuve justifie tout autant l'exigence de le garantir. L'arrêt *Saunders c/ Royaume-Uni* constitue une étape supplémentaire dans l'élaboration européenne du droit de se taire en associant droit de se taire et présomption d'innocence⁴⁵. Par la suite, la position de la Cour européenne a peu évolué, certaines décisions reviennent, dans la ligne de l'arrêt *John Murray*, sur les liens entre l'article 6 et l'article 3, excluant tout recours à des pouvoirs coercitifs. Ainsi, dans l'arrêt *Jalloh*, condamnant l'État

⁴¹ V. 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.

⁴² Pour une présentation plus exhaustive, v. not., S. Guinchard, J. Buisson, Procédure pénale, LexisNexis, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2014, n° 472.

⁴³ CEDH 25 févr. 1993, *Funke C/ France* : JCP 1993, II, 22073, note R. et A. Gournon. La Cour constate que les douanes provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. 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 ; Comp. : Crim., 24 février 2009, Bull. n° 46 ; RSC 2009, p. 923, obs. J.-F. Renucci. La cour de cassation, qui statuait dans une affaire dans laquelle des agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes avaient demandé à un suspect de communiquer divers documents afférents à son activité professionnelle, de nature à l'incriminer, n'a pas retenu le droit au silence comme étant un argument opposable.

⁴⁴ CEDH, Gr. ch., 8 février 1996, *John Murray c./ Royaume-Uni*, § 45 ; RSC 1997, p. 476, obs. R. Koering-Joulin.

⁴⁵ CEDH Gr. ch., 17 déc. 1996, *Saunders c./ Royaume-Uni* ; RSC 1997, p. 478, obs. R. Koering-Joulin. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence, consacré à l'article 6 § 2 de la Convention.

allemand, le requérant soupçonné de trafic de stupéfiants s'était vu administrer par la force des vomitifs (substances émétiques) pour le contraindre à régurgiter un sachet de cocaïne, utilisé dans la procédure pour fonder sa condamnation⁴⁶.

Ce rapide et non exhaustif tour d'horizon de la jurisprudence européenne atteste que la consécration du droit de se taire constitue un moyen de garantir le droit de se taire dans les procédures afin de prévenir toute recherche de la preuve qui irait à l'encontre de principes essentiels de la procédure : procès équitable, droit au respect de la dignité de la personne humaine, présomption d'innocence. Dans cette conception, le droit de se taire est alors conçu comme un droit fondamental faisant obstacle à la violation potentielle d'autres droits processuels ou plus substantiels. La multiplicité des fondements a une incidence sur le champ d'application du droit de se taire. L'articulation entre les articles 6 et 3 de la Convention européenne, entre le procès équitable et le respect de la dignité, présente un intérêt évident dans la constitution et la mise en état du dossier pénal, dans une phase d'essence inquisitoire. En revanche, les exigences d'équité de la procédure et du respect de la présomption d'innocence jusqu'au prononcé de la décision définitive justifient que le droit de se taire soit également assuré devant la juridiction de jugement. Dans la ligne de la jurisprudence européenne⁴⁷, la Cour de cassation en a pris la bonne mesure, pour censurer les juges du fond s'étant fondés essentiellement sur le silence gardé par le prévenu ou l'accusé pour justifier le prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis⁴⁸. Pour autant, l'intégration du droit de se taire en droit interne est loin d'être linéaire.

B) Une consécration hésitante d'un droit processuel en droit interne

La loi du 15 juin 2000⁴⁹ a introduit le droit de se taire au stade de l'enquête et plus particulièrement au profit de « *la personne gardée à vue (-) immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* ». Perçu comme une incitation pour le suspect à se taire, au risque de rendre impossible le progrès de l'enquête, ce droit a suscité la critique des enquêteurs. Le législateur a promptement modifié la formulation de l'article 3 : « *la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des*

⁴⁶ CEDH 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, Req. n° 54810/00 ; v. égal. CEDH, 17 janv. 2007, *Göçmen c/ Turquie*, Req. n° 72000/01.

⁴⁷ CEDH, 6 juin 2000, *Averill c./ Royaume-Uni*

⁴⁸ Crim. 1er oct. 2008, n° 08-81338, Bull n° 201.

⁴⁹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire »⁵⁰. Le droit de se taire devint ainsi un troisième « choix ». Poussant la logique régressive à son paroxysme, la loi du 18 mars 2003 a supprimé toute référence au droit de se taire⁵¹. Le rapporteur du texte, M. Christian Estrosi, avait jugé « *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* », estimant que « *ce type de disposition introduit dans la loi sur la présomption d'innocence avait fortement contribué à dévaloriser le rôle des forces de police* ». On comprend que ce n'est pas la seule notification du droit qui semble poser problème, mais le fait même de refuser de répondre aux questions. En d'autres termes, ces prises de positions politiques et ces attermolements du législateur traduisent bien l'incapacité structurelle du droit français à intégrer, digérer, le droit de se taire. Ils révèlent en outre, de façon inquiétante, une perception erronée des enjeux de la procédure pénale qui n'est pas conçue pour donner des droits à la police, mais plutôt pour réglementer ses prérogatives afin de prémunir les citoyens contre un risque arbitraire de privation des libertés fondamentales. Est-il encore concevable de défendre une telle conception sans être taxé, avec mépris, de « *droits-de-l'hommiste* »⁵² ? Aucune dévalorisation de l'action des forces de l'ordre dans ce propos, bien au contraire, c'est précisément en respectant pleinement les droits de la défense, et plus globalement les droits de l'homme, qu'elles assureront l'efficacité des procédures en les mettant à l'abri de contestations procédurales postérieures. Les droits et les libertés ne sont pas un obstacle à l'efficacité de la justice, ils en renforcent singulièrement sa légitimité si l'on est prêt à en mettre le prix : le respect des formes a indéniablement un coût économique. Il peut dès lors paraître moins onéreux, plus rapide, mais aussi plus démagogique, d'alléger les règles, les obligations procédurales. C'est oublier l'essentiel, le fond. La suppression d'un trait de plume législatif de l'obligation de signifier le droit de se taire ne fait pas, à l'évidence, disparaître le droit garanti par les sources internationales. D'ailleurs, la Cour européenne elle-même ne fait pas de la signification du droit un principe intangible. Elle pointe une difficulté uniquement dans le cas où la signification n'a pas été faite, alors qu'en outre, la personne n'a pas pu bénéficier de l'assistance d'un avocat. En d'autres termes, l'avocat peut parfaitement se substituer aux forces de l'ordre, ce qui importe c'est que la personne ait pu effectivement comprendre qu'elle pouvait se taire⁵³. Cette idée de lien, de forte connexion⁵³ entre l'assistance de l'avocat et le droit de se taire,

⁵⁰ Loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 3.

⁵¹ Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁵² Pour reprendre une idée défendue par François Sureau dans l'ouvrage : Pour la liberté, Répondre au terrorisme sans perdre la raison, éd. Tallandier, Essais, 2017.

⁵³ V. les principes dégagés notamment dans les affaires, Dayanan c/ Turquie, n° 7377/03, Rev. sc. Crim. 2010, p. 231, note D. Roets ; D. 2009, p. 2897, note J. Renucci. V. déjà, CEDH 27 nov. 2008, Salduz c/ Turquie, n° 36391/02. V. égal., CEDH 24 sept. 2009, Pishchalnikov c/ Russie, n° 7025/04 ; CEDH 19 nov. 2009, Kolesnik c/

n'est pas une surprise au regard de l'évolution historique rappelée succinctement dans l'introduction traduisant l'effacement du justiciable derrière son avocat. Ce lien est également très présent aux États-Unis, pays dans lequel le droit de se taire a non seulement une assise constitutionnelle, puisque ce droit est garanti par le 5^{ème} amendement de la Déclaration des droits (Bill of rights), aux termes duquel : « *Aucune personne, mise en cause dans une affaire pénale, ne doit être forcée à témoigner contre elle-même* », ⁵⁴ mais il a été également consacré par la jurisprudence dans le célèbre arrêt *Miranda v. Arizona*, rendu par la Cour suprême des États-Unis, le 13 juin 1966⁵⁵. Or, cette décision se fonde non seulement sur le 5^{ème} amendement, mais aussi sur le 6^{ème} amendement qui garantit le droit à être assisté par un conseil pour sa défense. En France, ce rapport entre l'assistance de l'avocat et le droit de se taire est implicitement consacré par l'article préliminaire du Code de procédure pénale, en empêchant une juridiction de jugement de se fonder exclusivement sur un aveu qui ne serait pas corroboré par d'autres éléments de preuve, alors que l'aveu aurait été passé en l'absence d'un avocat.

Un système dans lequel l'avocat informerait son client de son droit de garder le silence serait donc satisfaisant au regard des exigences européennes. Pour autant, pour assurer l'effectivité de ce droit et pour répondre à la pression du juge constitutionnel⁵⁶ et judiciaire⁵⁷, le législateur a, en 2011, rétabli la signification du droit de se taire en l'imposant aux autorités⁵⁸. La formulation est très proche de celle retenue par la loi du 4 mars 2002 : la personne gardée à vue doit être immédiatement informée de son droit, lors des auditions, « *après avoir décliné son identité, de faire*

Ukraine, n° 17551/02 ; CEDH 14 oct. 2010, Brusco c/ France n° 1466/07, Dalloz actualité, 22 oct. 2010, comm M. Léna. V. not., G. Roujou de Boubée, L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue, D. 2010, p. 868 ; E. Verges, L'enquête pénale au cœur d'un changement de paradigme : le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale, Rev. pénit. 2009, p. 837 ; J.-F. Dreuille, Droits de la défense au cours de la garde à vue : la réforme des juges et le projet de loi, in, Les lumières du droit pénal, L'irascible, Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles, n°1, 2011, p. 209 à 230.

⁵⁴ No person shall be (...) compelled in any criminal case to be a witness against himself.

⁵⁵ En 1966, la Cour Suprême décide que les droits de la personne interrogée doivent être garantis puisque l'interrogatoire est par nature coercitif : « *La personne en garde à vue doit, préalablement à son interrogatoire, être clairement informée qu'elle a le droit de garder le silence et que tout ce qu'elle dira pourra être utilisé contre elle devant les tribunaux ; elle doit être clairement informée qu'elle a le droit de consulter un avocat durant l'interrogatoire, et que, si elle n'en a pas les moyens, un avocat lui sera désigné d'office* ». Cette décision très importante aux États-Unis a donné naissance à ce que l'on nomme les Miranda Warnings ou avertissements Miranda qui s'imposent à tout policier qui doit lui signifier ses droits en présence d'indices de culpabilité et dès lors que le suspect peut se sentir privé de sa liberté. Pour un aperçu rapide, v. D. Soulez-Larivière, Garde à vue- Vers des « Mirandas warnings » en Europe ? JCP 2009, 553.

⁵⁶ DC n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, spéc. considérant n° 38 ; AJDA 2010, p. 1556, obs. S. Blondel ; D. 2010, p. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel ; F. Fournié, Nouvelles considérations « huroniques ».- A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, JCP 2010, 914, Aperçu rapide.

⁵⁷ Crim. 19 oct. 2010, 3 arrêts, n° 10-82.306, 10- 82.902 et 10-85.051 ; v. not. JCP 2010, doct. 1104, note H. Matsopoulou ; D. 2010, 2809 note E. Dreyer ; RSC 2010, p. 879 ; J.-F. Dreuille, préc. ; v. égal. Crim. 9 nov. 2010, n° 10-83.204

⁵⁸ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, relative à la garde à vue.

des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire »⁵⁹. L'individu doit décliner son identité sans pouvoir opposer son droit de se taire. Cet impératif est classique dans les pays européens ayant consacré le droit de se taire et il doit être mis en perspective avec l'obligation imposée à tout citoyen de pouvoir justifier de son identité. Pour autant, rien ne peut contraindre un individu à révéler son identité, alors même que le refus de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies constitue une infraction pénale⁶⁰.

Le droit de se taire a connu, en droit interne, une dernière évolution en 2014, sous l'influence du droit de l'Union⁶¹. Le droit de garder le silence est en effet présent, dès 1989, dans la jurisprudence de la CJCE⁶², avant même le positionnement de la Cour européenne des droits de l'Homme. La directive européenne de 2012 n'est donc une surprise, même si elle intervient tardivement, 23 ans après la reconnaissance de ce droit par la CJCE, attestant également du retard pris par la législation française. La directive vise formellement dans l'article 3 « *le droit de garder le silence* » et non le droit de se taire, consacré par la loi française. La directive précise qu'il s'applique dès le moment où des personnes sont informées par les autorités compétentes d'un État membre qu'elles sont soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale ou qu'elles sont poursuivies à ce titre, et jusqu'au terme de la procédure, qui s'entend comme la détermination définitive de la question de savoir si le suspect ou la personne poursuivie a commis l'infraction pénale, y compris, le cas échéant, la condamnation et la décision rendue sur tout appel.

Le champ d'application de la directive est très large. Il ne fait aucun doute qu'en amont du procès, la consécration du droit de garder le silence s'imposait. Pour autant, le Code de procédure pénale se contente d'envisager le droit de se taire sous le seul angle de son information, de sa signification, en l'organisant au cours des différentes étapes procédurales. Il y a là une ambiguïté de la loi qui ne consacre pas une disposition énonçant formellement ce droit. Les dispositions relatives à la garde à vue sont symptomatiques. Alors que l'ensemble des droits, droit à faire prévenir un proche ou un employeur, droit à être examiné par un médecin, droit à l'assistance d'un avocat, sont définis dans des dispositions particulières indépendantes du texte imposant une signification obligatoire, il n'en est rien pour le droit de se taire, cantonné à l'article 63-1 du Code de procédure pénale qui dresse l'inventaire des droits à signifier. En outre, le non-respect de l'obligation de signification des droits

⁵⁹ CPP, art. 63-1, 3°.

⁶⁰ CPP, art. 78-5 qui prévoit des peines de trois mois d'emprisonnement et 3750 euros d'amende. V. égal. l'article 78-6 CPP qui impose à un contrevenant, sous peine de sanction pénale, de demeurer à la disposition de l'agent de police judiciaire, le temps de la décision d'un officier de police judiciaire.

⁶¹ 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.

⁶² CJCE 18 oct. 1989, *Orkem*, Rec. CJCE, p. 3283 ; D. 1990, somm. 113, obs. C. Galvada.

conduit à une nullité dont l'étendue est régulièrement limitée par le juge⁶³. Il y a là des raisons de douter, qu'en droit français, le droit de se taire soit conçu véritablement comme un droit –créance. L'approche du Conseil constitutionnel n'était guère différente avant une décision du 4 novembre 2016 qui marque un tournant dans la reconnaissance constitutionnelle de ce droit⁶⁴. Le conseil avait déjà reconnu le droit de ne pas s'auto-incriminer, découlant de l'article 9 de la Déclaration de 1789 (présomption d'innocence)⁶⁵, il avait encore énoncé, dans des décisions, le droit de se taire, mais sous le seul prisme de sa signification⁶⁶. La décision du 4 novembre 2016 traduit donc la consécration non équivoque d'un véritable droit processuel. Le Conseil constitutionnel a une nouvelle occasion d'en affiner la portée, la Cour de cassation lui ayant très récemment transmis une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article 434-15-2 du code pénal qui contraint, sous menace de sanctions pénales, une personne suspectée dans le cadre d'une procédure pénale à remettre aux enquêteurs la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit. Cette disposition paraît bien de nature à contredire le droit de ne pas s'auto-incriminer⁶⁷.

Au-delà de la signification du droit de garder le silence, on perçoit dans la directive européenne un changement de paradigme très important dans cette phase policière : ce n'est plus le seul critère classique de la contrainte qui déclenche les droits de la défense, mais aussi l'apparition des charges c'est-à-dire d'une accusation, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. L'avancée est remarquable. La signification du droit de se taire est donc pleinement consacrée et s'impose aux enquêteurs lors des auditions dites libres en faveur de la personne auditionnée sans contrainte, que les charges existent dès le début de l'audition ou qu'elles apparaissent en cours d'audition⁶⁸. Naturellement, elle s'impose encore lors de la garde à vue⁶⁹, lors de l'exécution des

⁶³ V. not., Crim., 27 mai 2014, AJ Pénal 2014, p. 490, obs. C. Renaud-Duparc : la régularité du procès-verbal, récapitulatif du déroulement de la garde à vue, n'est pas affectée par l'absence de notification des droits aux personnes faisant l'objet de la mesure.

⁶⁴ Cons. const., 4 nov. 2016, n° 2016-594 QPC (inconstitutionnalité de l'article 153, al. 3, *in fine*, CPP qui précisait que le fait que les personnes gardées à vue aient été entendues après avoir prêté serment ne constitue pas une cause de nullité de la procédure), AJ Pénal 2017. 27, obs. P. de Combles de Nayves et E. Mercinier.

⁶⁵ Cons. const. 2 mars 2004, n°2004-492 DC, RSC 2004. 725, obs C. Lazerges ; D. 2004. 2756, obs. B. de Lamy

⁶⁶ V. not., Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC (§ 28).

⁶⁷ Crim., 10 janv. 2018, n° 17-90. 019. La décision du conseil constitutionnel devrait être rendue le 21 mars 2018.

⁶⁸ CPP, art. 61-1 et 62.

⁶⁹ CPP, art. 63-1. Il a été jugé récemment qu'en l'absence de raisons impérieuses, tenant aux circonstances de l'espèce, les enquêteurs ne peuvent recueillir les déclarations spontanées d'une personne gardée à vue dans un procès-verbal sans procéder à une audition dans le respect des règles légales l'autorisant à garder le silence et à être assistée par un avocat, v. Crim. 25 avr. 2017, n° 16-87.518, AJ Pénal 2017.352, obs. D. Brach-Thiel. De plus, la garde à vue ne doit pas davantage être un moyen de surprendre les aveux : la sonorisation d'une cellule

commissions rogatoires au cours de l’instruction préparatoire⁷⁰. Cette signification doit encore être faite directement par le juge d’instruction lors de la première audition du témoin assisté⁷¹ ou encore lors de l’interrogatoire de première comparution du mis en examen⁷². L’obligation de signifier le droit de se taire ne se cantonne pas à la phase de mise en état du dossier. En effet, le procureur de la République est astreint à cette obligation de signification lorsque la personne est déférée devant lui⁷³. Enfin, devant les juridictions de jugement, tribunal correctionnel⁷⁴ et Cour d’assises⁷⁵, le président (ou un assesseur devant le tribunal correctionnel) doit également signifier au prévenu ou à l’accusé son droit, au cours des débats, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire.

Le droit de se taire est signifié – martelé - dans toutes les phases de la procédure. Cela ne lui confère pas pour autant un caractère absolu. D’une part, il est toujours possible à tous les stades de la procédure d’y renoncer. D’autre part, il 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 de tissus corporels en vue d’une analyse de l’ADN⁷⁶.

De plus, comme cela a déjà été constaté, la signification du droit de se taire obéit à une chronologie précise : avant de signifier au suspect ou au prévenu qu’il peut se taire, il doit lui être signifié qu’il dispose du droit de faire des déclarations et du droit de répondre aux questions qui lui sont posées. Ce choix dans l’ordre des mots et des actions possibles n’est pas anodin. Il atteste des hésitations du législateur, tiraillé entre la culture de l’aveu et la nécessité de se conformer aux exigences

de garde à vue est un procédé déloyal qui porte atteinte au droit de se taire et de ne pas s’auto-incriminer, v. Cass., ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 2015. 1738, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2015. 362, note C. Girault ; RSC 2015. 117, obs. P.-J. Delage. En revanche, la sonorisation d’une cellule d’une personne en détention provisoire ne l’est pas, v. Crim., 17 mars 2015, AJ Pénal 2015. 552, note G. Roussel.

⁷⁰ CPP, art. 154.

⁷¹ CPP, art. 113-4. Il ne fait aucun doute que le témoin assisté bénéficie de ce droit, ce qui ne règle pas la difficulté pour le témoin ordinaire, qui n’est pas accusé, au sens de la convention européenne et qui doit prêter serment (CPP., art. 103). La qualité de témoin devant le juge d’instruction demeure un problème non résolu, notamment au regard de l’article 105 CPP : v. C. Guéry, Le juge d’instruction et le suspect, AJ Pénal 2017. 384. Sur le serment, v. *infra*.

⁷² CPP, art. 116, al. 4. Pour une espèce antérieure à la loi du 27 mai 2014, v. Crim., 4 juin 2014, AJ Pénal 2014, p. 589, obs. G. Royer.

⁷³ CPP, art. 393.

⁷⁴ CPP, art. 406.

⁷⁵ CPP, art. 328.

⁷⁶ CEDH Gr. ch., 17 déc. 1996, *Saunders c./ Royaume-Uni*, préc. V. CPP, art. 706-54 à 706-56-1-1, concernant le fichier national automatisé des empreintes génétiques. Sur la question du droit au respect de la vie privée, v. *infra*.

européennes. Le législateur exprime-t-il une crainte infondée, irrationnelle, empreinte de conservatisme lié à des siècles de mise en œuvre d'une procédure de type inquisitoire ? Fait-il, au contraire, preuve de prudence face à un risque éventuel de bouleversement de l'équilibre du procès pénal, sachant que les anglais, cédant aux sirènes de l'utilitarisme, ont eux-mêmes renoncé à faire produire au privilège tous ses effets passés ?

II Les incidences du droit de se taire sur le procès pénal

Le droit de se taire suscite de nombreuses interrogations dans un système procédural de tradition inquisitoriale dans lequel la parole, l'aveu ont conservé une place importante. Le droit de se taire conduit irrémédiablement à désacraliser l'aveu (A). Il favorise, en outre, l'objectivation de la preuve (B).

A) La désacralisation nécessaire de l'aveu

L'ensemble des auditions, interrogatoires, débats ont pour objet une prise de parole du suspect, du prévenu ou de l'accusé, qui doit s'expliquer sur les faits, son implication, sa présence sur les lieux, ses mobiles éventuels... C'est dire que sa collaboration est attendue. Partant, le fait d'imposer tout au long de la procédure la signification du droit de se taire bouleverse la conception classique du procès pénal, dès lors que le silence rend quasiment sans objet ces auditions et ces interrogatoires. Plus précisément, il devrait les rendre sans objet, en interdisant aux enquêteurs et aux juges de prolonger les questions, dès lors que le droit au silence est invoqué. L'autorité policière et judiciaire se trouve, en apparence, démunie parce que le modèle procédural tend toujours et inexorablement vers l'aveu ou, pour le moins, vers une collaboration de la personne poursuivie. La pleine intégration du droit de se taire dans le procès pénal français implique de désacraliser la parole et l'aveu, non seulement dans l'émergence d'une vérité – réalité -, mais encore impose de relativiser la reconnaissance des faits dans l'acceptation supposée, par l'accusé, de sa responsabilité⁷⁷.

Or, il est permis de le faire, à l'aune de plusieurs études selon lesquelles le déni ou la reconnaissance partielle des faits constitueraient des ressorts psychologiques à part entière, une construction de défense de l'esprit. À ce sujet, des articles récents consacrés au déni chez les auteurs d'agressions sexuelles sont particulièrement pertinents pour le sujet qui nous occupe. Les auteurs, psychologues, invitent à repenser la place et l'importance accordée au déni ou à la reconnaissance des faits, « *alors que le déni n'est pas clairement lié au risque de récidive et que sa place n'est pas centrale dans la prise en charge tant thérapeutique que socio-éducative (données pourtant diffusées depuis de*

⁷⁷ Sur ce point, v.not., M. Foucault, op. cit., loc. cit.

*nombreuses années) »⁷⁸. De plus, d'un point de vue victimologique, contrairement à une conception sociale solidement ancrée, il ne serait pas établi que la reconnaissance des faits par l'auteur permette à la victime de restaurer son image. Bien au contraire, « *cette attente fait perdurer cette relation d'emprise de l'auteur sur la victime : comme si lui seul pouvait lui donner ce statut. Or, seule la justice, ce tiers nécessaire, devrait le lui accorder, et ce en la possible absence de reconnaissance des faits par l'auteur* »⁷⁹.*

Un autre moyen de désacraliser l'aveu, d'en relativiser l'importance, est de se tourner vers la procédure accusatoire, sans sous-estimer ses paradoxes. Aux États unis, bien que les suspects aient le droit de garder le silence, une grande majorité d'entre eux renoncent à ce droit⁸⁰, alors même que contrairement au droit français, s'ils décident de parler, ils prêtent serment et s'exposent donc à des poursuites pénales pour parjure. Un constat similaire peut-être dressé au Royaume-Uni, où le privilège est très loin d'être systématiquement invoqué. Dès lors, le droit de se taire ne conduit pas de façon systématique au mutisme des suspects. Toutefois, il faut convenir que le système pénal américain est très différent du modèle français au regard de l'importance de la procédure négociée. Dès lors que plus de 90% des affaires font l'objet d'une procédure négociée, la parole du prévenu devient beaucoup moins importante et l'objet de la procédure n'est plus la recherche, à tout prix, de la vérité : l'objectif est simplement de mettre en accord le prévenu et la vérité-judiciaire, et non pas nécessairement la vérité des faits, la vérité-réalité. L'objectif n'est donc pas le même que dans une procédure inquisitoire, dans laquelle on se donne depuis toujours l'illusion que l'aveu peut permettre d'accéder à la vérité des faits. L'objectif est différent alors même que, le paradoxe est remarquable, la procédure américaine négociée repose sur un aveu. Certes, il s'agit d'un aveu marchandé, au sens du *plea bargaining*, qui peut éventuellement précéder le *guilty plea*, c'est-à-dire le plaider coupable, mais il s'agit d'un aveu malgré tout. Par conséquent, dans une procédure accusatoire qui, par principe, ne se fonde pas de façon obsessionnelle sur l'aveu et qui, par ailleurs, garantit pleinement le droit de se taire, on constate que l'immense majorité des jugements repose sur une reconnaissance de culpabilité. Ils se fondent donc sur un aveu, sans qu'il soit indispensable de vérifier qu'il coïncide avec la vérité-réalité. La paix sociale n'implique pas la découverte de la vérité : la reconnaissance d'une culpabilité et donc l'identification d'un coupable garantissent cet objectif.

⁷⁸ O. Vanderstukken et Th. Pham, Déni ou reconnaissance des faits chez les auteurs d'agression sexuelle : traitements et récidive en question, AJ Pénal 2014, p. 343 ; v. égal. des mêmes auteurs, Déni chez les auteurs d'agression sexuelle : perspectives théoriques et typologiques, AJ Pénal 2014, p. 288. V. égal., I. Dréan-Rivette, Le mensonge : la logique d'une économie psychocriminologique, AJ Pénal 2008. 122.

⁷⁹ O. Vanderstukken et Th. Pham, préc.

⁸⁰ Une étude menée en 1996 atteste que 78, 29 % des accusés américains, à cette époque, renonçaient au droit de se taire, v. Richard A. Leo, "Criminal Law : Inside the Interrogation Room", 86 J. Crim L. & Criminology 266 (1995-1996), spéc., p.276.

Inversement, en France, les procédures reposant sur la reconnaissance de culpabilité demeurent marginales et une défiance à leur égard est manifeste. Ainsi, l'aveu exprimé lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, doit être vérifié. En effet, le juge qui homologue la proposition de peine doit se comporter, en principe, comme un véritable juge du fond, tenu d'apprécier la vraisemblance de l'aveu. Par ailleurs, alors que toute la procédure tend vers l'obtention de l'aveu, l'article préliminaire du Code de procédure pénale interdit au juge de prononcer une condamnation sur le seul fondement d'un aveu passé par une personne qui n'aurait pas été assistée par un avocat. Un tel principe directeur semble avoir une portée différente des avertissements *Miranda* : ce qui est dit par un suspect américain, préalablement informé de son droit de garder le silence peut être utilisé comme élément à charge, alors même qu'il n'aurait pas bénéficié de l'assistance de son avocat au moment de sa prise de parole.

Désacraliser l'aveu et la parole c'est également relativiser la portée du mensonge et dénier le lien entre mensonge et droit de se taire. Le suspect, le prévenu, l'accusé ne prête pas serment de dire la vérité, dès lors, le fait de parler et de mentir ne peut être sanctionné pénalement. Le fait que le suspect ou l'accusé puisse mentir est tout sauf une nouveauté, c'est même une stratégie de défense qu'il semble difficile de balayer⁸¹. Pour autant, il ne s'agit pas de la conséquence du droit de se taire. Le droit de se taire évite au suspect de mentir, ce qui complique singulièrement la tâche du policier ou du juge, dès lors qu'en se taisant, le suspect ne ment pas. La critique du droit de se taire prend, dès lors, un relief particulier. En effet, au cours de la procédure, le Code de procédure pénale permet, lors de toutes les étapes et à de nombreuses reprises, aux autorités policières et judiciaires de confondre le suspect en s'appuyant sur ses mensonges ou ses altérations de la vérité. Mais pour ce faire, il doit parler, mentir, déformer les faits, se couper. Lorsque le suspect ne dispose que de la possibilité de se taire, il a tout intérêt à faire valoir ce droit. Cette défense est particulièrement évidente lorsqu'il n'a pas accès à l'intégralité du dossier, lors de la garde à vue. Héritage le plus manifeste de la procédure inquisitoire, secrète y compris pour la personne poursuivie, l'absence de communication de l'entier dossier au gardé à vue et à son avocat est de nature à amplifier singulièrement le recours au droit de se taire. Avant que l'avocat ait pu avoir accès aux pièces du dossier, cette stratégie de défense est pleinement compréhensible⁸². Par conséquent, si l'on souhaite libérer la parole en garde à vue, l'accès au dossier s'impose. La donne change au cours de l'instruction ou du jugement parce que, précisément, le niveau d'information du mis en examen, du prévenu ou de l'accusé est bien meilleur. Il devient alors difficile de soutenir que la stratégie du

⁸¹ V. not., F. Saint-Pierre, L'avocat et le mensonge, AJ Pénal 2008, p. 116.

⁸² La jurisprudence de la Cour européenne sur cette question demeure nébuleuse, v. D. Roets, obs. sous CEDH, 9 avr. 2015, n° 30460/13, A. T. c/ Luxembourg, RSC 2015. 736 ; AJ Pénal 2015. 380, obs. S. Lavric.

silence est la bonne, du moins si le dossier contient de solides éléments de preuve à charge. Contrairement aux précisions de la Cour européenne, la loi française ne donne aucune indication s'agissant de la valeur probante du silence⁸³. Il s'agit d'une question fondamentale puisque les conséquences que le juge peut tirer du silence sont de nature à remettre en cause l'effectivité du droit de se taire et à lui dénier la qualité de véritable droit-créance⁸⁴. La question se dédouble : le droit au silence interdit-il au juge de le prendre en considération pour fonder la condamnation ? Le droit au silence fait-il obstacle à tout commentaire de l'autorité de poursuite ou de la juridiction de jugement sur le choix de l'accusé de conserver le silence ? Aucun système de preuve morale, qu'il soit fondé sur l'intime conviction ou l'absence de doute raisonnable, ne peut empêcher le juge de tirer des conséquences intuitives et conclusives du silence. Alors même que le silence peut être interprété comme un aveu⁸⁵, il n'est pas possible de mesurer l'impression du silence sur la raison du juge, tenu au silence et au recueillement pour se forger son intime conviction⁸⁶. L'obligation de motivation des décisions ne règle en rien cette difficulté et ne permet pas de faire parler le juge sur le silence de l'accusé. La seule certitude est qu'une condamnation ne saurait reposer, à défaut de preuve, sur le seul silence de l'accusé, l'intime conviction impliquant la production de preuves⁸⁷. De plus, il est très difficile de s'écarter de la conception utilitariste : il est solidement ancré dans les esprits que le silence est le mode de défense des voyous. Ni la loi, ni la jurisprudence de la Cour européenne ne font obstacle à cette conception utilitariste, bien au contraire⁸⁸. En outre, aucune précision n'est donnée s'agissant des commentaires qui pourraient être tirés du silence, contrairement aux solutions retenues en droit américain ou canadien. Sur ce point, en Grande-Bretagne, le recul du droit de se taire, conséquence du *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, est évident dès lors que sont énumérées « *les déductions que les juges et le jury peuvent faire, en vertu du bon sens, à propos du silence averti du suspect interrogé par la police* »⁸⁹. Par conséquent, la stratégie du silence au cours de la phase du jugement paraît particulièrement risquée.

La stratégie du mensonge ne donne pas de meilleures garanties alors même que le menteur n'encourt pas de sanction. À l'instar du droit anglo-saxon et dès lors que l'accusé renoncerait à son droit de se taire, il serait envisageable de lui imposer de déposer sous serment, l'exposant à

⁸³ V. not., D. Chalus, préc., p. 360.

⁸⁴ *Contra*, v. Ngah Noah M., préc. spéc., § n° 51.

⁸⁵ V. not. R. Dulong, « Le silence comme aveu et le « droit au silence » », *Langage et société*, 2000/2 (n° 92), p. 25-44. DOI : 10.3917/lis.092.0025. URL : <https://www.cairn.info/revue-langage-et-societe-2000-2-page-25.htm>

⁸⁶ Art. 353, al. 2 C. pr. Pén.

⁸⁷ Art. 427, al. 2 C. pr. pén.

⁸⁸ V. not., *John Murray*, préc., § 47 ; CEDH 1^{er} juin 2017, *Zschüschen c/ Belgique*, n° 23572/07 : La convention n'interdit pas de prendre en compte le silence d'un accusé pour conclure à sa culpabilité, sauf si sa condamnation se fonde exclusivement ou essentiellement sur son silence.

⁸⁹ V. not., C. Girard, préc., p. 122.

d'éventuelles sanctions pénales en cas de faux témoignage. Pour autant, il est bien évident que le serment n'empêche pas le mensonge. Alors même que les sanctions pour faux témoignage sont lourdes⁹⁰, le risque pénal est plus conséquent s'agissant d'un délit grave et *a fortiori* d'un crime. Il demeure que le droit de se taire ne fait pas, techniquement, obstacle à la pénalisation du mensonge de l'accusé, sous réserve de lui imposer un serment, s'il fait le choix de parler. Pour autant, à cette faisabilité technique, on pourrait objecter que les droits de la défense passent avant l'exigence de vérité-judiciaire parce qu'ils assurent la légalité d'un système procédural dans un état de droit et que le mensonge relève de l'exercice des droits de la défense⁹¹. Par ailleurs, alors que le juge peut prendre en considération le silence, il est bien évident qu'il a les moyens de faire produire des effets au mensonge lorsqu'il se prononce sur la culpabilité et surtout sur la peine. Pour l'heure, seul le témoin est concerné par le serment : avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment « *de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité* »⁹². Les témoins sont tenus, non seulement de comparaître, mais également de déposer, sous peine de sanction⁹³. Or, la frontière entre simple témoin et suspect est parfois difficile à tracer : si des charges apparaissent à l'encontre du témoin ordinaire, nonobstant son serment, il devrait pouvoir invoquer le droit de se taire, pour éviter de s'auto-incriminer, sans craindre de sanction pénale, comme semble bien l'imposer la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Servès C/ France*. En effet, si la Cour ne voit pas d'objection à imposer une prestation de serment au témoin, au besoin par la menace une sanction pénale, elle reconnaît néanmoins à ce même témoin le droit de ne pas déposer, et donc de se taire, si le fait de parler peut l'incriminer.

La consécration du droit de se taire ne permet pas d'affirmer qu'un droit de mentir en serait devenu le corollaire. La stratégie du mensonge était concevable bien avant, elle le demeure aujourd'hui, ni plus, ni moins. La question de savoir s'il est devenu nécessaire, après la consécration du droit de se taire, de réprimer le mensonge, reste posée. À d'autres égards, le droit de se taire est susceptible de modifier la donne dans le procès pénal, notamment en favorisant l'objectivation de la preuve.

B) Une objectivation de la preuve

⁹⁰ L'article 434-13 du Code pénal prévoit une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

⁹¹ V. not., F. Saint-Pierre, préc.

⁹² CPP, art. 331 (Cour d'assises) ; CPP, art. 446 (Tribunal correctionnel).

⁹³ V. not., l'article 326 du Code de procédure pénale, applicable devant la Cour d'assises aux termes duquel, « *dans tous les cas, le témoin qui ne comparaît pas ou qui refuse soit de prêter serment, soit de faire sa déposition... peut être condamné à une amende de 3750 euros* ». V. égal., CPP, art. 438 (procédure correctionnelle).

Il est concevable que le droit de se taire conduise à un basculement des modes de preuve, en favorisant une sorte d'objectivation de la preuve, facilitée par la progression de la science⁹⁴. La notion de preuves scientifiques est désormais solidement ancrée en doctrine⁹⁵ et il est évident que le rôle de la police scientifique a considérablement progressé dans la mise en état du dossier pénal. En conséquence, la preuve scientifique a conquis les prétoires. La preuve génétique en constitue la meilleure illustration⁹⁶. Comme cela a été rappelé, le droit de se taire n'était pas absolu. La jurisprudence de la Cour européenne *Saunders C/ Royaume-Uni* permet au législateur d'organiser, sans porter atteinte au droit de se taire, les vérifications d'alcoolémie ou encore les prélèvements externes aux fins d'identification génétique. En principe, ces opérations impliquent le consentement de l'intéressé, mais les sanctions pénales encourues en cas de refus de coopérer limitent les possibilités de s'y opposer. De plus, les évolutions les plus récentes traduisent un renforcement significatif des dispositions régissant les prélèvements biologiques et les prélèvements externes, susceptibles de heurter les droits fondamentaux. L'extension systématique et sans précaution du fichier national automatisé des empreintes génétiques est à ce titre symptomatique d'une fuite en avant du législateur⁹⁷.

Une contradiction apparaît donc entre cette évolution et le droit de se taire : l'individu peut se taire, mais son corps peut en quelque sorte être contraint à parler contre son gré. Même si cela n'est pas une nouveauté, l'anthropométrie créée par Alphonse Bertillon datant de la fin du XIX^{ème} siècle, le corps humain est devenu un véritable théâtre d'investigation. À quoi bon sonder un esprit insondable et tenter de percer les mensonges de la personne alors que le corps humain est un livre ouvert sur la vérité, d'autant plus accessible que la preuve technique ou scientifique donnerait aujourd'hui des probabilités de certitude proches de 100%. L'expression « *faire parler l'ADN* », fréquemment employée notamment, par la presse, est symptomatique. Or, il s'agit d'une contre-vérité : l'ADN ne parle pas et ne rapporte jamais la preuve directe de l'infraction. L'ADN ne peut pas non plus, selon la quantité de matériel retrouvé, attester de la présence d'un individu sur les lieux, l'ADN d'un individu pouvant être transporté par un autre, par un objet⁹⁸. Il convient donc d'éviter que les acteurs du procès – le juge en tête - ne se laissent enfermer dans une approche

⁹⁴ Il ne sera pas fait état de la justice prédictive, sur cette question v. not Cassuto, « La justice à l'épreuve de sa prédictibilité », AJ Pénal, 2017, p. 334 ; A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, JCP G., 2017, doctr. 31.

⁹⁵ V. C. Ambroise-Castérot, La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne, RDSS 2008, p. 66.

⁹⁶ V. le dossier très récent consacré à la preuve génétique, AJ Pénal 2018, p. 59 et s.

⁹⁷ L'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas exclusive, de tels prélèvements mettent également à mal le droit au respect de la vie privée, v. not. CEDH 22 juin 2017, n° 8806/12, *Aycaguer c/ France*, AJDA 2017. 1311 ; AJ pénal 2017. 391, note V. Gautron.

⁹⁸ V. P. Reviron, L'avocat à l'épreuve de l'ADN, AJ Pénal 2018, p. 73.

purement technique, rationalisée de la preuve. L'intérêt de la preuve génétique est indéniable, mais il doit être relativisé, d'autant que son attrait est grand. En atteste la décision d'un juge d'instruction qui, se fondant sur l'article 81 du Code de procédure pénale, a ordonné une expertise des traces biologiques relevées sur les victimes. L'objectif était d'en extraire les données essentielles à partir de l'ADN et de fournir tous renseignements utiles relatifs au caractère morphologique apparent du suspect, ouvrant ainsi la porte au portrait-robot génétique⁹⁹. Après réflexion, le juge se ravise et dépose, ce qui est assez exceptionnel, une requête en annulation de sa propre ordonnance. À juste titre, il pouvait craindre d'être en contradiction avec les dispositions du Code civil qui limitent la recherche d'empreintes génétiques aux seules fins d'identification¹⁰⁰ et, de ce fait, d'encourir une sanction pénale¹⁰¹. L'examen des caractéristiques génétiques ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Sous-estimant le droit au respect de la vie privée, la chambre de l'instruction a pourtant rejeté la requête en annulation, dès lors que les dispositions du Code civil protègent le corps, mais non les éléments naturellement détachés du corps humain, comme c'est le cas en l'espèce, puisque les analyses ont été faites à partir de traces génétiques trouvées sur les victimes. De façon très contestable, la Cour de cassation a confirmé le raisonnement¹⁰², en l'absence même de fondement légal et en contradiction avec la position du Conseil constitutionnel¹⁰³. Loin de donner une preuve directement exploitable, le recours au portrait-robot génétique pourrait conduire à une stigmatisation des populations présentant les mêmes caractères génétiques¹⁰⁴.

L'impératif de prudence face au développement de la preuve scientifique, qui serait par nature irréfutable, est également de mise s'agissant des progrès des neurosciences. Pour l'heure, leur degré de fiabilité est contesté, ce qui conduira certainement à de nombreux débats avant d'admettre du moins à charge les neurosciences qui posent au-delà des difficultés probatoires des problèmes d'ordre éthique susceptibles de bouleverser la conception classique de la peine, en conférant au déterminisme une place de choix. Depuis le polygraphe, qui soulevait la question de sa conformité au respect la dignité, mais aussi au droit de ne pas s'auto-incriminer, de nouveaux procédés se sont

⁹⁹ À l'exception du marqueur relatif au sexe qui peut être exploité, les empreintes génétiques ne peuvent être réalisées qu'à partir de segments d'ADN, non codants. V. ens. CPP, art. 706-54, R. 53-13 et A. 38.

¹⁰⁰ C. civ., art. 16-10 et 16-11.

¹⁰¹ C. pén., art. 226-25.

¹⁰² Crim. 25 juin 2014, n° 13-87.493, D. 2014. 1453 ; AJ pénal 2014. 487, obs. C. Girault ; RSC 2014. 595, obs. J. Danet ; Dr. pénal 2014, n° 127, comm. M. Veron ; S. Cinamonti, Le profilage à l'épreuve du procès, RPDP 2015. 441-464 ; ; S. Sontag Koenig, ADN : vraie gène et faux gènes, bilan et évolution des techniques, Dr. pénal 2015. Étude 11 ; E. Vergès, Vers un portrait-robot génétique?, Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux, Revue des droits et libertés fondamentaux 2014. Chron. n° 25.

¹⁰³ V. not., C. Girault, Faut-il légiférer sur le portrait-robot génétique ? AJ pénal 2018. 63.

¹⁰⁴ V. V. Girault, obs. sous Crim. 25 juin 2014, préc. ; Les prélèvements de masse, les recoupements familiaux posent également question, v. le dossier préc., AJ Pénal 2018. 59.

développés, notamment en matière d'imageries cérébrales et reposant sur les réactions physiologiques de la personne testée¹⁰⁵. Les mêmes questionnements juridiques s'agissant de la délimitation de leur usage dans les procédures se posent ou se poseront inmanquablement qu'il s'agisse d'un usage à charge ou à décharge.

Le droit de se taire constitue un terreau favorable au développement des preuves objectivées, mais, en aucun cas, il n'en est à l'origine. La preuve scientifique n'a pas besoin du droit de se taire pour se frayer un chemin. De plus, il sera toujours très difficile de se passer de la parole, de l'aveu alors même que l'on pourrait douter de sa sincérité. La parole présentera toujours un réel intérêt dans le débat judiciaire, sous peine d'une déshumanisation préjudiciable du procès. Le droit de se taire conduit à un rééquilibrage en imposant de désacraliser l'aveu. Pour autant, le droit de se taire n'implique pas un mutisme définitif tout au long de la procédure. Il n'est absolument pas incompatible avec des aveux : il s'oppose simplement à des aveux extorqués et c'est déjà beaucoup.

Jean-François Dreuille

Maître de conférences HDR de droit privé et de sciences criminelles

Laboratoire CDDPOC, USMB

¹⁰⁵ V. P. Larrieu, La réception des neurosciences par le droit, AJ Pénal 2011. 231 ; M.-C. Sordino, Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience... ?, AJ Pénal 2014. 58.