



Gravité et preuve pénale (à la recherche des lois de la gravité)

Etienne Vergès

► To cite this version:

Etienne Vergès. Gravité et preuve pénale (à la recherche des lois de la gravité). Julie Alix; Audrey Darsonville. Gravité et droit pénal : [actes de colloque organisé à l'occasion du XXIVe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, 5-6 mars 2020, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, de l'Université de Lille], mare & martin, pp.205, 2021, Droit privé & sciences criminelles, 978-2-84934-582-5. <hal-04922359>

HAL Id: hal-04922359

<https://hal.science/hal-04922359v1>

Submitted on 31 Jan 2025

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.



HAL Authorization

Gravité et preuve pénale

(à la recherche des lois de la gravité)

ETIENNE VERGES

Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Citer cet article : Etienne Vergès. « Gravité et preuve pénale (à la recherche des lois de la gravité) ». J. Alix, A. Darsonville (dir.). <i>Gravité et droit pénal</i> , Mare et Martin, pp.205, 2021
--

La gravité n'apparaît pas, à première vue, comme un élément clef de la théorie de la preuve pénale, laquelle est classiquement organisée autour des principes relatifs à la charge de la preuve, à la liberté et à la licéité des preuves. Les manuels de procédure pénale ne sont pas structurés autour de ce critère, pas plus que l'on enseigne aux étudiants que le régime des preuves dépend de la gravité. Aussi, lorsque l'on s'interroge sur l'impact du critère de gravité sur la recherche, la production et l'appréciation des preuves dans le procès pénal, il est nécessaire de plonger dans les profondeurs des textes et de la jurisprudence. La gravité apparaît alors de façon sporadique et dispersée, mais elle est bien présente. On la trouve dans le contentieux des présomptions de culpabilité, dans celui des preuves intrusives ou des fichiers utilisés à des fins probatoires. De même, si l'on scrute le Code de procédure pénale avec attention, la gravité apparaît en filigrane. Elle dessine des courbes qui relient les infractions aux preuves. Dès lors, on constate que la gravité s'immisce un peu partout dans l'univers de la preuve pénale, sans apparaître de façon flagrante, mais en exerçant une influence réelle et mesurable sur leur régime.

Partant de ce constat, il faut partir à la recherche des lois de la gravité, c'est-à-dire établir la nature des liens qui s'établissent entre la gravité et le droit de la preuve. Pour cela, il faut commencer par identifier les objets qui peuvent être évalués selon une échelle de gravité. On est alors confronté à un écueil. La gravité navigue d'un objet à l'autre et elle ne se mesure pas toujours au moyen d'un indicateur chiffré. Le cas le plus simple est celui de la gravité des infractions, qui peut être évaluée selon le critère de la peine encourue. Cet indicateur permet de connaître la valeur sociale que le législateur attribue à l'intérêt protégé par le texte d'incrimination ou par les circonstances dites « aggravantes ». La gravité peut encore être comptabilisée lorsqu'un mode de preuve se mesure quantitativement. On peut ainsi compter le nombre de jours de garde à vue et considérer

que la gravité de la mesure s'accroît au fil des jours qui s'écoule. La gravité porte alors sur un tout autre objet. Il s'agit de la contrainte qui s'exerce sur le suspect. On évalue ainsi la gravité de l'atteinte à la liberté que constitue la garde à vue. De façon plus ambiguë, la gravité s'exprime parfois sans que l'on puisse l'évaluer

en se référant à un indicateur chiffré. Ainsi, une perquisition de nuit est plus grave qu'une perquisition effectuée entre 6 h et 21 h, car elle porte une atteinte plus grande à la vie privée. On parlera alors de la gravité de l'intrusion. Cette gravité est plus ou moins élevée, mais doit être mesurée par une opération de comparaison. On considère alors que telle mesure est plus grave qu'une autre. La CEDH en offre un exemple à propos de la géolocalisation dans son arrêt *Uzun*¹ en affirmant qu'« il y a lieu de distinguer, de par sa nature même, la surveillance par GPS d'autres méthodes de surveillance par des moyens visuels ou acoustiques qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée, car elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet ». Dans ce motif, les mots remplacent les chiffres. On y lit que certains modes de preuve portent « davantage » atteinte au droit au respect de la vie privée que d'autres modes de preuve, ou encore qu'ils révèlent « plus » d'informations. Cet exercice de comparaison, qui s'exprime sous une forme qualitative (« plus grand que » ou « plus petit que »), constitue une autre technique de mesure de la gravité. Moins précise, elle est aussi plus fréquente en procédure pénale, tant dans les textes qu'en jurisprudence.

À partir de ces différents objets de gravité et de ces différents outils de mesure de la gravité, il est possible d'identifier trois grandes lois, qui s'expriment avec plus ou moins de clarté et peuvent s'énoncer ainsi :

Première loi : la gravité de l'enjeu constitue une variable obscure de la charge de la preuve

Deuxième loi : la gravité de l'infraction constitue une variable déterminante de l'atteinte à un droit fondamental

Troisième loi : La gravité de la preuve constitue une variable du déclenchement du contrôle judiciaire

Chacune de ces lois traduit une tendance générale, mais non absolue. Comme toutes lois humaines, ces lois de la gravité comportent des zones d'ombres et des éléments perturbateurs, que nous tenterons de mettre en évidence en les examinant une à une.

I. Première loi : la gravité de l'enjeu, une variable obscure de la charge de la preuve

La charge de la preuve pénale, dominée par le principe de la présomption d'innocence, est parsemée de mécanismes présomptifs qui apparaissent à la fois dans les raisonnements tenus par les juges répressifs, et dans certains textes².

1. CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c. Allemagne*, Requ. n° 35623/05, § 52.

2. A. Darsonville, *La preuve renversée : l'explosion des présomptions*, in, *Les transformations de la preuve pénale* (dir. B. Beauvais, R. Parizot), LGDJ, 2018.

Ces présomptions de culpabilité constituent inévitablement des atteintes à la présomption d'innocence et, à ce titre, elles sont étroitement encadrées par la CEDH et le Conseil constitutionnel. Ces juridictions se fondent sur le critère de la gravité de l'enjeu pour exercer leur contrôle. Ainsi, dans son arrêt de principe *Salabiaku*³, la Cour européenne affirme que les États, s'ils peuvent avoir recours à des présomptions de fait ou de droit, doivent « *les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* ». Ce critère de « gravité de l'enjeu », explicitement énoncé par la CEDH, n'est pourtant pas mis en application de façon très claire. En particulier, la question se pose de savoir si les présomptions de culpabilité sont admises dans les contentieux d'une certaine gravité, qui nécessitent d'avoir recours à de telles facilités probatoires pour déjouer les techniques de dissimulation des réseaux criminels, ou au contraire s'il n'est possible d'y avoir recours que lorsque l'enjeu – qui s'entend ici en termes de sanction – est de faible gravité.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt *Salabiaku*, les poursuites concernaient un délit douanier d'importation en contrebande de marchandises prohibées pour lequel le requérant avait été condamné en France à une peine de deux ans d'emprisonnement, une amende de cent mille francs ainsi qu'une interdiction définitive de territoire français. La condamnation fut prononcée sur le fondement de l'article 392 du Code des douanes qui institue une présomption permettant de considérer que « le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude ». En l'espèce, monsieur Salabiaku avait pris possession d'une malle dans un aéroport qui s'était avérée, après son ouverture par la douane, contenir dix kilos de résine de cannabis. L'infraction présentait une certaine gravité et la peine prononcée était elle-même sévère. On pouvait donc penser que le critère de gravité de l'enjeu devait s'entendre de la gravité des faits. En d'autres termes, plus les faits pouvaient s'avérer graves, plus le recours aux présomptions se trouvait justifié.

Toutefois, cette interprétation a dû être remise en cause lorsque le contentieux des présomptions de culpabilité a été porté devant le Conseil constitutionnel. Tel fut le cas une première fois à propos des présomptions instituées par le Code de la route à l'encontre du titulaire du certificat d'immatriculation. Ce dernier est « redevable pécuniairement de l'amende encourue » pour certaines contraventions routières, même lorsqu'il n'a pas été prouvé qu'il était le conducteur du véhicule qui a matériellement commis l'infraction. Ainsi, le titulaire du certificat d'immatriculation doit subir les conséquences pénales de l'infraction, et notamment l'obligation au paiement de l'amende, sur le fondement d'une présomption. Ce mécanisme a été soumis au Conseil constitutionnel et celui-ci a considéré « *qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne*

3. CEDH, *Salabiaku* contre France 07/10/1988 requ. n° 10519/83, § 28.

revêtent pas de caractère irréfragable »⁴. Sans utiliser explicitement le critère de gravité, le Conseil a tout de même précisé que les présomptions étaient tolérées, « notamment en matière contraventionnelle », ce qui suggère que la faiblesse de l'enjeu constituerait ici un élément de son contrôle de proportionnalité. Il faudrait alors comprendre de cette décision que les présomptions de culpabilité ne sauraient être tolérées lorsque la gravité de l'infraction dépasse un certain seuil. Cette interprétation a été confirmée par une décision rendue dix ans plus tard à propos du délit de contrefaçon. Cette décision concernait la loi dite « Hadopi 1 »⁵ qui instituait un mécanisme complexe permettant de présumer que le titulaire d'un abonnement d'accès à Internet était l'auteur des actes de contrefaçon qui résultaient de téléchargement illégal de fichiers protégés par le droit d'auteur qui transiteraient par son accès Internet. Pour renverser cette présomption, le titulaire devait établir que les actes de contrefaçon procédaient de la fraude d'un tiers, c'est-à-dire concrètement que sa ligne avait été piratée. Cette présomption de culpabilité a été censurée par le Conseil constitutionnel au motif qu'elle pouvait « *conduire à prononcer (contre le titulaire de l'abonnement) des sanctions privatives ou restrictives de droit* ». Autrement dit, la gravité des sanctions encourues, liée à la gravité de l'infraction elle-même, a justifié la censure du mécanisme présomptif.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel semble être inversé au regard de celui tenu par la CEDH. Pour le premier, la gravité des faits et de la sanction accentue la disproportionnalité alors que pour la seconde, cette même gravité accroît la proportionnalité. La « gravité de l'enjeu » constitue bien un critère utilisé par les deux juridictions, mais le rôle joué par ce critère est obscur tant il paraît contradictoire.

La limite de cette comparaison tient à diversité des présomptions qui ont été examinées. Pour vérifier qu'il existe bien une contradiction d'interprétation, il aurait été intéressant que la présomption issue du Code des douanes soit examinée par le Conseil constitutionnel. En effet, en 1992, reprenant les termes de l'arrêt *Salabiaku*, la Cour de cassation avait eu recours au critère de « gravité de l'enjeu » pour justifier la licéité de la présomption douanière au regard du principe de la présomption d'innocence⁶, mais lorsque la question de sa constitutionnalité fut soulevée devant elle sous la forme d'une QPC, la juridiction judiciaire refusa de la transmettre au juge constitutionnel au motif qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux⁷. Dans cet arrêt, la Cour de cassation abandonnait le critère central de gravité pour affirmer que la présomption était justifiée par « la nature particulière des délits douaniers ».

4. Cons. const., déc. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, cons. 5.

5. CC Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

6. Cass. crim. 10 févr. 1992, n° 90-83278.

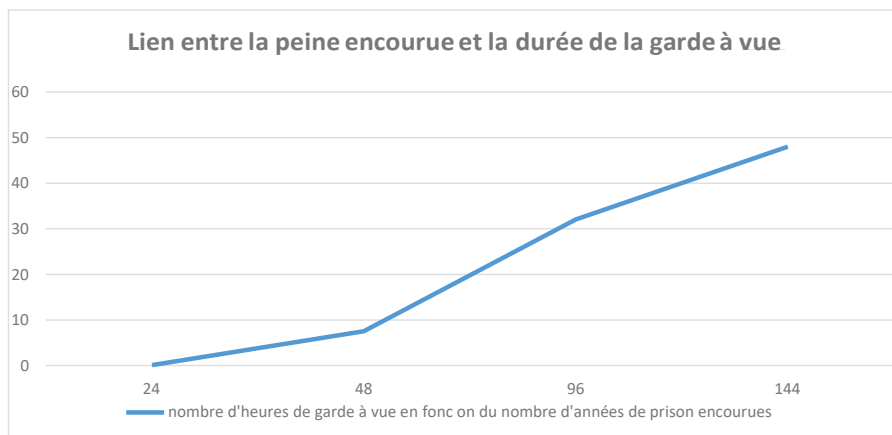
7. Cass. crim. 14 juin 2017, n° 16-86.364.

En définitive, la confusion règne lorsqu'il s'agit de comprendre quel rôle joue le critère de gravité dans le régime des présomptions de culpabilité et il n'est d'ailleurs pas certain que ce critère prenne une part déterminante dans le raisonnement des juges, lesquels examinent avec une attention soutenue le caractère réfragable de la présomption et les éléments permettant de vérifier que les droits de la défense ont été respectés. Cette loi de la gravité demeure, encore aujourd'hui, assez énigmatique. Tel n'est pas le cas de la deuxième loi.

II. Deuxième loi : La gravité de l'infraction, une variable déterminante de l'atteinte à un droit fondamental

Cette loi peut s'exprimer avec clarté : plus l'infraction est grave, plus la technique probatoire peut porter atteinte à un droit fondamental (la liberté, la vie privée, les droits de la défense) ou à un principe fondamental du procès (la publicité de la justice). Les illustrations sont nombreuses, même si elles méritent parfois d'être nuancées.

On en trouve d'abord dans les textes. Tel est le cas, par exemple, du lien qui s'établit entre la peine encourue et la durée de la garde à vue.



Le graphique ci-dessus présente en abscisse la durée de la garde à vue autorisée par le Code de procédure pénale en fonction de la variable inscrite en ordonnée qui correspond à la peine encourue. La durée de 24 heures est ouverte pour toutes les infractions punies d'une peine d'emprisonnement. La courbe débute donc juste au-dessus de la valeur 0. La durée de 48 h concerne des infractions qui s'échelonnent entre la première valeur (un peu plus de 0) et la valeur supérieure, c'est-à-dire celle relative à la criminalité organisée (CPP art. 706-73) pour laquelle la peine encourue minimale est de 15 ans de réclusion criminelle. La peine moyenne encourue pour la garde à vue de 48 h est donc

fixée approximativement à 7,5 années. La peine encourue pour la garde à vue de 96 h est plus délicate à déterminer. Elle s'étale du minimum prévu pour les infractions de l'article 706-73 jusqu'à la perpétuité. Pour éviter de retenir une valeur infinie, correspondant à une perpétuité fictive, on choisit ici une valeur abstraite de 50 années. La moyenne entre les deux peines extrêmes est alors de 32,5 années. Enfin, la garde à vue de 144 h est réservée aux infractions terroristes. Pour ces infractions, la circonstance aggravante de terrorisme conduit généralement à multiplier la peine encourue par 1,5. La valeur moyenne abstraite de la peine encourue peut donc être évaluée à 48,75 années.

Ces valeurs abstraites, qui ne correspondent pas aux peines prononcées, et qui sont définies approximativement, rendent tout de même compte d'un phénomène qui se perçoit de façon intuitive et que le graphique permet d'illustrer. Ainsi, plus la peine encourue est élevée, plus la durée maximale de la garde à vue s'accroît. Une corrélation significative est alors établie entre la gravité de l'infraction et le degré de l'atteinte à la liberté de la personne suspectée.

Ce type de corrélations se retrouve lorsqu'il s'agit de mettre en relation la gravité de l'infraction et la possibilité d'avoir recours à des techniques probatoires intrusives. On peut alors montrer (cf. tableau ci-dessous) que plus l'infraction est grave, plus le nombre de techniques intrusives à la disposition des enquêteurs s'accroît et plus le degré d'intrusion augmente lui aussi.

Gravité de l'infraction	Type de preuve autorisé
Crimes et délits (tous)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perquisitions ▪ réquisitions
Peine encourue 3 ans	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Interceptions de correspondances (durant l'instruction uniquement) ▪ Géolocalisation ▪ Perquisition sans assentiment en enquête préliminaire
Criminalité organisée	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Perquisitions de nuit ▪ Interceptions de correspondances durant l'enquête ▪ Accès aux courriels stockés sur un serveur ▪ Captation de données informatiques ▪ Sonorisation / fixation d'image ▪ IMSI <i>catcher</i> ▪ Infiltration

La colonne de gauche classe les infractions en fonction du critère de gravité et celle de droite indique les techniques probatoires intrusives qui peuvent être utilisées. Pour l'ensemble des crimes et délits, les preuves intrusives demeurent

limitées dans le code de procédure pénale. Le socle commun est ainsi constitué des perquisitions et réquisitions (notamment celles qui portent sur la communication d’informations). Au fur et à mesure que le seuil de gravité de l’infraction augmente, la liste des modes de preuves intrusifs s’enrichit. Ainsi, lorsque la peine encourue est de trois ans, les enquêteurs peuvent avoir recours à des géolocalisations ou à des interceptions de correspondance. Par ailleurs, en franchissant ce seuil, les perquisitions sans consentement sont étendues à l’enquête préliminaire, ce qui signifie que ce mode de preuve intrusif devient également plus contraignant. Le degré d’atteinte aux droits fondamentaux s’élève. Enfin, les infractions de criminalité organisée, dont on a vu plus haut qu’elles étaient, dans leur ensemble, marquées par un haut degré de gravité, ouvrent encore la liste des modes de preuves, et notamment des techniques spéciales d’enquête dont le caractère intrusif est également plus marqué (sonorisations, fixations d’image, captation de données informatiques etc). Par ailleurs, de degré d’intrusion s’élève également pour les modes des preuves qui figurent sur les listes précédentes. Par exemple, les perquisitions peuvent avoir lieu de nuit, ou encore, les interceptions de correspondances sont étendues à l’enquête.

Ce lien entre gravité de l’infraction et degré de l’atteinte à un principe fondamental de la procédure pénale ne s’observe pas toujours, comme le montrent les régimes du témoignage. Il existe quatre régimes du témoignage qui dérogent plus ou moins aux principes généraux de la procédure et notamment à la publicité des débats ou aux droits de la défense. Ces régimes sont classés dans le tableau suivant.

Régime du témoignage	Domaine du témoignage
Droit commun	Toute infraction
Témoignage sous numéro (identité dissimulée au public)	3 ans au moins (CPP 706-62-1)
Témoignage à huis clos	crimes contre l’humanité, crime de disparition forcée, tortures et actes de barbarie, crimes de guerre, crime organisé (CPP art. 306-1), délit de guerre, délits organisés (CPP art. 400-1)
Témoignage anonyme (identité dissimulée aux parties)	3 ans au moins (CPP 706-58)

À l’audience de jugement, le témoignage est à la fois public et contradictoire. Le tableau montre que ces principes subissent des dérogations. Le témoignage sous numéro permet de dissimuler l’identité du témoin au public, tout en conservant le caractère public de l’audition. Le témoignage à huis clos déroge de façon plus

nette au principe de publicité, puisque le public est exclu de l'audition. Enfin, le degré de dérogation le plus élevé est atteint avec le témoignage anonyme, dont l'identité est dissimulée tant au public qu'aux parties portant ainsi une atteinte, au moins partielle, aux droits de la défense. En suivant la deuxième loi de la gravité, la gradation entre les différents régimes du témoignage devrait suivre la courbe de gravité des infractions, mais il n'en est rien. Ainsi, le témoignage sous numéro est-il prévu pour les mêmes catégories d'infractions que le témoignage anonyme. De plus, le témoignage à huis clos qui s'intercale entre le témoignage anonyme et le témoignage sous numéro est réservé à des catégories d'infractions particulièrement graves (crime contre l'humanité, de disparition forcée, criminalité organisée, etc.). La courbe ascendante des dérogations aux principes ne suit donc pas celle de la gravité des infractions. La loi de la gravité est ainsi rompue, ou du moins partiellement exclue pour certains modes de preuve, montrant ainsi l'inconstance du législateur à suivre les lois. Les hautes juridictions semblent, à cet égard, meilleures élèves.

Le lien entre gravité de l'infraction et de l'atteinte à un droit fondamental est scrupuleusement appliqué par la CEDH comme l'illustre la décision *M.K. c. France*⁸. Dans cette affaire, il s'agissait de statuer sur la conformité du fichier automatisé des empreintes digitales à l'article 8 de la Convention EDH. Ces empreintes pouvaient être conservées dans le fichier durant 25 années. Dans sa décision de condamnation, la Cour a observé que le décret qui instituait le fichier n'opérait aucune distinction selon la gravité des faits. Elle en a déduit que le droit français ne garantissait pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu. À la suite de cette condamnation, le décret a été réformé⁹ et la durée de conservation des empreintes suit une gradation de 10, 15 et 25 ans en se fondant sur plusieurs critères, dont celui de la gravité de l'infraction. La même atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée a été relevée à propos du fichier des empreintes génétiques¹⁰. La CEDH a constaté que la durée de conservation des empreintes était de 40 ans et qu'aucune différenciation n'était prévue en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction commise. Face à l'argument du gouvernement, qui invoquait que les infractions de l'article 706-55 CPP pouvant donner lieu à un prélèvement d'empreinte « présentaient toutes un certain degré de gravité », elle a rétorqué que dans l'espèce étudiée, le délit pour lequel était poursuivi le requérant consistait à avoir donné de simples coups de parapluie en direction de gendarmes et devait être comparée avec « *la gravité des faits susceptibles de relever des infractions particulièrement graves visées par l'article 706-55 du CPP, à l'instar notamment des infractions sexuelles, du terrorisme ou encore des crimes contre l'humanité ou de la traite des êtres humains* » (§ 43).

8. CEDH, 18 avr. 2013, *M.K. c/ France*, n° 19522/09.

9. Décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987.

10. CEDH 22 juin 2017, *Aycaguer c/ France*, n° 8806/12.

Le lien qui s'établit entre le temps de conservation dans un fichier des empreintes digitales ou génétiques et la gravité des infractions permet, une nouvelle fois, de mesurer de façon quantitative la loi de la gravité. La durée de conservation suit la courbe de la gravité des infractions. Toutefois, cette corrélation mathématique n'est pas toujours observable. Il faut parfois s'en remettre à des indicateurs qualitatifs. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'exigence de proportionnalité fondée sur le critère de gravité trouve à s'exprimer de diverses manières. Par exemple, la chambre criminelle juge qu'une mesure de vidéosurveillance sur la voie publique constitue une ingérence dans la vie privée qui présente « *par sa nature même, un caractère limité* »¹¹. Elle affirme encore qu'une géolocalisation « *exécutée pendant moins de quinze jours* » est une mesure proportionnée à l'importance des infractions en cours¹². Lorsqu'elle veut souligner la gravité de l'ingérence dans la vie privée constituée par le fait pour les OPJ de pénétrer dans le domicile d'un témoin par l'usage de la force, elle juge qu'« *une telle atteinte à la vie privée* » doit résulter de dispositions légales spécifiques et nécessite l'autorisation préalable d'un juge¹³. L'atteinte ne se mesure donc plus nécessairement de façon chiffrée, mais on comprend sans difficulté que certaines ingérences sont jugées faibles et d'autres fortes. La CEDH ne procède pas différemment lorsqu'elle compare les différentes techniques de géolocalisation. Elle distingue alors les méthodes qui permettent de géolocaliser *a posteriori* et celles qui permettent de géolocaliser en temps réel, les secondes étant « *davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne au respect de sa vie privée* »¹⁴.

La relation qui s'établit entre l'atteinte à un droit fondamental et la gravité de l'infraction est ainsi au cœur du rapport de proportionnalité qui est contrôlé par l'ensemble des juridictions, pour évaluer si l'ingérence des autorités dans ce droit est justifiée, et par conséquent licite. Mais la proportionnalité joue un autre rôle en matière probatoire. Elle lie alors la gravité de la preuve à l'intensité des garanties procédurales offertes à la personne mise en cause. La licéité de la preuve est alors déterminée par l'intervention de l'autorité judiciaire.

III. Troisième loi : la gravité de la preuve, une variable déterminante du contrôle judiciaire

La gravité de la preuve peut être définie comme l'atteinte que la preuve porte à un droit fondamental. On peut ainsi considérer que plus la technique probatoire est susceptible de constituer une ingérence dans un droit fondamental, plus la preuve doit être qualifiée de grave.

11. Crim. 11 déc. 2018, n° 18-82.365.

12. Cass. crim. 8 juillet 2015, n° 15-81.731.

13. Cass. crim., 22 févr. 2017, n° 16-82.412.

14. CEDH, Ben Faiza c. France, 3 févr. 2018, Requête n° 31446/12.

À partir de ce lien entre gravité de la preuve et atteinte à un droit, la troisième loi de la gravité peut être énoncée ainsi : plus la preuve est grave, plus l'exigence de contrôle judiciaire sur la procédure probatoire est forte.

Cette dernière loi de la gravité s'illustre dans de nombreux régimes du Code de procédure pénale s'agissant des preuves qui constituent des ingérences dans le droit au respect de la vie privée. En matière de géolocalisation, la mesure peut être autorisée par le procureur de la République pendant une période de 8 ou 15 jours consécutifs et au-delà de ce délai, elle doit l'être par le juge des libertés et de la détention (en enquête). Le contrôle de l'autorité judiciaire s'exprime ici d'une double manière. Dès le début de la mesure (premier seuil), l'autorisation est donnée par un magistrat du ministère public. Au-delà d'un certain délai (second seuil), elle nécessite l'autorisation d'un juge du siège. On retrouve un phénomène similaire avec les réquisitions en enquête préliminaire. Les réquisitions qui portent sur tout type d'information sont soumises à l'autorisation du procureur de la République. Lorsqu'elles sont plus intrusives et portent sur le suivi d'un historique de navigation internet, elles ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention¹⁵. Le code de procédure pénale contient de multiples exemples de modes de preuves qui mettent en évidence un mécanisme de protection à trois niveaux :

Niveau faible : l'OPJ est compétent pour rechercher la preuve de sa propre initiative (perquisition, placement en garde à vue). L'autorité judiciaire n'intervient pas.

Niveau moyen : le procureur de la République doit autoriser la preuve (géolocalisation, renouvellement de la garde à vue)

Niveau élevé : un juge du siège doit autoriser la preuve (interception de correspondances, perquisition de nuit).

Cette loi de la gravité ne s'exprime pas avec constance et il est impossible d'identifier un seuil commun aux différentes techniques probatoires. Par ailleurs, comme on le verra plus loin, cette loi de la gravité est perturbée par la prise en compte d'autres facteurs, tels que l'urgence ou la complexité. Toutefois, le lien entre gravité et contrôle judiciaire apparaît de façon récurrente dans le Code et tend à s'imposer de façon de plus en plus systématique sous l'influence du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation.

Dans la jurisprudence de ces deux juridictions, on retrouve la gradation évoquée plus haut, qui est à la fois précisée et enrichie.

Par exemple, le Conseil constitutionnel impose une « *exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur la police judiciaire* » sur le fondement de l'article 66 de la Constitution¹⁶. En application de cette exigence, il a censuré

15. CPP art. 77-1-2.

16. C.C., Décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, § 175.

la loi qui prévoyait la possibilité pour un OPJ de prendre des réquisitions en enquête préliminaire sans autorisation du procureur de la République.

Lorsque le seuil de gravités s'élève, la mesure ne peut être mise en place qu'après autorisation d'un juge. Un exemple récent est fourni par l'intrusion d'enquêteurs dans le domicile d'un témoin à l'occasion d'une procédure de comparution forcée. Dans une affaire soumise à la Cour de cassation en 2017¹⁷, des OPJ agissant en enquête préliminaire avaient été autorisés par le procureur de la République à faire comparaître un témoin par la force publique. Parvenus au domicile de l'intéressé ils constataient que les lieux étaient inoccupés. Les policiers avaient alors pénétré dans ce domicile en fracturant des fenêtres et avaient découvert, dans le grenier, des plants de cannabis. Saisie de la licéité de cette procédure, la Cour de cassation a affirmé que « *l'article 78 du code de procédure pénale ne permet pas à l'officier de police judiciaire, autorisé par le procureur de la République à contraindre une personne à comparaître par la force publique, de pénétrer de force dans un domicile, une telle atteinte à la vie privée ne pouvant résulter que de dispositions légales spécifiques confiant à un juge le soin d'en apprécier préalablement la nécessité* ». Elle a ainsi posé une double exigence de prévision légale et d'autorisation juridictionnelle préalable à la mesure. Le législateur a tenté de légaliser cette procédure en 2019 dans la loi de programmation et de réforme de la justice. Il a ainsi modifié l'article 78 CPP en confiant au procureur de la République le pouvoir d'autoriser les agents chargés de procéder à la comparution d'une personne à pénétrer dans un domicile après six heures et avant vingt-et-une heures. Toutefois, avec cette réforme, la gravité de la preuve a atteint un niveau jugé trop élevé par le Conseil constitutionnel. Celui-ci a considéré que « *compte tenu du champ de l'autorisation (...) et de l'absence d'autorisation d'un magistrat du siège, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre la recherche des auteurs d'infractions et le droit à l'inviolabilité du domicile* »¹⁸. L'ingérence dans un droit fondamental avait ici atteint le seuil de gravité élevé, qui requiert l'autorisation d'un juge du siège. La gradation établie plus haut s'en trouve confirmée.

Cette gradation est encore enrichie en jurisprudence. Lorsque l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée atteint un niveau très élevé, le contrôle juridictionnel doit être exercé de façon approfondie. Le juge ne doit pas seulement autoriser formellement la mesure probatoire. Il doit être informé de façon complète du contexte et de la nécessité de la mesure et doit également pouvoir en assurer le suivi. Cette exigence de contrôle approfondi a été mise en évidence par le Conseil constitutionnel à propos des interceptions de correspondances durant l'enquête. En 2019, le législateur souhaitait étendre le champ d'application de cette mesure au-delà des infractions de criminalité organisée à toutes les infractions punies d'au moins trois ans d'emprisonnement. Lorsqu'il a été saisi de la constitutionnalité de cette extension, le Conseil s'est penché sur l'étendue

17. Cass. crim., 22 févr. 2017, n° 16-82.41.

18. C.C., Décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, précit. § 195.

du contrôle qui devait être exercé par le JLD¹⁹. Le texte de loi ne prévoyait pas que le juge aurait accès à l'ensemble des pièces du dossier de l'enquête en cours. Il ne précisait pas non plus que le juge devait être informé des autres mesures probatoires liées à cette procédure. Enfin, ce magistrat n'avait aucun pouvoir pour faire cesser la mesure, notamment s'il ne l'estimait plus nécessaire. Ainsi, le juge qui devait autoriser l'interception de correspondances était mal informé pour en apprécier l'opportunité. De plus, il était dépourvu du pouvoir d'en contrôler l'exécution et d'y mettre un terme. Le Conseil constitutionnel a considéré que cette procédure n'aménageait pas un contrôle juridictionnel suffisant.

Cette décision permet d'enrichir l'échelle du contrôle juridictionnel que nous avons établie plus haut d'un nouveau degré :

Niveau maximal : le juge du siège qui autorise la mesure doit disposer de l'ensemble des pièces de la procédure en cours avant de prendre sa décision. Il doit également pouvoir assurer le contrôle de la mesure qu'il autorise et l'interrompre à tout moment si cela s'avère nécessaire.

En définitive, ces différentes lois de la gravité en matière probatoire ne permettent pas de construire une théorie générale très élaborée. De façon plus modeste, elles décrivent des corrélations qui s'établissent de façon récurrente. Ces corrélations sont assez intuitives. D'une part, il est possible de constater avec une certaine généralité que plus les infractions en cause dans une procédure pénale sont graves, plus les enquêteurs peuvent avoir recours à des techniques probatoires intrusives ou contraignantes, c'est-à-dire présentant elle-même un certain degré de gravité. D'un autre côté, la gravité de la preuve provoque un autre phénomène, qui est celui de l'accroissement du contrôle judiciaire sur les procédures probatoires. En d'autres termes, plus la preuve est grave, plus elle doit être contrôlée par une autorité judiciaire.

Ces lois connaissent des dérogations, comme nous avons pu le voir au cours de nos développements. Elles subissent la concurrence d'autres variables qui viennent influencer le régime des preuves pénales. Ainsi, la gravité de l'infraction ne suffit pas toujours à justifier l'accroissement de la gravité des preuves. Pour cela, il faut ajouter la variable de la complexité. Par exemple, le Conseil constitutionnel impose que les deux critères de gravité et de complexité soient réunis pour que les OPJ puissent mettre en œuvre des techniques spéciales d'enquêtes, telles que la sonorisation ou la captation de données informatiques²⁰. Par conséquent, les procédures criminelles, qui portent donc sur des infractions graves, ne permettent pas de mettre en œuvre de telles techniques, si les crimes en cause ne constituent pas des infractions de criminalité organisée. On observe également que le critère

19. C.C., Décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, précit. § 195.

20. Décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, précit. § 163 : « si une infraction d'une particulière gravité et complexité est de nature à justifier le recours à de telles mesures, tel n'est pas nécessairement le cas d'infractions ne présentant pas ces caractères ».

de l'urgence constitue une autre variable qui vient parfois perturber le lien entre la gravité de la preuve et l'exigence du contrôle judiciaire. L'urgence permet aux enquêteurs de réaliser seuls des actes qui devraient être soumis à une autorisation judiciaire en raison de leur gravité. Tel est le cas des réquisitions en enquête de flagrance²¹ ou encore des géolocalisations effectuées « *en cas d'urgence résultant d'un risque imminent de déperissement des preuves* »²². Dans ces deux exemples, l'urgence justifie que l'OPJ dispose, pendant une durée limitée, d'un pouvoir exorbitant de rechercher des preuves intrusives, sans contrôle préalable d'une autorité judiciaire.

Dès lors, les lois de la gravité apparaissent surtout comme des tendances d'un droit de la preuve dominé par des variables aussi nombreuses que complexes. Il n'en reste pas moins qu'à l'issue d'un examen attentif, on observe que la gravité joue un rôle, discret mais significatif, dans la théorie générale de la preuve pénale et que sa présence est grandissante dans la jurisprudence, notamment lorsqu'elle apparaît sous la forme d'un examen de proportionnalité. En effet, c'est bien dans le rapport de proportionnalité – entre l'infraction et la preuve ou entre la preuve et le contrôle judiciaire – que la gravité s'épanouit pleinement.

21. CPP art. 60 à 60-2 al. 1.

22. CPP 230-35 al. 1.