

**CULPABILITE ET
SILENCE
EN DROIT COMPARE**

Logiques Juridiques
collection dirigée par Gérard MARCOU

Charlotte GIRARD

**CULPABILITE ET
SILENCE
EN DROIT COMPARE**

Préface d'Alain CLAISSE

Éditions L'Harmattan
5-7, rue de l'École-Polytechnique
75005 Paris

L'Harmattan Inc.
55, rue Saint-Jacques
Montréal (Qc) – CANADA H2Y 1K9

© L'Harmattan, 1997
ISBN : 2-7384-5507-7

A mes parents,

à Jean-Baptiste.

PREFACE

Devons-nous nécessairement répondre aux questions de la police ou de la justice? Le silence n'est-il pas un aveu implicite de culpabilité? Les questions se posent depuis des siècles au pénaliste, comme le montre l'étude de Charlotte Girard, et les réponses qui ont pu être apportées ne sont pas sans nuance. La comparaison sur ce point entre la Grande-Bretagne et la France est particulièrement opportune, car par tradition et même, serait-on tenté de dire, par atavisme les Français sont enclins à répondre par l'affirmative et les Britanniques par la négative. D'où vient cette différence radicale d'approche et que nous révèle-t-elle en profondeur quant à la conception des droits de l'homme et des libertés fondamentales? L'analyse de Charlotte Girard nous invite sur ce point à la prudence. Il est tentant au premier abord de livrer une clef historique simple, mais quelque peu manichéenne : de ce côté de la Manche nous demeurions gangrénés par les ravages de l'inquisition, alors que l'Eglise anglicane, tout comme ses adversaires puritains, ont très tôt affirmé leur refus de la politique papale, y compris lorsqu'elle entendait lutter contre les hérésies avec les moyens que l'on sait. Ce qui prévaudrait en France serait donc la recherche par la société, et ceux qui prétendent agir en son nom, de ce qui est supposé être la vérité. En toute hypothèse, l'aveu constituerait la preuve " la meilleure, la plus claire et la moins coûteuse de toutes ", selon l'expression de Philippe de Beaumanoire, rédacteur des

coutumes de Beauvaisis en 1283. Et de fait les efforts des puissances séculières, ainsi que l'avait ordonné, dès la fin du XII^{ème} siècle, le Pape Innocent III, relayé peu après par l'Empereur Frédéric et le roi Louis VIII chercheront à obtenir des hérétiques, blasphémateurs et autres renégats qu'ils reconnaissent leurs crimes. De nos jours encore, à défaut de confession publique, condensée par écrit et signée par son auteur, le juge instructeur ne s'efforce-t-il pas, à travers une quête solitaire et secrète, de faire apparaître tous les éléments propres à fortifier l'intime conviction de la formation de jugement? Le justiciable n'est que périphérique, il est interrogé, invité à produire tous les éléments de preuve, mais il n'aura accès au dossier que du jour de sa mise en examen.

Charlotte Girard nous montre cependant combien cette opposition entre les deux pays peut être excessive. Les Français n'ignorent pas les principes d'une procédure accusatoire, comme le montre l'exemple de la refonte complète de la procédure criminelle à la Révolution et notamment l'institution du jury. Les excès révolutionnaires conduiront bien vite à réduire l'influence de la procédure accusatoire. Le débat se maintiendra pourtant tout au long du XIX^{ème} siècle pour aboutir à une procédure essentiellement inquisitoire, tempérée de quelques éléments accusatoires, sans que soit reconnu pour le justiciable le droit au silence, même si en filigrane il transparait de plus en plus.

Du côté britannique, la réalité est aussi complexe. Certes, historiquement on commence très tôt à résister au droit pontifical et le Pape lui-même manifeste beaucoup de méfiance vis-à-vis de cette province lointaine et indisciplinée d'Outre Manche. La rupture, consommée en 1534 par Henry VIII, précipite un mouvement déjà amorcé depuis deux ou trois siècles. Dès lors, tout ce qui vient du continent est accueilli avec méfiance, hormis les périodes où les catholiques regagnent de l'influence en Grande-Bretagne. Le rejet d'une procédure de

type inquisitoire au profit de la primauté donnée à l'accusation ne se traduit pour autant par une reconnaissance du droit au silence. Charlotte Girard nous montre que, dans un premier temps, c'est la formule inverse qui prévaut : pour les crimes les plus importants *treason* et *felony*, l'accusé doit se défendre lui-même, sans le secours d'un conseil dont on craint qu'il interfère de manière négative dans l'expression de la vérité. Les injustices auxquelles conduit la brutalité d'une forme de procès "où l'accusé parle", se révèlent bientôt comme inacceptables. On commence par admettre que l'accusé puisse appeler à la rescousse des témoins à décharge. Au cours du XVIII^{ème} siècle, sur la base du préambule du *Treason Act* de 1696, l'intervention d'un avocat pour les cas les plus graves est tolérée, puis généralisée à l'ensemble des procès. Une conception très différente du procès s'impose dès lors : le conseil met en doute la validité des arguments de l'accusation, celle-ci doit donc prouver la justesse de ses allégations. Le juge n'a plus un rôle dominant, il apprécie la validité des arguments présentés par les parties et tranche. Le justiciable n'est plus tenu de parler, il s'en remet à la diligence éclairée du défenseur, auquel il a fourni les arguments dont il disposait. C'est de cet effacement du justiciable derrière son conseil que naît en Grande-Bretagne le privilège de garder le silence.

Est-on pour autant en présence d'un véritable droit? La doctrine a toujours été divisée sur ce point et les positions des tribunaux peu tranchées. Le législateur britannique s'est prononcé à plusieurs reprises (1968, 1981, 1988, 1994) en consacrant, tout en le réduisant, le privilège ancien. Charlotte Girard cite en outre quelques exemples récents où le juge a interprété restrictivement les termes de la loi. Les événements d'Irlande du Nord et les difficultés de la lutte contre le terrorisme expliquent en partie les restrictions actuelles, qui sont aussi dues probablement à un contexte plus général de réduction des libertés. Le droit au silence est aujourd'hui en déclin, au Royaume-Uni, il est invoqué dans moins de 10% des cas.

Du côté français, on a toujours été réticent à l'égard d'un concept bien éloigné des traditions. Certes, la présomption d'innocence et surtout les droits de la défense, réaffirmés avec vigueur par le Conseil constitutionnel, aurait pu permettre au juge de garantir pour le justiciable le droit de pas s'accuser soi-même, cher aux Britanniques. Mais le juge français se montre en la matière très prudent. Le législateur lui-même, ne renonce qu'avec beaucoup de précaution à notre tradition inquisitoire, comme l'illustre la réforme prudente de la garde à vue en 1993; nos voisins britanniques se disent parfois très étonnés qu'avant la fin de la fameuse vingtième heure où le gardé à vue peut s'entretenir avec un avocat pendant une demi-heure, il soit laissé seul face à la police.

Pourtant, en dépit de ce constat pessimiste, Charlotte Girard pronostique une renaissance du droit au silence. Selon elle, le renouveau vient de l'Europe. Toutes les conditions sont remplies pour que juge interne reconnaisse un tel droit de la défense : les termes de la Convention européenne des droits de l'homme et notamment l'article 6§1 sur le droit à un procès équitable sont riches de transformations futures des législations et des jurisprudences internes, la Commission européenne des droits de l'homme a admis qu'il existe un principe général consacrant le droit de ne pas témoigner contre soi-même, la Cour elle-même admet pour tout justiciable " le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination " (affaire *Fünke c. France* 1993), d'autres affaires dans lesquelles le Royaume-uni est impliqué vont dans le même sens, tendant à considérer le droit au silence comme une composante nécessaire d'un procès équitable. Certes, la Cour européenne est encore prudente et, souligne Charlotte Girard, elle ne s'est pas encore prononcée de manière suffisamment nette pour que les autorités nationales se sentent dans l'obligation de s'y soumettre. On peut cependant dans ce domaine, comme dans d'autres, s'attendre à une certaine harmonisation des libertés

fondamentales sous l'égide du droit européen. Il s'agit cependant d'un processus long et progressif, car certains concepts juridiques consacrés au plan européen demeurent inconnus des cultures nationales. Les Britanniques ont autant de mal à comprendre le concept de service public que nous en avons à saisir toutes les implications juridiques de la " dignité humaine " ou du silence du justiciable.

Paradoxe de l'histoire, pour deux pays qui se sont toujours flattés d'être des modèles en matière de protection des droits de la personne, ils sont aujourd'hui pris en flagrant délit, par les instances européennes, de négation de certains droits fondamentaux. A travers un examen méticuleux des données historiques et actuelles, une étude en profondeur de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine des deux côtés de la Manche, Charlotte Girard met en évidence les logiques comparées d'évolution des deux systèmes, pour conclure à leur nécessaire réactualisation. On lira avec profit cet ouvrage qui sait puiser avec intelligence dans les ressources du passé, sans surestimer son importance, pour comprendre la situation présente dans toutes ses inflexions et tenter d'anticiper sur ce que peut être l'avenir proche d'une des libertés fondamentales les plus mal connues.

Alain Claisse

Professeur à l'Université de Paris I

“ Guilt lies in words spoken or deed done, not in silence; and neither your court nor any court in this world can hold me guilty of keeping silent ”.

Sir Thomas More prononça ces mots lorsqu'on le mena de sa prison devant le Conseil.

INTRODUCTION

Le “ droit au silence ” portera, la majeure partie de cet ouvrage, les stigmates du doute et de l’indéfinition sous la forme de ces guillemets. La fragilité de cette notion accompagnera ainsi le lecteur dans le parcours qui lui est proposé. Nous traiterons donc dans ce mémoire du “ droit au silence ”. Face à la puissance publique -l'Etat ou l'administration dans sa fonction coercitive et inquisitrice -, le “ droit au silence ” est la faculté pour l’individu de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. Ce “ droit ” très connu dans le monde par l’intermédiaire du “ spectacle nord américain ” est connoté pénalement. En effet, le cadre pénal lui sied le mieux en ce qu’il représente le droit de ne pas parler sans encourir de responsabilité pénale directe. Il se rencontre dans des législations ou des jurisprudences américaine¹, canadienne², anglaise³, japonaise⁴, allemande⁵, espagnole⁶ et

¹V^{ème} Amendement de la constitution des Etats-Unis d’Amérique selon lequel “ nul ne pourra être obligé de témoigner contre lui-même ”.

²Aucun texte normatif ne proclame un “droit au silence” mais celui-ci a été consacré dans la jurisprudence de la Cour Suprême dans une affaire *Hébert* en 1990, 2 RCS 151. La haute juridiction a annulé une procédure et acquitté une personne gardée à vue au motif qu’il y avait eu contournement du “droit au silence”, sur le fondement de l’article 7 de la Charte (déclaration des droits des citoyens canadiens) contenant le principe de “ justice fondamentale ”.

³Au Royaume-Uni, le “droit au silence” est un principe de common law repris dans des textes tels que le *Code of practice C §10*, texte d’application du

danoise⁷ entre autres, au titre de l'un des droits de la défense, voisin du droit à l'assistance d'un avocat et avant tout du droit d'être informé desdits droits lors de tout interrogatoire administratif ou judiciaire. La situation est donc celle d'un individu soupçonné de détenir des informations recherchées par l'administration ou d'avoir commis une infraction et restreint dans sa liberté puisque soumis à un interrogatoire de façon pressante. On se réfère ici à la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis : *Miranda v. Arizona*⁸, symbole du "droit au silence", premier des droits de la défense à être rappelé aux suspects dans les Etats reconnaissant cette composante. Il va sans dire que le titulaire de ce "droit", là où il existe, est le suspect détenu (*in custody*); c'est-à-dire soumis à une pression psychologique, le concept de détention ne se limitant pas à la garde à vue dans un local de police. La double obligation de procéder à l'avertissement et de ne pas utiliser le silence comme preuve de la culpabilité incombe, selon les cas, aux officiers mandatés par l'Etat réalisant l'interrogatoire défini comme l'acte actif consistant dans le fait de poser des questions ou de mettre en oeuvre des "équivalents fonctionnels" tels que la confrontation de témoins ou la présentation de pièces à

Procedure and Criminal Evidence Act 1984 (P.A.C.E.) modifié à la suite du *Criminal Justice and Public Order Act* de novembre 1994. Ce *Code of Practice C* dans sa mouture la plus récente d'Avril 1995, prévoit l'avertissement qui doit être fait à la personne par la police : " *You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence* ".

⁴article 198 alinéa 2 du Code de Procédure Pénale (CPP).

⁵article 136 alinéa 1 du CPP.

⁶article 520-2 a LECRIM.

⁷article 730 du CPP.

⁸Cour Suprême (1966) 384 US 436. Cet arrêt a donné naissance aux célèbres " *Miranda Warnings* " que tout policier est obligé d'énoncer au suspect dès qu'apparaissent des indices de culpabilité et avant tout interrogatoire : " il doit [notamment et] avant tout être informé en termes clairs et sans équivoque qu'il a le droit de rester silencieux ", cet avertissement devant être accompagné de l'information que tout ce qu'il dira pourra être retenu contre lui.

conviction. Ces débiteurs de l'obligation sont, suivant l'état d'avancement de la procédure et le type de procédure en cause, les agents de l'administration d'inspection, les officiers de police judiciaire, le juge (que ce soit lors de l'instruction préparatoire dans une procédure plutôt inquisitoriale ou lors de l'audience elle-même). Si le "droit au silence" n'exclut pas l'aveu comme moyen de preuve, cette possibilité bénéficiant au suspect vise à éviter que tout aveu soit extorqué. Aussi bien ce privilège s'étend-il à des domaines autres que les procès pénaux et sert-il des individus dans toute situation où leur liberté d'agir serait restreinte par le fait d'être incités à s'incriminer. Le caractère expansionniste du "droit au silence" s'observe dans les Etats le comptant parmi les garanties conférées aux individus confrontés à une suspicion ou une accusation.

Le choix du "droit au silence" s'explique par l'ambition du projet. S'agissant de découvrir s'il existe une différence de conception des droits de l'individu entre les deux Etats que sont la France et le Royaume-Uni, pour des raisons de méthode et de concision, il fallait opter pour une comparaison ponctuelle. Dès lors, le choix d'un élément unique possédant des qualités particulières s'imposait. L'élément devait pouvoir révéler la logique adoptée par les deux Etats confrontés au droit d'un individu sur lequel ils exercent une contrainte. Ainsi donc les qualités de l'élément à étudier se trouvaient être les suivantes : que cet élément soit dénommé "droit" (*right*); que la qualité de droit lui soit contestée, qu'elle soit donc fragile et sujette à litige en droit interne; que la revendication de ce "droit" ait donné lieu à une prise de position par des organisations internationales spécialisées dans la protection juridique des droits de l'Homme.

Et le "droit au silence", précisément, réunit ces qualités. En effet, ce dernier dévoile des différences à plusieurs degrés d'observation. Selon un mouvement de focalisation sur l'objet de notre recherche, divers stades caractérisent l'état des analyses effectuées.

Comment ne pas céder en tout premier lieu à la tentation franco-française de déclarer péremptoirement qu'en raison de l'absence de déclaration des droits à valeur constitutionnelle en Grande-Bretagne, les droits de l'Homme n'y existent pas? Pour faire barrage à ce type de réflexions quelque peu hâtives, scrutons le "droit au silence" défini plus haut.

Ce "droit", fondamental pour les besoins du respect du principe de l'égalité des armes, existe en apparence en Grande-Bretagne mais éprouverait des difficultés à percer et se maintenir en France. Cette affirmation est étayée par la constatation des différences d'appellation. Le *right of to silence* abondamment ressassé dans la doctrine britannique mais auquel on substitue souvent le terme de *privilege against self-incrimination*, ne trouve d'équivalent en France qu'une traduction littérale récente : le "droit au silence". La France ne s'est familiarisée et, devrait-on dire, ne se familiarise avec l'expression et le concept de "droit au silence" que depuis le début des années 90. Cette apparition timide dans le lexique juridique français correspond à deux phénomènes et deux domaines d'étude distincts. Ils concernent la littérature juridique et le développement du "droit au silence" en droit interne français, par une sorte de mimétisme avec le droit anglo-saxon. La réforme du Code de Procédure Pénale opérée par la loi du 4 janvier 1993 n'est pas étrangère au bourgeonnement, rare certes, d'articles déplorant la pusillanimité du législateur français⁹. Puisque le "droit au silence" doit sa présence pour partie à l'influence britannique, on ne sera pas étonné de constater son signalement dans des ouvrages français de droit comparé¹⁰, matière somme toute assez nouvelle en tant que telle dans l'enseignement du droit en France. Aussi n'est-il pas insensé de prédire un

⁹ Patricia VOLO, "Le silencieux droit au silence", Les Petites Affiches, n°86, 19 juillet 1993, p.17-18.

¹⁰ Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 1995, 733 pages; Mireille DELMAS-MARTY (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, Thémis, 1995.

développement simultané du droit comparé et des uniformisations juridiques parmi les Etats.

Mais ces dénominations anglo-saxonnes multiples appellent des interrogations de fond. Le "droit au silence" est-il bien un droit si le terme *privilege* est indifféremment employé? Mais alors qu'est-ce qu'un droit (*right*) au Royaume-Uni? Y-a-t'il une conception et donc une façon particulière de mettre en oeuvre un droit en Grande-Bretagne? Ronald Dworkin¹¹ met en évidence une distinction entre des droits "forts" (*strong rights*) et des droits "faibles" (*weak rights*), dénonçant la fragilité des droits en Grande-Bretagne notamment, relativement à la théorie utilitariste benthamienne encore en vigueur. Ainsi, les droits comme "atouts" (*trumps*), selon l'analogie de Dworkin, dans le jeu des individus face au pouvoir, sont mis en péril par une théorie plus soucieuse du but économique poursuivi que de l'équilibre des intérêts de l'Etat et des personnes. Il sera donc opportun pour nous d'essayer de mettre à jour le fonctionnement du "droit au silence" en France et au Royaume-Uni comme "limite"¹² à l'action de l'Etat-juge. Ce rôle est-il rempli et grâce à quels moyens peut-il être rempli?

Se penchant sur la comparaison des procédures criminelles en France et en Angleterre, un auteur, du début du siècle, Herbert Halton¹³, a pu tirer la conclusion suivante : "Tous deux [les systèmes anglais et français] visent au même but, mais ils y tendent et y parviennent par deux routes

¹¹Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, 7ème impression, 1994.

¹²Pierre LEGENDRE propose dans ses leçons VII, *Le désir politique de Dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du droit*, Fayard, 1988, d'appréhender la notion de droits de l'Homme sous l'angle d'une réflexion sur la limite. Il n'est pas sans intérêt en effet, de considérer le "droit au silence" comme un archétype de la relation qui existe entre l'Etat sanctionnateur et pourvu de pouvoirs à cet effet et l'individu soupçonné, particulièrement démuné à première vue.

¹³Herbert HALTON, *Etude sur la procédure criminelle en Angleterre et en France*, Thèse, Paris, 1898.

différentes, qui quelquefois même se trouvent très éloignées l'une de l'autre [...]. Ce qui semble être par-dessus tout l'objet des préoccupations du législateur français, c'est nous l'avons vu, de punir l'accusé, pour sauvegarder les intérêts de la société; et il s'attache tellement à ce soin qu'il semble bien perdre parfois de vue l'autre côté de la question, c'est-à-dire les intérêts de l'accusé. En Angleterre, au contraire, une poursuite criminelle est considérée, d'abord, comme une atteinte à la liberté individuelle de l'accusé; et celui-ci est, en conséquence, le premier objet de la sollicitude du législateur. De sorte que, dans les cas où il paraît impossible de concilier les deux intérêts de la société et de l'accusé, le législateur anglais n'hésite pas à sacrifier ceux de la société". Si nos " esprits " paraissent ici être résumés à gros traits, nous ne pouvons nier que cet avis pût être celui de l'époque et sans doute une indication quant à la compréhension de notre présent.

En effet, la matière recouverte étant celle de la procédure criminelle, nous remarquons que le trait marquant de la comparaison opérée par M. Halton et avant lui par MM. Glasson¹⁴ et de Franqueville¹⁵, qu'il cite d'après leurs ouvrages respectifs *Histoire du Droit et des Institutions de l'Angleterre* et *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, est la protection de l'accusé dans les deux systèmes. Celle-ci serait moins bien assurée en France étant donné " l'esprit différent avec lequel les législateurs de chacun des deux pays envisagent et considèrent l'infraction à la loi pénale [et] la forme différente que revêt ici et là, la procédure où se traduit cet esprit ".

¹⁴M. GLASSON : " Si les juges anglais n'assurent pas toujours suffisamment la répression, nos magistrats de leur côté cherchent trop souvent un coupable ".

¹⁵M. de FRANQUEVILLE, en parlant du système anglais : " Il n'est pas possible d'imaginer un système qui donne plus de facilités à un accusé coupable, mais riche, pour échapper à une condamnation; il est difficile de concevoir un système qui assure à un accusé non coupable, mais pauvre, moins de facilités pour faire éclater son innocence. " Et M. HALTON de défendre le système britannique en précisant le rôle protecteur de l'accusé que le juge, " pour combler les lacunes de la loi ", est " toujours prêt à jouer ".

Si en 1898, le constat de la différence était patent mais sans grande conséquence pratique, un tel constat aujourd'hui, étant donné le niveau élevé des interactions politico-juridiques existant entre les nations, n'est plus anodin. La dissemblance détectée ne pouvant conduire à porter un jugement de valeur, une série de questions peuvent se poser du point de vue des organisations intergouvernementales¹⁶, parfois supranationales¹⁷ de protection des droits de l'Homme et de leur rôle prétendument unificateur des droits internes. Il semble effectivement et particulièrement que, sous l'action de la mécanique européenne de protection des droits de l'Homme, les deux Etats sélectionnés soient voués à un rapprochement de leurs systèmes juridiques de protection de ces mêmes droits. Cette prospective fait l'objet d'ouvrages nombreux et notamment de ceux qui, élaborés sous la direction de Mireille Delmas-Marty¹⁸, s'inscrivent dans un cycle d'études approfondies en matière de droit pénal, et de droit pénal confronté aux droits de l'Homme. Ce champ d'étude concerne des matières indissociables et fortement représentatives des évolutions dans les divers pays signataires de la Convention; le droit pénal touchant nécessairement aux garanties et droits fondamentaux de l'Homme dans son rapport avec l'Etat, puissance publique souveraine.

¹⁶L'O.N.U. et le Comité des droits de l'Homme (*Human Rights Committee, HRC*) garant du respect des Pactes internationaux, et notamment de celui dont nous reparlerons *infra*, le Pacte de New-York de 1966 pour la protection des Droits Civils et Politiques (PIDCP). Voir à ce sujet l'ouvrage de Dominic McGOLDRICK, *The Human Rights Committee*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

¹⁷Le Conseil de l'Europe par le biais d'institutions telles que la Commission et la Cour Européennes de Droits de l'Homme garantes du respect de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) par les Etats.

¹⁸Mireille DELMAS-MARTY, *Raisonner la Raison d'Etat. Vers une Europe des Droits de l'Homme*, PUF, Les voies du droit, 1989.

Mireille DELMAS-MARTY, *Procès Pénal et droits de l'Homme. Vers une conscience européenne*, PUF, Les voies du droit, 1992.

L'hypothèse de cette recherche étant la différence de conception des droits en France et au Royaume-Uni, l'objet de ce travail sera de démontrer qu'il existe, au moins en matière de "droit au silence", une disparité plongeant ses racines dans l'histoire juridique de ces deux Etats.

Pour réaliser cette comparaison, deux axes repris dans deux parites constitueront l'ossature de l'ouvrage. Il est en effet apparu au cours de la préparation de cet écrit que la différence entre l'état du "droit au silence" en France et au Royaume-Uni pouvait s'observer aux deux stades ou lieux d'évolution d'un droit proprement dit. Ces deux temps de la "vie" d'un droit peuvent être reportés sur une échelle chronologique et s'inscrire à la fois dans le cadre d'une analyse systémique afin que la recherche "balaie" le plus complètement possible les aspects dévoilés par la comparaison.

Dans cette perspective s'impose préalablement la recherche historique des fondements de ce "droit". L'entreprise vise ici à expliquer la différence en fonction de données historiques remontant aux origines du procès pénal en France et en Angleterre. La première partie de l'étude s'attachera donc à mettre en évidence les raisons lointaines d'une asymétrie aujourd'hui persistante.

Ce qui aurait pu justifier seule un travail de recherche est la comparaison de la mise en oeuvre actuelle en droit interne du "droit au silence" en France et au Royaume-Uni. Mais la mise en perspective de cette observation *in vivo* s'avère nécessaire pour embrasser l'étendue de l'absence de similitude. Aussi l'analyse juridique contemporaine fera-t-elle l'objet d'une seconde partie, trouvant sa pleine et entière dimension grâce à l'examen de l'influence de l'activité des institutions internationales et supranationales, sur le "droit au silence", appliqué dans l'ordre juridique de la Grande-Bretagne et de la France.

PREMIERE PARTIE

**LES CIRCONSTANCES
HISTORIQUES
DE L'APPARITION DU
“ DROIT AU SILENCE ”.**

Le travail de l'historien étant d'expliquer l'existence d'un phénomène actuel par ses origines, nous allons tenter de retracer l'histoire de l'apparition du "droit" de demeurer silencieux lors d'un interrogatoire par une émanation de l'Etat. Ce droit est appelé aussi *privilege against self-incrimination* que nous traduirons parfois par le privilège de ne pas s'accuser soi-même ou de ne pas témoigner contre soi-même. Le phénomène est donc l'existence d'un tel "droit" ou privilège en France et au Royaume-Uni. Pourtant cette existence connaît une différence de mesure, d'intensité. C'est cette disparité qu'il nous appartient d'expliquer d'un point de vue historique dans ce premier chapitre. Il est à noter comme indice de l'étrangeté du "droit" de la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction de ne pas témoigner contre elle-même, l'absence de sources historiques y afférant dans le droit français. De même, malgré la présence plus prononcée et revendiquée de ce "droit", aucune étude contemporaine française n'a eu pour objet de mettre à jour les origines d'une telle revendication.

La question est donc : pourquoi le "droit au silence" est-il moins évident en France qu'au Royaume-Uni? Quelles sont les circonstances historiques qui ont conditionné ce décalage alors que les deux pays sont réputés quant à leur action en faveur des droits de l'individu.

Suite à l'examen des sources relatives à l'histoire des procédures pénales en France et en Angleterre, plusieurs constats sont possibles.

Premièrement l'étude du droit au silence dans une perspective historique impose que l'on privilégie l'observation des procédures criminelles anglaise et française. En effet, ce droit pouvant être considéré comme l'un des droits de la défense, il est nécessaire de remonter aux prémisses du droit pénal moderne.

Par conséquent et deuxièmement, on constate qu'il existe un lien très étroit entre l'histoire des droits de la défense et la forme des procédures criminelles : accusatoire et inquisitoire; cette forme étant marquée chronologiquement.

Troisièmement, le ministère d'avocat ainsi que le rôle du juge dans le procès pénal sont déterminants.

Considérant grossièrement les trajectoires empruntées par les deux Etats, il était possible de montrer, dans le souci d'évoquer leurs évolutions historiques, que la persistance du caractère inquisitorial de la procédure pénale, et plus largement contentieuse, en France, avait freiné l'émergence d'un "droit au silence" devenu central dans la procédure accusatoire britannique. Mais il ne s'agit pas dans ce chapitre de ressasser l'histoire des procédures accusatoire et inquisitoire mais de découvrir ce qui, dans l'évolution de ces procédures, a pu donner naissance et favoriser l'implantation d'un "droit" à demeurer silencieux lors d'interrogatoires avant ou pendant le procès, sans que ce silence devienne le motif d'une condamnation. Les procédures criminelles n'ayant jamais été uniformes ni en France, ni en Angleterre, nous nous proposons d'examiner dans une première section, l'effet neutralisant des éléments inquisitoriaux apparus au cours de l'histoire, quant au privilège de ne pas s'accuser soi-même. Puis, dans une seconde section, nous mettrons en évidence l'affinité qui existe entre une procédure plutôt accusatoire et ce privilège sans traduction française.

CHAPITRE I

LA TRADITION INQUISITORIALE CONTRE LE “ DROIT AU SILENCE ”.

Le système inquisitoire trouve son origine dans les dernières institutions du droit romain impérial. Son développement est dû aux juridictions ecclésiastiques ayant transmis au cours du Moyen Age cette forme de procédure criminelle à tous les tribunaux ordinaires des pays d'Europe sauf l'Angleterre. Les principes ainsi transmis sont au nombre de quatre et caractérisent la procédure criminelle inquisitoire “ pure ” :

- La poursuite des criminels n'intéresse pas seulement les parties lésées, mais la société en général; par conséquent le pouvoir central doit, au nom de l'intérêt public, procéder d'office, et sans attendre l'initiative privée des citoyens, à la recherche, à la constatation d'identité et à la punition des malfaiteurs.
- Le juge n'est pas choisi par les parties; mais délégué par le pouvoir central, il est imposé par lui et remplit des fonctions publiques permanentes.
- Le juge ne doit pas se décider seulement sur les preuves présentées par l'accusateur, il est tenu de contribuer lui-

même à éclaircir les points de l'affaire qu'il estime susceptibles de l'être.

- L'instruction de l'affaire est faite par un magistrat nommé spécialement à cet effet, et a lieu en général hors de la présence de l'accusé, à qui les charges ne sont communiquées que lorsque l'instruction est terminée; de sorte que l'on peut dire que cette instruction est écrite, secrète et surtout non-contradictoire.

Bien que la France et l'Angleterre n'aient pas opté pour des procédures identiques, vers le XVI^{ème} siècle les influences exercées par l'Eglise du Moyen Age ont orienté et empêché dans ces deux Etats le développement complet de la procédure accusatoire moderne et donc l'exercice d'un droit de ne pas témoigner contre soi-même.

1. DROIT CANON ET " DROIT AU SILENCE ".

La tradition des droits savants du Moyen Age; c'est à dire " cette arborescence des systèmes juridiques à compter de la restitution à l'occident du corpus justinien [...] "¹⁹, en tant qu'elle découvre une perspective double, à la fois romaine et canonique, permet une compréhension approfondie du droit aujourd'hui. Mais c'est le recours au droit pontifical qui éclaire de façon privilégiée l'état des procédures juridiques actuelles²⁰.

¹⁹Définition recueillie dans un article de Pierre LEGENDRE "La royauté du droit administratif. Recherche sur les fondements traditionnels de l'Etat centralisé en France" intégralement reproduit in LEGENDRE *Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique*, Fayard, 1992, 2^{ème} édition, p 585.

²⁰ P. LEGENDRE, op. cit. p.583: " Si l'on observe le caractère pratique des élaborations du droit canon, l'importance du développement des procédures apparaît d'emblée. C'est d'abord par ce biais que la renaissance du droit romain s'est imposée dans l'expansion du système, par les possibilités d'une transposition indéfinie d'un appareil procédural manié avec dextérité, pour le

Le phénomène d'imprégnation judiciaire procédurale s'observe plus évidemment en France qu'en Angleterre étant donnée la résistance historique de cette dernière au droit de Rome. Dès lors, ces différences, dont nous expliquerons les raisons, serviront d'arguments efficaces à l'éclaircissement des décalages repérés par la suite.

Deux traditions interdépendantes seront exposées successivement comme deux éléments historiques responsables d'une résistance caractérisée au "droit au silence"; incompatibilité remarquée plus durablement en France qu'en Angleterre.

L'inquisition et l'utilisation de la violence.

La procédure d'inquisition, ainsi présentée comme une nouveauté par rapport à l'accusation et à la dénonciation, appuyée sur des textes de l'Écriture Sainte²¹, visait à une répression plus efficace des excès commis par les membres du clergé, surtout par les clercs de rang élevé et donc à un sondage effectif du for intérieur de ceux qui doutaient. Mais cette procédure est ensuite devenue de "droit commun" pour favoriser la lutte contre l'hérésie, véritable révolte de masse, justifiant l'emploi de moyens de plus en plus radicaux et diminuant d'autant les concepts, existant à l'époque, de justice naturelle et d'humanité.²²

L'apparition de la procédure d'inquisition.

Il s'agit de montrer comment ce phénomène d'abord politique et circonstanciel s'est implanté de façon durable, par

détourner selon les besoins de l'Église médiévale. "

²¹ Luc, XVI, 1 et suiv., Gen. XVIII, 21.

²²M.D. KNOWLES et D. BOLENSKY, *Nouvelle histoire de l'Église*, Tome II, *le Moyen Âge*, Le Seuil, 1968, p.447

une consécration juridique répétitive pontificale dans toute l'Europe papiste et en particulier en France.

- La naissance politique de l'idée et de la pratique de l'inquisition.

M.D. Knowles définit les hérésies comme " toutes les déviations par rapport à l'enseignement moral et doctrinal du catholicisme "²³. Présentant un danger évident pour l'ordre religieux établi du Moyen Age, puisqu'elles touchaient aux plus profonds mystères de la foi, les hérésies existent selon une intensité variable depuis le V^{ème} siècle. Jusqu'au XI^{ème} siècle, il n'y eut pas d'hérésie en Occident qui menaçât l'ordre public du monde Chrétien. Ce n'est qu'à partir du XII^{ème} siècle que l'hérésie se manifesta par des mouvements populaires largement répandus. Ces mouvements²⁴ entraînèrent la formation d'anti-Eglises et la création d'enclaves dans la chrétienté catholique mettant en péril le principe hiérarchique responsable de la grandeur de l'Eglise unique de l'époque. Sous-estimant l'ampleur du mouvement, l'organisation procédurale tarda à être mise en place. La persuasion était alors préférée aux méthodes violentes. En 1163, à la requête des princes et évêques alarmés par la propagation hérétique, le concile de Tours établit une procédure d'enquêtes ecclésiastiques. La machine répressive organisée sur un mode inquisitorial et religieux était en marche.

Cette répression fit par la suite toujours partie des programmes et ambitions pontificales. Notons à ce sujet les trois buts concomitants que s'était fixé Innocent III à son élection à l'unanimité en 1198 : organiser une croisade; s'assurer le contrôle direct sur toute l'Eglise y compris sur les

²³M.D. KNOWLES, op. cit., p.437.

²⁴On dénombre 3 types de mouvements: 1°) révolte contre la religion des riches, établie, hiérarchique et sacramentelle. 2°) Invasion de l'antique hétérodoxie dualiste en provenance des Balkans. 3°) Hétérodoxie plus systématique et d'un contenu plus large où se manifestent certains esprits cultivés et doués.

populations laïques et leurs souverains fantasques; réformer la Chrétienté, laïcat et clergé. On mesure à quel point la lutte contre les hérésies participait d'une volonté de maintenir la puissance et l'autorité papale sur le monde chrétien de plus en plus menacé par l'Orient, concurrent depuis la conversion de Constantin au Vème siècle. Le choix par Innocent III d'une réponse normative et destinée à durer, s'explique par la personnalité de ce pape. "Innocent n'était ni un penseur profond, ni un pasteur plein de zèle, mais un juriste sachant formuler des principes et établir des jugements, ordonnant les moyens et les méthodes à des fins clairement conçues"²⁵.

- La consécration et l'évolution juridique de l'inquisition.

Les premières mises en formes juridiques de l'inquisition succédant au Concile de Tours sont dues à Lucius III qui, en 1168, après accord de Frédéric Ier, promulgua une décrétale (sentences du pontife). Celle-ci jetait l'excommunication globale sur toutes les hérésies existantes et confiait directement à l'évêque le **devoir d'inquisition**, par inspection et dénonciation, dans toutes les localités réputées pour être des refuges d'hérétiques. Mais cette décrétale, comme le laissait supposer l'implication des princes dans l'apparition des procédures d'enquêtes ecclésiastiques, fait intervenir le pouvoir laïc dans la procédure. Ceux qui étaient dénoncés et incapables de prouver leur innocence, étaient remis aux autorités temporelles. Ces dernières étaient dans l'Eglise, sujettes du pape. Ce dernier détenait réellement l'autorité d'un pouvoir totalitaire. Il y avait aussi la conviction partagée par toute la société qu'il fallait en passer par là. Pendant toute la première partie du XIII^{ème} siècle, l'Empereur, le roi de France, et les autres princes menèrent une répression féroce sans y

²⁵ M.D. KNOWLES, op. cit., p.351.

avoir été invités montrant ainsi qu'ils étaient prêts à soutenir le pape et plus tard l'inquisition.

Cette allégeance permet de comprendre l'acharnement mis à une organisation de plus en plus perfectionnée mais toujours orientée vers le même but : révéler les hérésies par un aveu volontaire ou forcé, le soupçon valant conviction.

Innocent III par des décrétales de 1198, 1199, 1206, 1212 et 1213 contribua durant tout son règne²⁶ à affiner la procédure; à savoir donner plus de vigueur aux lois pénales ecclésiastiques. Ainsi, le IV^{ème} Concile du Latran²⁷ proclama dans son huitième canon, les nouvelles règles de procédure. Il reprenait la décrétale *Qualiter et quando* du 29 janvier 1206, qui rappelle à la manière d'un véritable résumé, que l'inquisition (l'enquête) ne peut avoir lieu qu'en cas de diffamation publique. De même, l'accusation doit être précédée de " l'inscription " et la dénonciation de l'exhortation charitable, dont le nom figure pour la première fois dans la décrétale *Licet Heli* du 2 septembre 1199.

Suivant les décrets de ce dernier Concile, l'empereur Frédéric, en 1220 et le roi Louis VIII en 1226, reconnurent que l'évêque avait le devoir de rechercher et de juger les hérétiques et qu'il revenait au pouvoir séculier d'appliquer la peine.

Pour parachever l'institutionnalisation, Grégoire IX²⁸ transforma la législation impériale en loi canonique²⁹. De ce fait et après qu'il eut confirmé le rattachement du comté de Toulouse³⁰ à la Couronne de France, Grégoire IX fut le plus grand responsable de l'intégration de la procédure d'inquisition dans le droit canon, avec les qualifications pénales qu'elle comprenait. Comme Louis IX avait accepté d'être le bras

²⁶du 8 janvier 1198 au 16 juillet 1216.

²⁷1215.

²⁸règne du 19 mars 1227 au 22 août 1241 après Honorius III.

²⁹en 1231.

³⁰Comté renfermant les principaux foyers hérétiques tels que les albigeois et autres cathares (" les parfaits ").

séculier infligeant la peine³¹ dès 1229, l'organisation fut immédiatement mise en service. A Rome et même en Sicile, le pape autorisa le passage de cette législation du droit religieux au droit séculier. Les cités du Nord de l'Italie suivirent le même mouvement. Pendant les dernières années de Grégoire IX, l'inquisition proprement dite fonctionna à plein régime en France, en Italie, en Allemagne, dans les Pays-Bas et dans le Nord de l'Espagne. Progressivement, l'inquisition, soutenue par le pape, les évêques et les dominicains, communément redoutée et haïe, extirpa le catharisme du Midi et du Nord de la France.

Mais ce phénomène n'importe pas tant par l'hérésie qui l'a causé que par la procédure qu'il a initiée et installée.

L'utilisation de la violence.

- L'expression procédurale ecclésiastique de la violence.

L'utilisation de la violence n'est pas une composante préexistante du droit canon bien que le recours au droit romain, reconnaissant la torture soit un des modes de sa formation.

En effet, les décrétales qui donnèrent lieu aux " Fausses décrétales ", par compilations successives³² autour de 850, contribuèrent à confirmer et établir la tradition canonique sur plusieurs points. Il est significatif, comme nous le remarquons à la suite de Pierre Legendre dans l'introduction de cette section, que ces points d'ancrage du droit canon concernent la procédure judiciaire et en particulier le droit pour tout le monde d'interjeter appel à Rome, l'extension du *privilegium fori* qui donnait aux clercs le droit d'être jugés par un tribunal ecclésiastique. Par ailleurs et surtout, l'un des premiers

³¹ L'*animadversio debita*.

³² Denys le Petit a réalisé la première compilation de décrétales très populaire : la *Dyonisiana*.

principes de ce droit était la protection des inculpés contre toute violence et toute spoliation antérieures à leur condamnation³³.

Mais l'hérésie s'imposa comme un danger capital compromettant l'ambition du pontificat mais aussi comme prétexte à l'affirmation de son autorité, hiérarchique au moins. Ainsi, l'hérésie fut attaquée par les écrits et les sermons d'hommes éminents et plus tard par toutes sortes de frères anonymes envenimant la haine et le désir de punir. Peu à peu la coercition temporelle associée à l'ecclésiastique remplaça la persuasion.

Cette entreprise, directement issue de la décrétale de Lucius III³⁴, réitérée par le IV^{ème} Concile du Latran sous Innocent III et par Grégoire IX, confia aux évêques le devoir et le droit de rechercher et de punir l'hérésie et de remettre les gens reconnus coupables au bras séculier, pour la punition requise. A l'origine, elle avait pour but de s'occuper des hérésies, dont celle des cathares, qui étaient fortement implantées dans certaines régions et qui avaient de nombreux partisans puissants et riches, y compris dans le haut clergé. Les poursuites commençaient par une exhortation à la confession, accompagnée de promesses de pitié. On rappelait aux croyants le droit de dénoncer les coupables. Ces notions décrites plus haut ont démontré intrinsèquement leur incompatibilité avec tout refus de répondre. La responsabilité de se disculper appartenait donc aux accusés eux-mêmes. Étrangère à toute présomption d'innocence, cette procédure plaçait le salut du suspect dans la parole et l'aveu.

³³A côté de la collection des fausses décrétales, la plus influente, apparaissait aussi celle des "Capitula d'Angilramne" qui sont un court traité de procédure criminelle concernant les ecclésiastiques (attribué au pape Adrien Ier). On remarque avec intérêt la place attribuée à la procédure pénale dans ce droit mettant en exergue le souci de répression animant les chefs de l'Eglise. Ceci s'explique par le but affiché de la législation canonique d'affirmer la suprématie ecclésiale et pontificale et de freiner la sécularisation.

³⁴voir supra p.31.

En effet, si la personne se montrait incapable de prouver son innocence, elle était aussitôt soumise à un interrogatoire dont le but déclaré était d'obtenir d'elle un aveu d'hérésie. De l'échec de la preuve de la foi découlait immédiatement l'obligation de s'accuser soi-même; c'est-à-dire d'avouer. Quand cet aveu était acquis, on fixait une peine plus ou moins lourde.

“ Tout au long de la procédure, les dés étaient pipés pour l'accusé ”³⁵. C'est une façon triviale mais claire d'exprimer la situation de l'accusé dans laquelle toutes les protections dont il avait joui dans les premiers temps, l'avocat, l'inadmissibilité des preuves obtenues par la violence, la protection contre la torture et contre son renouvellement, furent progressivement diminuées par la législation, par la casuistique et par le recours direct et déclarés à des faux-fuyants. Ainsi des tentatives que firent des papes comme Clément V³⁶, pour imposer un traitement équitable aux accusés, furent ignorées. Le perfectionnement de cette répression grâce à une connaissance meilleure et nouvelle du droit romain qui contenait une législation contre le manichéisme³⁷ autorisait la peine de mort et regardait l'hérésie comme un crime d'Etat ou de trahison. On trouve ici une justification future par la gravité du crime de la confiscation de tout droit de la défense. Mais la violence utilisée pour extorquer l'aveu aux XII^{ème} et XIII^{ème} a marqué pour longtemps la procédure criminelle car elle correspondait à une évolution de l'opinion publique en faveur du pouvoir autoritaire. On passa de l'emprisonnement et de la confiscation des biens à la peine du feu dès 1197. Les historiens contemporains ont pu écrire : “ La cruauté légale et délibérée du XIII^{ème} siècle était un phénomène nouveau. L'usage de la torture, auquel avait répugné la génération précédente, ne

³⁵M.D. KNOWLES, op.cit., p.446.

³⁶règne du 5 juin 1305 au 20 avril 1314.

³⁷Une des hérésies dualistes que le droit impérial byzantin condamnait déjà à mort.

rencontrait plus de scrupules. Le sens de l'humain, prôné par la littérature patristique et la littérature ancienne, s'était perdu. L'affirmation philosophique des droits naturels n'avait pas encore été lancée ³⁸.

Dès lors, rien n'empêchait des régressions fulgurantes et désastreuses pour les garanties des individus; régressions d'autant plus irrémédiables qu'elles correspondaient à " l'air du temps " de la puissance inédite mais menacée de l'Eglise chrétienne catholique. La législation et la jurisprudence prenant le relais, l'inscription indélébile de cette tendance dans le temps n'était pas pour contredire l'esprit du droit séculier subséquent.

- La perpétuation de la violence en droit séculier.

Les interventions des autorités séculières dans la procédure d'inquisition ecclésiastique ainsi que les nombreux exemples de transformation de lois impériales en lois canoniques et inversement témoignent de la perméabilité des corps de textes juridiques. Et le mouvement de l'inquisition même tendait à son expansion. Elle s'étendit bientôt au " droit commun " de tout le clergé puis aux non cléricaux. La contagion de cette procédure inquisitoire au droit non canonique donna lieu au remplacement de tous les tribunaux (épiscopaux) de droit commun par les tribunaux chargés de l'inquisition. Cette procédure devenant le principe d'organisation de la répression dans l'Eglise, il semblait difficile d'épargner le droit séculier.

Alors que la procédure d'accusation était décrite par les coutumiers français comme la procédure de droit commun, l'effet du développement de la procédure d'inquisition fut de présenter les règles d'ordre inquisitoire comme " des institutions qui viennent atténuer l'exigence d'une accusation pour le déclenchement du procès " ³⁹. L'intention sous-tendant

³⁸M.D.KNOWLES, op.cit., p.447.

³⁹André LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je?,

cette transformation était d'instituer l'ancêtre du ministère public; c'est-à-dire d'un agent favorisant la poursuite dans l'intérêt de l'accusateur d'abord; de la société entière ensuite. La recherche d'une plus grande répression coïncidait avec l'incitation à poursuivre et donc au basculement de la responsabilité du procès de la victime au seigneur ou au juge.

L'autre institution qui a contribué à imprimer son caractère inquisitoire à la procédure a été la torture. Celle-ci apparaît dans les textes et les documents dès la seconde moitié du XIII^{ème} siècle, probablement d'abord dans les juridictions royales où l'interdiction du duel judiciaire⁴⁰ par Saint-Louis avait dû rendre délicat le travail du juge, mais aussi dans les juridictions seigneuriales⁴¹. L'élimination du duel laissait donc intacte la question, autre nom de la torture. " Elle se généralise au XIV^{ème} siècle. Devant le Châtelet, elle est presque automatiquement appliquée. La question demeurera, dans la suite de l'évolution, une des caractéristiques du procès inquisitoire, avec la poursuite d'office et le secret qui n'apparaîtra vraiment qu'à la fin du XV^{ème} siècle"⁴². La question dont le seul objet était l'aveu se trouve régie complaisamment par des coutumes et du droit écrit et notamment la grande ordonnance du mois d'août 1670 dont il est question dans le second paragraphe de ce même chapitre. Confondue au Moyen Age avec l'interrogatoire banal, la question est de plus en plus identifiée comme un moyen de preuve supplémentaire en cas d'échec d'un interrogatoire simple. C'était dans l'ordonnance une " peine " prononcée

1985, p.45.

⁴⁰Le duel judiciaire ou "bataille", ultime ressource probante, étaient des combats qui, à l'époque féodale, pouvaient opposer des champions représentant des parties incapables de livrer en personne le duel. Il a été interdit par deux ordonnances de Saint-Louis de 1254 et 1258.

⁴¹Les coutumes de Beauvaisis y font une allusion très nette. de même que les Assises de la Cour des Bourgeois de Jérusalem, la très ancienne coutume de Bretagne, etc.

⁴²A.LAINGUI, op.cit., p.47.

contre l'accusé pour "çaavoir de lui la vérité, [...] et pour avoir révélation de ses complices"⁴³. Elle ne se concevait que dans des cas précis liant son application à la gravité du crime et de la peine risquée. Les conditions préalables étaient : crime passible de mort, un crime constant et dont la preuve était accablante.

Ce n'est qu'avec l'affirmation plus réelle des droits préservant l'intégrité physique des individus et l'introduction d'éléments d'ordre accusatoire dans la procédure pénale française que cette procédure fut prohibée.

La tradition ambivalente de la confession.

Le serment en droit canonique.

- Une invention des canonistes et de la doctrine.

Pour Esmein⁴⁴, qui s'oppose en cela à des historiens comme Paul Fournier⁴⁵ ou Albert Desjardins⁴⁶, le serment des inculpés de dire la vérité dans les procédures contre les hérétiques n'était qu'une application du droit commun canonique. C'est donc la thèse qui voit le serment comme une

⁴³Daniel JOUSSE. *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, 1789, cité in Christos BAKAS, *Les individus dans la procédure criminelle d'après l'ordonnance de 1670*, mémoire pour le DEA d'histoire du droit, 1977, Paris, p.71.

⁴⁴Adhémar ESMÉIN, "Le serment des inculpés en droit canonique", *Etudes de critique d'histoire*, 2ème série, vol.7, Bibliothèque de l'École des Hautes Etudes, 1896, p.231.

⁴⁵Paul FOURNIER, *Les officialités au Moyen-Age*, Paris, 1880, p.276 : "C'est qu'en effet, nul texte n'impose cette obligation [le serment de dire la vérité] au prévenu; les décrétales dont on a cherché à la déduire ont toutes trait, non à l'inquisition dirigée contre un individu, mais à l'inquisition *super statu ecclesiae* [...]".

⁴⁶Albert DESJARDINS, *Les cahiers des Etats-Généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, 1883, p.284 : "Le clergé, qui n'avait pas jadis contribué à l'établir, insiste maintenant d'une manière toute particulière pour qu'il soit aboli comme contraire au droit naturel, et mettant les accusés dans l'alternative cruelle de se condamner eux-mêmes ou d'être parjures".

invention du droit canonique préexistant à la procédure d'inquisition telle que réglée par les décrétales d'Innocent III dès 1198⁴⁷. Constituant unanimement un abus pour tous ces auteurs⁴⁸, cette pratique existait donc avant la mise en oeuvre de l'inquisition. Ainsi même dans le cadre d'une procédure accusatoire, pratiquait-on la prestation de serment depuis le IX^{ème} siècle. La procédure appelée *diffamatio*, dûment établie à l'égard d'une personne déterminée, permettait au juge ecclésiastique d'obliger celle-ci à se disculper par le serment et les cojurantes, à subir la *purgatio canonica*, sans permettre de produire des témoins contre elle. C'est par la transformation de cette procédure, opérée par Innocent III, que l'introduction du serment se généralisa. En effet, la procédure devint *per inquisitionem* permettant alors au juge d'ouvrir une procédure d'office contre le *diffamatus*, dresser des *articuli* ou actes d'accusation auxquels celui-ci était tenu de répondre, produire contre lui des témoins, et le condamner sur leur témoignage s'il entraînait conviction. Désormais, le serment, lié à l'ancienne procédure *purgatio canonica*, se trouvait lié à la nouvelle, permettant au juge d'agir *ex officio* et de mener l'enquête. Le serment recouvrait toute une dimension occultée par la procédure du *purgatio canonica*, et révélée par la procédure

⁴⁷TANON, *Histoire des tribunaux de l'inquisition en France*, Paris, 1893, p.348 : " Cette formalité qui oblige l'inculpé à s'accuser lui-même, n'est pas une particularité de la procédure contre les hérétiques ; elle était exigée d'une manière générale dans la procédure d'inquisition toutes les fois que la poursuite avait lieu d'office ".

Cette série d'opinions divergentes quant au serment en droit canon suggère une réflexion quant à la perception générale de la situation de l'accusé par les auteurs de la fin de XIX^{ème} siècle. Pour certains, il semble que cette obligation était tellement cruelle qu'elle n'eût pu être exigée qu'en des cas exceptionnels de doute quant à la foi. Pour d'autres, quoiqu'elle fut l'invention des canonistes, elle n'en demeure pas moins une règle inadmissible de nos jours.

⁴⁸A.ESMEIN, *op.cit.*, p.231 : " L'un des traits les plus odieux que présentait la procédure criminelle de notre ancien droit, et qui se retrouvait d'ailleurs dans le droit de la plupart des nations d'Europe, était le serment imposé aux accusés de dire, même sur eux, toute la vérité ".

d'inquisition. L'inculpé était interrogé, pressé de questions habiles par un juge subtil. C'était à ces demandes, dont souvent il ne pouvait comprendre le but et la portée, que son serment l'obligeait de répondre en toute vérité. Dès lors, rien ne se trouvait si adapté à la procédure inquisitoire nouvelle que le serment.

Mutation requise à cause de l'inefficacité de la procédure ancienne reposant seulement sur les velléités des accusateurs⁴⁹, celle-ci ne souleva pas d'opposition catégorique car sa justification était la possibilité pour l'inculpé de jurer son innocence et ainsi d'échapper à toute condamnation. D'autre part, et cette fois-ci dans un sens défavorable à la personne poursuivie, le serment poussant à l'aveu de sa culpabilité offrait une preuve facile et irréfutable court-circuitant le recours aux difficiles preuves légales. En outre et pour abonder dans le sens d'une dénonciation de l'iniquité du refus de tout "droit au silence" de l'accusé, l'obligation au serment avait une sanction simple et énergique. L'*inquisitus* qui refusait de prêter serment après trois monitions, était considéré comme *confessus* ; c'est-à-dire comme ayant avoué et comme pleinement coupable. Et Esmein de conclure : " On le voit, le droit canonique, par l'organe de ses praticiens et de ses prudents, a bien créé le serment des inculpés. C'est par ses principes propres qu'il le justifia et en limita d'abord l'application. Il s'introduisit ailleurs naturellement, par l'évolution des institutions, et ne résulta point de l'application d'un plan préconçu "⁵⁰.

- Les effets de l'introduction du serment.

L'utilisation généralisée du serment dans la procédure criminelle en droit canonique entraîna la disparition de la distinction entre l'inquisition d'office et l'inquisition (enquête) sur l'accusation d'un tiers (*inquisitio cum promovente*). Dans

⁴⁹ cf. supra, p.36 : remarque sur le passage en droit séculier de la violence.

⁵⁰ A.ESMEIN, op. cit, p.241.

cette dernière, on admit que l'inculpé soit obligé de répondre sous la foi du serment dans toutes les hypothèses où cette obligation était admise même quand on procédait de façon accusatoire (*per accusationem*). On finit par imposer dans tous les cas le serment à l'*inquisitus* malgré la présence d'un *promovens*.

Ensuite, dans les cas où l'on reconnaissait que les accusés proprement dits étaient obligés de répondre aux accusations ou aux interrogatoires, il était naturel de leur faire prêter serment de dire la vérité (*juramentum de veritate dicenda*). Ainsi, "l'*inquisitio* avait, en quelque sorte déteint sur l'*accusatio*, lui communiquant une partie de ses règles"⁵¹.

Cette tradition, qualifiée par la suite d'abusive, a donc été un trait constant de la procédure canonique où dans tout procès, l'une des parties au moins, l'une et l'autre le plus souvent, prêtent un serment destiné à assurer leur sincérité et à procurer des aveux. Procédant de l'engagement éperdu du droit canonique dans la recherche de la vérité absolue, le serment constitue bien une caractéristique de la tradition de la confession et un de ses résultats. Ce résultat semble d'autant plus naturel qu'il a été maintes fois justifié pour faire face à quelques critiques de Saint-Thomas d'Aquin notamment⁵². La question de la vérité et de sa dissimulation par le silence a donc été une des préoccupations fondamentales des canonistes. Elle a été résolue par le recours au serment de dire la vérité et par la disqualification du silence comme moyen de défense; celui-ci étant assimilé au mensonge et donc à l'aveu de la culpabilité.

⁵¹A.ESMÉIN. op. cit., p.246.

⁵²Saint-Thomas soulève le problème du serment comme dépouillant l'accusé de toute défense. Examinant la légitimité et la portée de cette pratique, il décide que le serment n'oblige pas celui qui l'a prêté à dire toute la vérité. Il ne doit dire celle-ci que sur les points auxquels il est tenu de répondre selon les règles de droit.

La résistance anglaise au droit pontifical.

Cette résistance est d'abord issue du peu d'intérêt porté par Rome à l'Angleterre après les invasions répétées des Vikings pendant la deuxième moitié du IX^{ème} siècle, à tel point qu'à la fin de cette période " on ne pouvait savoir si l'Angleterre deviendrait une province dépendant du continent ou un avant-poste de la Scandinavie " ⁵³. La conquête normande, dès 1066, rendit à l'Eglise chrétienne un essor perdu. Des synodes furent tenus, des tribunaux chrétiens furent institués, des églises furent construites, le droit canon fut appliqué. Mais de tout ceci, le pape ne se mêla point. Le pape devait être révééré mais tenu à distance. Cette situation dura tant que vécut le roi (Guillaume I^{er}) et l'archevêque (Lanfranc). Mais l'oeuvre de Lanfranc subsista, à savoir la réorganisation et la rénovation de l'Eglise d'Angleterre. Par la suite, l'Eglise d'Angleterre fut perturbée par la volonté des rois, et notamment Jean en 1207, de la contrôler par la désignation des évêques. L'Angleterre fut d'ailleurs placée sous interdit pour cinq années le 24 mars 1208, par Innocent III.

Cette évolution chaotique et artificielle de l'Eglise anglaise face à la papauté peut indiquer au moins partiellement les différences d'imprégnation de certaines procédures par rapport à la France. Mais les influences continentales ont quand même joué de façon significative en Angleterre au Moyen Age.

• Le serment refusé.

Les Puritains résistaient aux efforts des Elisabéthains (1558-1603) et des premières autorités Stuart (1603-1640 environ) tendant à imposer des formes anglicanes de culte. Les juridictions ecclésiastiques et les juridictions que sont la *High Commission* et la *Star Chamber* entamèrent des procédures disciplinaires diverses. Ces cours menèrent leurs enquêtes au

⁵³M.D. KNOWLES, op. cit., p.55.

moyen de la procédure *ex officio* ; c'est-à-dire de la procédure engagée d'office par le juge. Quand ces cours employaient cette procédure, elles prévenaient l'accusé qu'il devait déposer sous serment suite à toute question que la cour pouvait lui poser pour les besoins de l'enquête. Par conséquent, comme en France, et dans le reste de l'Europe, un défendeur qui refusait de prêter serment était emprisonné pour outrage à la cour (*contempt*) ou assujetti à des sanctions encore plus dures. C'est parce que ces accusés étaient typiquement coupables de pratiquer une religion non conformiste qu'ils étaient soumis à enquête et qu'ils résistaient à la procédure d'office sous serment.

Cette résistance emporta l'exaltation d'un adage issu du droit médiéval de l'Eglise romaine : *nemo tenetur prodere seipsum*.

- Les origines retrouvées.

Cette maxime est traduite par : " nul ne peut être forcé de s'accuser soi-même ". Elle existait dans un but précis : clarifier la ligne de démarcation entre les deux sphères de l'obligation chrétienne. Le devoir de confession des croyants ne devait pas entraîner le déclenchement de poursuites contre eux. Extraite du *Ius commune* du Moyen Age, cette idée a été invoquée à la Renaissance par les Puritains persécutés dans leur croyance par les Anglicans au pouvoir.

Selon Richard Helmholz⁵⁴, ce moyen de défense a influencé la pratique des juridictions ecclésiastiques anglaises longtemps avant les premières attaques contre l'iniquité des *High Commission* et *Star Chamber*. Ainsi pour Michael McNair⁵⁵ également, le *privilege against self-incrimination*

⁵⁴Richard HELMHOLZ, " Origins of the privilege against self-incrimination : the Role of the European *Ius Commune* ", 65, *New-York University Law Review*, 1990, p.962-982.

⁵⁵Michael McNAIR, " The early developments of the Privilege against self-incrimination ", vol.10, *OJLS*, 1990, p.66.

n'est pas une invention anglaise tendant à protéger la procédure criminelle accusatoire contre les incursions de la procédure inquisitoire continentale et impériale. La thèse ainsi développée surprend par son originalité. La notion sous-tendant le *privilege* britannique a ses origines au coeur de la tradition européenne, en tant que sous-principe de la procédure inquisitoire, des siècles avant l'apparition des avocats dans le procès pénal!

Toutefois, nous maintiendrons la démonstration précédente en vertu de laquelle, les éléments de la procédure inquisitoire issus de principes canoniques ont conditionné une évolution différente en France et en Angleterre du fait d'une assimilation différente de ce principe. En effet, l'introduction en *common law* (droit commun) de cet adage n'a pas pu avoir lieu avant l'autorisation des conseils de la défense au procès criminel⁵⁶.

2. LA SOLITUDE DE L'ACCUSE.

L'importance des traditions et des règles du droit canonique se traduit dans les traces qui subsistent au sein des juridictions pénales séculières. Ces empreintes sont reconnaissables en France, avant la fin du XIX^{ème} siècle, et en Angleterre, en dépit de sa résistance marquée à la papauté, avant la fin du XVIII^{ème} siècle.

Deux éléments témoignent de ces survivances au moment des premiers procès pénaux modernes du milieu du XVI^{ème} siècle : l'absence de conseil dans la procédure criminelle pour assister l'accusé et les moyens de preuve encore largement soumis au système des preuves légales. La description de ces deux éléments permet de comprendre l'étendue de l'obstacle porté à l'évolution d'un "droit au silence" de l'accusé.

⁵⁶Voir infra, p.68.

L'absence de conseil.

De l'interdiction du conseil à la défense, inscrite en droit positif, découle l'inopportunité pour l'accusé de se taire puisque personne à sa place ne pourra assurer sa défense. Les raisons de cette prohibition typique d'une procédure inquisitoire sont à rechercher dans les conceptions présidant à la tenue d'un procès en Angleterre puis en France.

Les lois prohibitives.

- Le droit positif en Angleterre.

Le principe sous-jacent de la procédure criminelle était qu'une personne accusée d'un crime sérieux se voyait interdire la possibilité de recourir à un avocat. Les crimes concernés par ce principe étaient la *treason* et la *felony*. Toutefois, cette règle ne s'étendait pas aux infractions de plus faible gravité : les *misdeamano*r. La raison principale qui excluait les *misdeamano*r de la règle de l'interdiction d'un conseil était que ces infractions étaient essentiellement considérées comme des infractions de caractère civil.

Ce principe intangible jusqu'en 1696, date du *Treason Act*, s'est vu assoupli progressivement pour disparaître définitivement en 1836 (à propos du crime de *Felony*). Pourtant entre 1696 et 1836, des restrictions substantielles à l'intervention de l'avocat empêchèrent de voir dans cette assistance réduite une circonstance favorable à la discrétion de l'accusé. L'effacement de l'accusé n'était concevable comme moyen de défense que si d'une part, quelqu'un pouvait s'exprimer à sa place et, d'autre part, si le silence ainsi choisi, n'allait pas être considéré comme une preuve de la culpabilité. L'ombre du "droit au silence" ne s'entr'aperçoit que dès qu'existe un choix réel pour l'accusé de se taire. Cette affirmation s'illustre parfaitement dans la phrase imagée mais

très vraie de John H. Langbein tirant les conclusions d'un refus de parler de l'accusé aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles en Angleterre : “ *The right to remain silent when no one else can speak for you is simply the right to slit your throat [...]* ”⁵⁷.

Les limites posées à l'action défensive du conseil après 1696 et jusqu'à 1836, consistaient donc à continuer à forcer le suspect à parler lors de son propre procès. Les juges permettaient alors à l'avocat d'interroger (*examine*) et de contre-interroger (*cross-examine*) les témoins mais ne lui permettaient pas de s'adresser au jury. Il va sans dire que ces pratiques, en vertu du pouvoir des juges de les instituer, s'installaient et se désinstallaient progressivement au fil des tendances et des conceptions. C'est le mécanisme de la *common law*, chasse gardée des juges, maîtres de l'application de la procédure criminelle.

En 1777, un juge expliqua la pratique de l'époque au défendeur lors d'une instance à l'*Old Bailey* (juridiction criminelle de Londres) : “ Votre conseil n'a le loisir d'établir aucun élément en fait; ils ne sont autorisés qu'à interroger vos témoins; et ils sont ici pour plaider sur toute question de droit qui pourrait s'élever ; mais si votre défense se fonde sur un élément de fait, vous devez vous-même la déclarer à moi et au jury. ”⁵⁸ Dans une instance devant l'*Old Bailey* vingt années plus tôt, lorsque le juge appela l'accusé à exposer sa défense à la suite de la partie poursuivante, les propos du défendeur ont été rapportés ainsi : “ Mon conseil parlera pour moi ”. Le conseil corrigea alors son client : “ Je ne peux pas parler pour vous, vous devez parler pour vous-même ”.

⁵⁷ “ Le droit de demeurer silencieux lorsque personne ne peut parler pour vous revient tout simplement au droit de vous trancher la gorge [...] ”, John H. LANGBEIN, “ The historical origins of the privilege against self-incrimination ”, *Michigan Law Review*, march 1994, p.1054.

⁵⁸RUSSEN, OBSP (Octobre 1777) cité par John H.LANGBEIN, d'après Stephan LANDSMANN, “ The rise of the contentions spirit : Adversary Procedure in Eighteenth Century England ”, *Cornell Law Review*, 1990.

Dès lors, même avec un avocat de la défense sur la scène du procès, le système britannique de la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle commandait au défendeur en matière pénale : “ Vous devez parler pour vous-même. ”⁵⁹. Cette appréhension du défendeur en tant que ressource testimoniale est parfaitement compréhensible. Il est après tout le témoin le plus efficace qui soit. Mais dans de telles conditions, il aurait été contradictoire d'affirmer qu'au XVIII^{ème} siècle, il existait un droit de demeurer silencieux alors que, même aux défendeurs représentés par un avocat, les juridictions expliquaient qu'ils devaient parler pour eux-mêmes.

- Le droit positif en France.

La procédure criminelle française a connu plusieurs vagues de mises en forme juridique. Mais la plus achevée, marquant la première codification de toutes les dispositions légales et usages de l'époque, fut l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670. Cet acte juridique constituait un événement exceptionnel pour l'époque et, bien que loué pour sa sagesse, son équité, sa clarté et sa précision, ne rétablissait que péniblement un équilibre favorable à la nécessité encore réaffirmée d'assurer une répression efficace. Selon les plus célèbres commentateurs de l'ordonnance, celle-ci aurait multiplié les garanties concernant les droits individuels en matière de jugement et d'instruction⁶⁰. L'“ âme du procès ” avait pour objet d'empêcher de livrer un citoyen “ indifféremment au ressentiment de son accusateur ”. Ces bonnes résolutions auguraient d'une envolée des droits de la défense. Pourtant de sérieuses limites à leur exercice subsistaient dans le souci de

⁵⁹MURDOCK, OBSP, Octobre 1755, cité dans LANGBEIN, “ Shaping the XVIIIth century criminal trial : A view from the Ryder Source ”. University of Chicago Law Review, 1983.

⁶⁰D.JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*, Paris, 1789; P-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes en droit criminel*, Paris, 1757.

préserver les intérêts vengeurs de la société des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles.

Ce conflit faisait rage notamment en matière de conseil à la défense. Le ministère d'avocat en matière pénale opposait de nombreux doctrinaires, même si l'idée selon laquelle la protection de l'innocence est une règle d'équité fondamentale réunissait alors un consensus général. On citera à ce propos, à l'instar de Christos Bakas⁶¹, une observation de Lamoignon lors de la rédaction de l'ordonnance : " Il est certain qu'entre tous les maux qui peuvent arriver dans la distribution de la justice, aucun n'est comparable à celui de faire mourir un innocent et il vaudrait mieux absoudre mille coupables ".

La restriction du droit de l'accusé à l'assistance d'un conseil entamée par l'ordonnance plus partielle de 1539⁶² est encore amplifiée dans celle de 1670. Un principe général d'interdiction est posé par l'article VIII du titre XIV de l'ordonnance de 1670 privant l'accusé du ministère de conseil même après la confrontation et en dépit des protestations de Lamoignon.

De même que la *common law* britannique au XVIII^{ème} siècle autorisait dans certains cas la représentation de l'accusé, l'ordonnance française de 1670, dans l'article précité, prévoit limitativement les cas dans lesquels un conseil est autorisé, après l'interrogatoire de l'accusé. Pour les infractions légères ou crimes dits " non capitaux " de l'article IX du titre XIV, le ministère d'avocat dépendait d'une permission discrétionnaire du juge.

⁶¹Christos BAKAS, Les droits individuels dans la procédure criminelle d'après l'ordonnance de 1670, Mémoire pour le DEA d'histoire du droit, Université de Paris, 1977.

⁶²art.162 de l'ord. de 1539 prohibant l'assistance d'un conseil à l'accusé. Cependant, une incertitude est demeurée quant à cette interdiction même après la confrontation. Si des cas exceptionnels ont autorisé la présence d'un conseil après la confrontation sous le régime de l'ord. de 1539, le ministère d'avocat restait globalement exclu de la procédure criminelle d'alors.

Ainsi, l'esprit gouvernant la procédure criminelle de l'époque s'opposait à une telle assistance forçant, pour des raisons que nous détaillerons ensuite, l'accusé à assurer sa propre défense et donc à parler.

Les raisons invoquées.

- La structure du procès en Angleterre.

John H. Langbein a judicieusement qualifié le procès pénal britannique de “procès où l'accusé parle” pour en tirer la théorie opposée à une conception accusatoire du procès : *the accused speaks theory*. Cette théorie comprend une série d'éléments prohibant le choix, pour le suspect, de se taire pour se protéger et ne pas s'auto-incriminer. Les éléments convergent pour refuser toute légitimité à l'assistance d'un conseil pour le défendeur à l'instance.

Le premier élément concourant à la théorie du “procès où l'accusé parle”, est la conception du rôle joué par la cour lors du procès pénal anglais du XVII^{ème} siècle. Régnait alors le dogme de *la cour comme conseil pour le prisonnier*⁶³. Mais cette grande règle du procès pénal justifiant la solitude de l'accusé a connu des fluctuations dans sa mise en oeuvre. L'isolement du prisonnier était d'autant plus pesant que l'affaire en cause était de caractère politique. Il n'était donc pas rare, notamment lors de la période troublée du règne des Tudor-Stuart, que les juges influencent le jury dans le sens d'une condamnation de la personne “afin de plaire à un meilleur client, le roi [...]”⁶⁴. Ce n'est en fait que dans les procès non

⁶³ Dogme selon lequel : “*The court ought to be [...] of counsel for the prisoner, to see that nothing be urged against him contrary to law and right*”. Edward COKE, *the Third part of the Institutes of the Laws of England : concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (London, M. FLESHER, 1644) cité in J.H. LANGBEIN op. cit. p.1050.

⁶⁴ John HAWLES critiquant en 1689 les juges de l'époque, dans un tract

politiques que ce rôle revendiqué de conseil à l'accusé était pleinement assuré par les juges. John H. Langbein révèle même que ces procès, n'attirant que peu de publicité, manquaient également de conseil pour le demandeur, moyennant quoi la cour fournissait des arguments aux deux parties en présence! Outre ces bizarreries de la pratique la règle de la cour comme conseil était restreinte dans sa définition par l'étendue de l'aide des juges. Celle-ci devait se limiter aux questions de droit. Il s'agissait ainsi de remédier à ce qui, en France également, plaidait en faveur de la présence d'un conseil : l'ignorance du droit par la plupart des défendeurs⁶⁵. Par conséquent l'assistance procurée par le juge se cantonnait à une protection de l'accusé contre une procédure illégale ou une mise en accusation non conforme, par exemple. La règle ne signifiait pas que les juges aidaient le défendeur à formuler sa défense. Aussi bien l'idée sous-tendant l'agencement de la coutume correspondait-elle au fait qu'un inculpé ne devait pas avoir d'avocat et le félon prétendu devait parler dans son propre intérêt sans recourir au tiers. De ce fait, tout silence le condamnait puisqu'impuissant à éclairer le juge et le jury sur les éléments de fait établis par l'accusé seul ou éventuellement, mais dans un sens accablant, par l'accusation.

Un second élément permettrait d'expliquer le refus délibéré d'un conseil au secours de la personne poursuivie en

suivant le renversement de James II.

⁶⁵ " *The court... are to see that you suffer nothing for your want of knowledge in mother of law* ", Chief justice HYDE, expliquant à un défendeur pour trahison en 1663, les limites du devoir de la Cour. Le même argument en faveur d'un conseil de la Cour était exprimé en France en 1785 par un certain M... de Boston, cité par C. BAKAS, op. cit., in " *Essais sur ce droit et le besoin d'être défendeur quand on est accusé et sur le rétablissement d'un conseil après le confrontation* ". L'auteur précise que la défense était alors, dans ce camp, considérée comme l'exercice " d'une juste et indispensable prérogative pour un citoyen trop peu instruit des lois et des formes, trop faible, trop accablé du poids d'une accusation capitale pour se défendre lui-même quand on lui en fournissait les moyens qu'on lui ôte ".

matière de fait. Activement avancé par les partisans⁶⁶ d'une justice peu regardante quant à la situation particulière de faiblesse de la personne dont l'innocence est mise en doute. L'argument est celui déjà évoqué de la qualité de témoin privilégié que présente l'accusé⁶⁷. Ce dernier étant le mieux placé pour rendre compte des circonstances de fait, son témoignage direct est repris et perçu comme favorable à sa défense eu égard à son authenticité unique. Dès lors, le défendeur innocent n'a pas besoin de conseil dans la mesure où sa verve sera aussi efficace que celle d'un avocat. Et dans le cas où il est coupable, le discours autant que la gestuelle et la contenance seront de nature, selon Hawkins, à faire apparaître la vérité tant leur caractère artificiel se discernera aisément. Opinion largement partagée à l'époque, il est d'autant plus évident aujourd'hui de comprendre que l'usage de la parole pour soi au procès criminel revêtait alors une dimension décuplée puisque ce moyen seul servait de défense à l'accusé. Ne pas l'utiliser revenait à renoncer à toute défense (la présence d'un jury et son pouvoir de moduler les peines).

Le caractère inconcevable du silence lié à l'absence de conseil s'observait de la même manière en France mais pour des raisons correspondant à une forme différente de procès, encore plus inquisitoire.

- Le règne de la répression et du secret en France.

Afin de réfuter les arguments prenant à témoin le droit naturel pour exiger un avocat de la défense, les cinglants commentateurs arguèrent de la nuisance provoquée à la société. La nécessité de la répression devenait le point nodal de la thèse des adversaires de la défense. Des auteurs tels que Pussort,

⁶⁶Serjeant William HAWKINS, *Pleas of the Crown*, 1721, auquel John H. LANGBEIN fait référence.

⁶⁷l'expression employée : " *The accused as a testimonial resource* ".

contradicteur de Lamoignon ou le Président Le Coigneux et Talon dénoncent l'effet dilatoire d'une défense, assurée par le procureur, sur la recherche de la vérité et donc sur la mise en oeuvre de la répression. La vocation même d'un défenseur étant de " procurer par toutes voies l'impunité à l'accusé "68 contient un fondement malsain que la conscience réproouve. Plus précisément, ils admettaient la possibilité de plaider par procureur, seulement dans des cas très précis tels que péculation, concussion..., et ce à l'appui d'un usage établi depuis 153969 selon lequel l'assistance d'un conseil était rarement autorisé à Paris. Par ailleurs, le soin de découvrir un vice en matière de droit capable d'annuler la procédure était confié au juge lors d'un examen d'office70 ou aux parents de l'accusé. Ceci fournissait un argument de plus pour soutenir qu'une défense supplémentaire par un spécialiste aurait constitué un avantage disproportionné par rapport à la gravité des charges en cause.

A notre sens, c'est d'une façon moins fallacieuse et donc plus déterminante, que l'option pour une procédure secrète a permis d'aboutir au résultat proposé par l'ordonnance de 1670. Quoique le principe d'une procédure secrète ait été vilipendé par les auteurs libéraux déjà cités71, cette forme n'a pas été abandonnée par l'ordonnance de 1670. Introduite avant 1539 en France72, elle avait pour but de prévenir la corruption des

⁶⁸PUSSORT, propos rapportés au procès-verbal de l'ordonnance 1670 sous l'article VIII, titre XIV, interdisant le ministère d'avocat.

⁶⁹Suite à l'affaire *CORBOYER*.

⁷⁰Cette organisation rappelle la doctrine anglaise de *Court as counsel*.

⁷¹ " [...] Toute personne qui respire en France est soumise à la procédure criminelle par laquelle on est jugé dans le secret sans être défendu[...] " M... op. cit..

L'instruction se faisait secrètement, " sans aucune communication de partie à partie, mais seulement de partie au juge[...]. L'accusé, ne se trouve jamais en présence de son accusateur, il connaît les témoins qu'on lui oppose seulement par la confrontation qui lui en est faite après que ceux-ci ont été entendus et récolés [...] ", MUYART DE VOUGLANS op. cit..

⁷²Cf article I de l'ordonnance de 1498 sous Louis XII; ordonnances de 1535 et 1536 pour la Provence et la Bretagne respectivement.

témoins de la part des accusateurs et des accusés et d'accélérer la procédure criminelle. Pour Jousse, le secret de cette procédure a été consacré afin d'éviter le "tumulte et les acclamations du peuple et les violences et voies de fait qui pouvaient se commettre contre les parties et quelquefois contre les juges". Le secret avait pour effet de faire comparaître une personne dépourvue de toutes les armes et pièces nécessaires à une défense sauf celles qui l'incriminent⁷³. Par ailleurs seuls les comptes-rendus de ses interrogatoires lui étaient communiqués. Dès lors, la défense de l'accusé en général et l'oeuvre du défenseur en particulier (lorsqu'elle était autorisée) s'en trouvaient amenuisées. En effet, le manque d'éléments à la disposition de l'accusé ne pouvait que l'inciter à parler, c'est à dire à constituer un argumentaire dépendant exclusivement de sa propre expérience. Aussi sa parole personnelle pouvait-elle constituer la pièce maîtresse d'une argumentation apte à faire basculer le jugement en sa faveur mais difficile à construire directement contre l'exposé de la partie civile. La quasi inexistence du contradictoire étant caractéristique⁷⁴, l'accusé ne pouvait compter que sur le récit le plus convaincant possible de sa vision des faits sans pouvoir tirer profit d'un exposé de l'accusation dont les éléments sont connus pour la première fois à l'audience.

Mais la solitude, obligeant l'accusé des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles à parler pour lui-même, peut se démontrer par l'exposé et l'analyse d'un autre volet caractérisant la procédure criminelle : les moyens de preuve.

⁷³D'après un arrêt cité par C. BAKAS du 3 septembre 1667.

⁷⁴MERLE et VITU, op. cit., p.186, décrivent la procédure telle que réglementée par l'ordonnance de 1670 en dénonçant l'un de ses "vices évidents" : son exclusion expresse de la défense accentuée par l'absence de contradiction vraie.

Les moyens de preuve.

Les moyens particuliers mettant en évidence l'impossible "droit au silence" étaient plus présents en France qu'en Angleterre au XVIII^{ème} siècle. En effet, cette différence est signe de la pénétration plus importante de la forme inquisitoire de la procédure dans le système pénal français. Ces modes de preuve inquisitoriaux repérables dans l'ordonnance de 1670 et plus rarement dans la *common law* britannique.

L'aveu, "reine des preuves" ⁷⁵ en France et ses correspondances en Angleterre.

L'aveu, comme survivance de la tradition ecclésiastique, connaît trois éléments de réglementation. Ceux-ci sont institués par l'ordonnance de 1670 en France. Le mode de preuve privilégié au Moyen Age était le duel où les deux parties en litige devaient se tenir, les bras en croix, debout l'un contre l'autre. La première qui fléchissait avait tort. Inspiré par un mode accusatoire et irrationnel, le duel a laissé la place en France à l'aveu à la suite de l'inquisition.

Ce sont le serment et l'interrogatoire visant à obtenir l'aveu et, dans le même but, le traitement du refus de répondre. Ces trois éléments à la gloire de l'aveu, preuve absolue et parfaite⁷⁶, contiennent les germes d'une tradition foncièrement opposée à tout "droit au silence" ou droit de ne pas témoigner contre soi-même.

Nous montrerons simultanément en quoi la procédure criminelle anglaise du XVII^{ème} siècle surtout se rapproche de la française.

⁷⁵ J. DUHAMEL, *La justice discutée*, Sirey, 1955, p.28.

⁷⁶ " Cette preuve est la meilleure et la plus claire et la moins coûteuse de toutes " écrit Philippe de BEAUMANOIRE, rédacteur des coutumes de Beauvaisis en 1283. cité par A. LAINGUI, *op. cit.*

• Le serment.

Par transmission au droit séculier, le serment a été imposé comme pression supplémentaire pesant sur l'accusé. Par conséquent, le problème du "droit au silence" se pose en des termes quelque peu différents, même si l'affirmation selon laquelle aucune possibilité de se taire n'était laissée à l'accusé est toujours vraie. Le thème du serment fait référence à l'objet ultime de la justice dans sa manifestation procédurale qu'est le procès : la recherche de la vérité. D'où l'obligation a priori incombant à la personne suspectée d'avoir commis une infraction : dire la vérité. Le "droit au silence" contemporain a été décliné par certains auteurs comme étant incidemment le droit de mentir⁷⁷. C'est pourquoi une obligation de dire la vérité à peine de parjure⁷⁸ si elle disparaît au cours du siècle ne constitue pas moins une indication historique de l'inadmissibilité d'un tel droit sans l'exercice d'influences exogènes. L'usage repris par l'ordonnance de 1670 renforçait cette obligation puisque le serment devait également précéder l'interrogatoire et la consécration législative opérée prouvait la profitable intégration de cette politique notamment dans l'esprit des juges.

Pourtant, la controverse était vive. Un examen de celle-ci est de nature à montrer que l'alternative au serment du droit de ne pas s'accuser soi-même aurait pu trouver la force de s'enraciner si la force contraire avait été moins puissante. Sans aller jusqu'à revendiquer un droit de se taire ou de ne pas prêter serment, les critiques de cette pratique légalisée ont soulevé le

⁷⁷ Morten ERIKSEN, "The privilege against self-incrimination in criminal cases and the Saunders case" *Law* vol 17 (2), 1996, p.55-61; Christos BAKAS, Les principes directeurs du procès pénal au regard de l'intérêt de la personne poursuivie, thèse, Tome 1, 1982, Paris II, p.226.

⁷⁸ Le serment prenait Dieu à témoin. La logique était poussée jusqu'au bout puisqu'aucune punition pour crime de parjure n'existait et la vengeance était laissée à Dieu. Effectivement le juge disait : "Vous jurez et promettez à Dieu sur la part que vous prétendez au paradis de dire la vérité ?" L'interrogé répondait "oui".

coeur du problème; à savoir le dilemme dramatique de celui qui prête serment. C'est d'une part le droit naturel qui pousse l'homme à conserver sa vie et d'autre part la religion du serment qui l'engage à dire la vérité. Dans cet affrontement, Lamoignon, concluait que c'était la nature qui faisait céder la religion et que l'on pouvait nier la vérité pour sauver sa vie⁷⁹. Par ailleurs, argument était tiré de la singularité de la législation française entre toutes les nations et autres provinces⁸⁰. On ne pouvait pas déclarer des choses capable de nous faire perdre la vie. De cette impossibilité un adage est issu : *nemo auditur perire volens* (nul ne peut vouloir sa propre mort). Enfin, on ajoutait que personne ne devait être contraint de découvrir sa propre turpitude. Adage qui au lieu d'être utilisé au profit de l'accusé l'a été contre lui par une transformation subtile : nul ne peut invoquer sa propre turpitude. Mais c'est un pari sur la crainte des hommes qui a conduit à ce que le serment soit conservé comme pression efficace sur la conscience des individus dans la recherche de la vérité.

•L'interrogatoire.

L'interrogatoire, sous l'empire de l'ordonnance de 1670 est " un acte de la procédure criminelle par lequel le juge, après avoir fait prêter serment à l'accusé qui comparait sur le décret, l'interroge sur les faits résultant de charges et information "⁸¹. Selon un autre commentateur, c'est un " acte par lequel le juge interroge l'accusé sur la vérité des faits qui donne lieu à l'information qui se fait contre cet accusé; pour en avoir l'éclaircissement par sa bouche; ou pour l'entendre en ses défenses, sur les charges qui résultent contre lui de cette

⁷⁹ Opinion de LAMOIGNON dans le P.V. rapporté par C. BAKAS. mémoire de D.E.A op. cit. p.57.

⁸⁰ Il est intéressant de noter que le serment n'est introduit en Angleterre qu'en 1898.

⁸¹ Définition donnée par MUYART DE VOUGLANS, op. cit.

information⁸². Il ressort de ces définitions que l'interrogatoire de l'accusé, qui devait avoir lieu immédiatement après l'exécution du décret⁸³ ou dans les 24 heures de l'arrestation⁸⁴, se présentait comme une explication obligatoire et sous serment de l'accusé seul, sans défenseur. Le symbole de cette solitude est la comparution des personnes devant le tribunal, qui "si par devant les premiers juges, les conclusions de nos procureurs ou de ceux de nos seigneurs et en nos cours les sentences dont est appel ou les conclusions de nos procureurs généraux portent condamnation de peine afflictive, les accusés seront interrogés sur la sellette"⁸⁵. La sellette, stade ultime de l'interrogatoire, était précédé d'un nombre d'interrogatoires prévus par le juge. Ainsi tout était mis en oeuvre pour tirer de lui l'aveu de son crime supposé; et notamment la rapidité du procédé évitant ainsi le dépérissement des preuves et empêchant surtout l'accusé de trouver le temps nécessaire pour réfléchir et inventer des moyens de déguiser la vérité.

Mais l'interrogatoire revêtait dans l'ordonnance de 1670 également un aspect protecteur des droits de l'accusé. En effet, le revers de cet acte résidait dans l'obligation qu'il était à la charge du juge. Et l'on présentait cet acte d'instruction, consistant à entendre l'accusé, comme "le résultat d'une justice naturelle et d'une raison d'équité qui est née avec nous d'une manière immuable, et qui depuis l'origine du monde a été adoptée par tous les hommes [...]. Dans nos moeurs, c'est une maxime constante que l'accusé ne peut être puni sans avoir été entendu ou du moins, sans avoir été cité [...] ce serait violer

⁸² Définition donnée par JOUSSE, op. cit.

⁸³ Ces décrets préfigurant les actuels mandats délivrés par les juges d'instruction, sont de trois sortes, dont un avait une appellation significative de l'impossibilité de se taire : le décret "d'assigné pour être oui". Les deux autres sont le décret "d'ajournement personnel" et le décret "de prise de corps".

⁸⁴ Article XII du titre II de l'ordonnance de 1670.

⁸⁵ Article XXI du titre XIV de l'ordonnance de 1670.

l'univers et renverser ciel et terre que d'en user autrement.⁸⁶ Ce commentaire soutient la thèse selon laquelle l'interrogatoire a été introduit pour favoriser la défense de l'accusé. La référence à la justice naturelle, à l'équité et à la pratique séculaire fournit une idée de la définition d'un droit de l'individu ayant cours à l'époque pré-révolutionnaire en France. Il est remarquable que ce concept s'appliquât alors à l'interrogatoire comme droit de l'accusé de parler, d'exprimer par la parole son interprétation des faits et que cette contribution soit prise en compte par les juges. En conséquence, aucune valeur positive et bénéfique n'est reconnue au silence et donc au refus de répondre du suspect comme nous le verrons après avoir donné un aperçu de la procédure anglaise avant-procès, de la seconde moitié du XVII^{ème} siècle.

Les allusions à la procédure criminelle anglo-saxonne tendent toujours à stigmatiser la tradition du "tout-procès", la mise en scène du contradictoire à l'audience et les rebondissements spectaculaires du cours des audiences dus à l'habileté des conseils ou à l'impossibilité de maîtriser le jury. Pourtant la réalité est l'importance capitale de l'avant-procès (au sens de l'instruction française précédant l'audience) même dans la procédure anglo-saxonne. C'est d'ailleurs un tel système⁸⁷ qui a régné durant tout le XVII^{ème} siècle et avant. L'enquête préliminaire qui se déroulait était vouée à forcer la personne poursuivie à s'accuser elle-même, à l'image des interrogatoires visant à extorquer l'aveu. Un acte du parlement, le *Marian Committal Statute* de 1555 exigeait qu'un magistrat non professionnel, le *justice of the peace (JP)*, conduise un interrogatoire préalable à l'audience publique rapidement après l'arrestation. Comme le juge français, la mission du magistrat, en vertu de cette loi, était de transcrire tout ce que le défendeur avait dit qui soit susceptible de prouver la *felony*, de

⁸⁶D.JOUSSE, *ibid.*

⁸⁷John H.LANGBEIN, *op.cit.*, parle de *pretrial system* et de *pretrial inquiry*.

transmettre ce document à la cour qui pouvait ensuite l'utiliser contre l'accusé. Enfin, le *Marian Statute* voulait que le JP libère la victime et les témoins à charge, à la condition qu'ils assistent au procès et témoignent bien contre le prévenu. Ainsi, l'analogie du JP avec le juge français s'arrête au premier devoir car l'impartialité du JP n'était pas au nombre de ses obligations. Ce dernier était désigné, en vertu du *Statute*, pour récolter des preuves utiles à l'accusation uniquement. Pour illustrer l'orientation de la loi anglaise opposée à l'intérêt de l'accusé, Edmund Morgan remarque l'absence de tout *privilege against self-incrimination* au début de la période moderne : " Il était impensable qu'on dût conseiller l'accusé de ne pas répondre ou qu'on dût l'avertir que ce qu'il dirait pourrait être retenu contre lui. Le magistrat [qui l'avait interrogé avant l'audience] était souvent le témoin au procès de l'accusé et soit on utilisait le compte-rendu comme fondement de ses réponses; soit on lisait le compte-rendu comme preuve au bénéfice de l'accusation. ⁸⁸ Dès lors, au cours des XVI^{ème}, XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, jusqu'en 1848⁸⁹, la procédure avant-procès était conçue pour que l'accusé supporte la responsabilité d'un témoignage contre lui-même; car s'il refusait de déposer lors du procès, on tentait de revenir sur ses précédentes déclarations, celles-ci s'imposaient et étaient invoquées contre lui.

Ce refus de répondre que John H. Langbein assimilait en Angleterre à la signature par l'accusé de son propre arrêt de mort, dans la procédure antérieure à celle du XVI^{ème} siècle, était traité en France de telle façon qu'une conclusion similaire est envisageable.

⁸⁸Edmund M.MORGAN. " The privilege against self-incrimination ". Minnesota Law.Review. n°1, 1949, p.14, cité in John H.LANGBEIN, op.cit., p.1061.

⁸⁹1848 correspond à la date du *Sir John Jervis'Act* qui permettait que l'on avertisse l'accusé lors de ces dépositions avant-procès qu'elles pourraient éventuellement être retenues comme preuve de sa culpabilité lors du procès.

- Le refus de répondre.

Imaginé comme un cas de figure éventuel, le refus de répondre de l'accusé lors des interrogatoires était réglé en détail par l'ordonnance de 1670. Précédemment traités comme des " muets volontaires "; c'est-à-dire comme des contumax, des absents, l'ordonnance de 1670 a une conception bien plus sévère de leur mutité soudaine. Une telle attitude était considérée comme " extrêmement méprisante pour la justice " et plus inadmissible encore que celle de la personne qui ne comparaisait pas sur le décret, car le muet volontaire ne pouvait avoir " aucune excuse légitime ". Le juge faisait à l'accusé " 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 estre plus long de vingt-quatre heures ". Le texte de l'ordonnance n'indiquait pas expressément la sanction encourue en cas d'omission d'une de ces trois interpellations. Mais la jurisprudence, elle, préconisait la nullité de la procédure. Le silence quoique refusé comme faculté positive, donnait lieu, non pas à un droit de l'accusé, mais à un devoir supplémentaire pour le juge. Il semble bien que la procédure relative au silence de l'accusé " tourne en quelque sorte autour du pot " sans jamais accorder de droit à l'accusé de refuser de répondre. Une explication à l'appui de cet état de fait et de droit est l'esprit même de l'époque en matière de procédure pénale. Le silence était conçu comme une attitude méprisante vis-à-vis de la cour et la parole comme une faveur, un droit protégeant la personne poursuivie. La parole sauvait l'innocent éloquent vis-à-vis des autres et le coupable sincère vis-à-vis de Dieu.

Mais l'intransigeance face au silence de l'accusé était nuancée. Le refus de répondre n'entraînait pas de condamnation

automatique et ne constituait pas un aveu de culpabilité⁹⁰, parce qu'en matière criminelle, on décidait de la vie ou de l'honneur d'une personne. La clémence de l'ordonnance de 1670 n'allait pas jusqu'à laisser ce silence sans suite. Ce dernier était considéré comme un indice contre l'accusé si celui-ci n'apportait aucune raison pour le justifier. Une raison propre à la justification requise aurait été l'incompétence ou la récusation du juge; la prétention que l'affaire était trop légère pour qu'un interrogatoire ait lieu ou la prétention qu'il n'existait aucun indice contre la personne poursuivie. Ce type d'incident était apprécié par le tribunal quoiqu'il arrive. L'indice à charge pouvant découler du refus de répondre de l'accusé est prévu à l'article IX titre XVIII qui impose qu'il en soit fait mention dans le compte-rendu des interrogatoires et autres procédures faites en la présence de l'accusé.

Si un prévenu persistait dans son obstination muette, aucune chance de prouver son innocence ne lui restait. C'est la raison pour laquelle tout était fait pour susciter et provoquer la parole; et ce, dans une perspective humanitaire et de justice. Par conséquent, une "chance" était donnée au muet volontaire qui, lors de la procédure, toujours en cours, pouvait jusqu'à un point avancé, revenir sur son mutisme et choisir d'assumer sa défense oralement ou d'avouer tout simplement.

L'aveu comme but de l'entreprise judiciaire est une assertion lourde de conséquences quant au peu de probabilités qu'un "droit au silence" fut même effleuré par la procédure pénale. C'est le cas dans la France du XVII^{ème} siècle, l'Angleterre apparaissant, elle, plus préoccupée par l'isolement de l'accusé et la recherche de preuves quelles qu'elles soient contre lui. La preuve testimoniale est donc aussi à l'époque, dans les deux pays, sous certains aspects de son administration, un outil visant à faire parler l'accusé au besoin à son désavantage.

⁹⁰art. IV, titre X, ord. 1670.

La preuve testimoniale.

Dans son rôle d'évitement du silence, ce moyen de preuve est gouverné par des règles différentes en France et en Angleterre aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles.

- Les restrictions du témoignage à décharge en Angleterre.

Les témoins étant interrogés et cités à comparaître, ils peuvent être considérés comme des procureurs pour le suspect. Or le but de la procédure anglaise de l'époque étant d'obliger la personne à assurer elle-même sa défense, il était logique que des obstacles soient élevés contre le recours à des témoins pour la défense. Une telle logique explique qu'au XVII^{ème} siècle, le défendeur n'avait pas le droit d'enjoindre à un témoin récalcitrant de comparaître (*to subpoena witness*). D'ailleurs, au XVI^{ème} siècle, de nombreux cas d'espèce furent l'occasion pour des cours de refuser d'entendre des témoins désireux de déposer en faveur de la défense. Et lorsque ces témoins étaient tolérés, il leur était interdit de prêter serment, ce qui diminuait d'autant plus la valeur de leur témoignage puisque les témoins de la partie poursuivante, eux, prêtaient serment.

Mais alors le déséquilibre maintenu et accentué entre les parties finit par choquer les jurés. Un procès célèbre, celui de John Lilburne⁹¹, vit le défendeur demander instamment le droit de forcer des témoins à comparaître pour faire échec notamment au refus de personnes haut-placées, telles que des parlementaires ou autres officiers des armées qui répugnent à être mêlés à des affaires criminelles. En réponse à cette requête, le *Treason Act* de 1696, précité, autorisa la procédure d'injonction et le serment des témoins de la défense, mais uniquement dans des cas de haute trahison (*treason cases*). Une loi de 1702 autorisa que tous les témoins de la défense prêtent

⁹¹1649.

serment dans les procès ordinaires de *felony*. Dans la jurisprudence, la procédure d'injonction de comparaître allait de paire avec le serment, même si la loi ne le mentionnait pas. Mais ces étapes franchies timidement par le législateur ne permettent pas de penser que la tendance du procès pénal anglais était celle du " droit au silence " pour l'accusé.

- La confrontation dans l'ordonnance française de 1670.

La confrontation de l'accusé avec les témoins de l'accusation constitue la deuxième phase de l'instruction préparatoire sous l'ordonnance de 1670. Les témoins étaient d'abord récolés; c'est-à-dire que l'on vérifiait leurs dépositions et leur lisait pour éventuellement les modifier. Ensuite seulement avait lieu la confrontation avec l'accusé, seul (sans avocat).

L'organisation de cette entrevue retient notre attention dans la mesure où l'intérêt de l'accusé est encore ici, de parler. L'intérêt du défendeur est de se justifier d'une part parce qu'il est seul et que nul ne peut le faire à sa place; d'autre part, parce qu'il lui est accordé un droit de reproche des témoins qui lui sont présentés. De la même façon que le " droit d'être interrogé " était une chance à saisir par le défendeur et une négation tout à la fois du " droit au silence ", la possibilité de reprocher les témoins incitait la personne à s'exprimer pour sa défense et non à se taire pour sa défense. Ce caractère est amplifié par la nature juridique des reproches. Ces derniers étaient considérés comme des faits justificatifs et donc un poids en moins sur les épaules du suspect. Mais tout fait justificatif devait être " articulés " par l'accusé, selon Serpillon⁹². L'intérêt pour l'accusé de parler est renforcé quant au reproche des témoins lors de la phase de jugement. Chaque pièce était lue par le juge mais avant de lire les dépositions, il statuait sur les reproches formulés par l'accusé dans la phase précédente de

⁹²François SERPILLON, *Code Criminel*, Lyon, 1767.

confrontation. Un reproche admis interdisait la lecture du témoignage correspondant. Par conséquent, l'impact du témoignage était moins important à la charge de l'accusé. Par ailleurs et surtout, la phase de confrontation se révélait précieuse pour l'accusé qui pouvait reprocher et donc éviter pour plus tard la lecture des dépositions compromettantes. Dès lors, tout incitait le défendeur à profiter de son droit de parler tant au moment des interrogatoires qu'au moment de la confrontation.

Le silence n'étant pas à l'honneur en ces temps reculés, il est faux de dater son apparition en France comme en Angleterre avant le XIX^{ème} siècle.

La suite de l'exposé tendra à soutenir l'hypothèse selon laquelle des éléments de type accusatoire, introduits de diverses manières dans les deux pays ont entraîné un développement plus ou moins rapide et avoué du " droit au silence ".

CHAPITRE II

L'INTRODUCTION D'ELEMENTS DE LA PROCEDURE ACCUSATOIRE ET L'EVOLUTION DU " DROIT AU SILENCE ".

La transformation de la procédure criminelle dans le sens d'une reconnaissance possible du silence de l'accusé a eu lieu en France et au Royaume-Uni à des périodes similaires. Le XIX^{ème} siècle a vu l'émergence d'une nouvelle forme de procès pénal dans ces deux Etats quoi que les conditions et les raisons de ces métamorphoses ne soient pas superposables. En effet, l'Angleterre n'ayant jamais adopté à l'époque médiévale puis moderne la procédure inquisitoire, celle-ci n'a pas eu à s'en défaire. Elle a simplement opéré une modification des données procédurales par l'adjonction de nouveaux acteurs devenus caractéristiques d'une procédure accusatoire et indispensables à une défense correcte des parties au litige : les avocats.

Quant à la France, le mouvement en faveur du " droit au silence ", s'il correspond, comme en Angleterre, à des réformes de la procédure criminelle, il ne constitue qu'un assouplissement du caractère inquisitorial profond de la

procédure par l'injection d'éléments de la procédure accusatoire.

Cette observation historique comparée des modifications procédurales conduit à penser que leurs objectifs étaient différents dans ces deux Etats au regard de la personne de l'accusé.

Pour comprendre les différences d'imprégnation de la procédure accusatoire en France et en Angleterre aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, il est nécessaire d'avoir à l'esprit les principes⁹³ qui forment le caractère le plus frappant du système accusatoire :

- L'accusation est librement exercée par tout citoyen; mais, comme il n'y a pas de procès pénal sans qu'il y ait un accusateur, il en résulte que, si personne ne prend l'initiative de la poursuite, le crime reste impuni;
- Le juge n'est qu'un simple arbitre entre l'accusateur et l'accusé; l'accusateur présente ses charges, l'accusé les réfute comme il peut, et, après avoir entendu les parties, le juge prononce la sentence;
- Le juge ne peut pas procéder de lui-même ni d'office contre les coupables; il doit attendre qu'on porte devant lui l'accusation, et ne peut décider que d'après les preuves apportées par celle-ci;
- L'instruction d'après laquelle le juge doit formuler son jugement a lieu devant ce juge lui-même; et elle présente trois caractères : elle est contradictoire, orale et publique.

⁹³Ces principes sont énoncés par HALTON, op.cit. p.3.

I. UNE TRANSITION RAPIDE ET MYSTERIEUSE EN ANGLETERRE.

Comme l'explique John H.Langbein⁹⁴, les origines du *privilege de common law* ne sont pas à rechercher dans les hautes sphères politiques des révolutions anglaises mais dans l'essor de la procédure accusatoire (qui existait déjà) à la fin du XVIII^{ème} siècle. L'essor s'entend comme une confirmation en même temps qu'un affinement des traits de ce mode de jugement. A la lumière de cette analyse, nous décrirons d'abord le fait majeur qui a permis la reconnaissance progressive d'une possibilité pour l'accusé de se taire et par conséquent de ne pas avouer forcément. Puis nous déduirons des circonstances de ces changements étrangers à des revendications politiques libertaires, que l'instauration d'une telle protection est difficilement assimilable à la conquête d'un droit en tant que tel, face au pouvoir. Cette constatation ajoutant au mystère de la notion dénommée "droit" ou "privilege".

La "capture" du procès pénal par les avocats.

Le choix de cet intitulé est directement inspiré de la conclusion magistrale de l'historien John H.Langbein selon laquelle vers la fin du XVIII^{ème} siècle et particulièrement au XIX^{ème} siècle, une conception du but du procès pénal radicalement différente s'est imposée. Sous l'influence du conseil de la défense, le procès pénal a fini par devenir une opportunité pour le conseil de tester l'argumentation de la partie poursuivante (*the prosecution*). On a donc assisté à la "capture du procès pénal par les avocats de l'accusation et de la défense"⁹⁵.

⁹⁴ John H.LANGBEIN, op.cit, p.1047.

⁹⁵ " It was the capture of the criminal trial by lawyers for prosecution and defense that made it possible for the criminal defendant to decline to be a

Les étapes de l'entrée en scène de l'avocat de la défense.

Le conseil pour l'accusé est apparu par un assouplissement progressif de l'interdiction qui pesait sur eux⁹⁶.

- Le *Treason Act* de 1696.

Le premier pas, qualifié de “ mesure pionnière ” dans la réforme de la procédure judiciaire en Angleterre⁹⁷, prend la forme du *Treason Act* de 1696. Ce dernier a été interprété dans les années 1690, comme la prise de conscience de la grave injustice des procès pour trahison qui avaient lieu sous le régime des derniers Stuart. En particulier, pendant les douze dernières années que durèrent les “ *Popish Trials* ”. De la fin des années 1670 à la Révolution de 1689, d'innocentes personnes issues de classes politiquement importantes furent condamnées et subirent la mort des traîtres pour manque de capacité à se défendre effectivement contre des accusations infondées. Aussi l'apparition ou plutôt la levée de l'interdiction de l'avocat de la défense est-elle due à une exaspération des individus soumis à un régime par trop autoritaire et injuste; individus influents politiquement et donc législativement.

Quasi-irrésistible, ce trait nouveau de la législation pénale anglaise triomphe dans le préambule de la loi de 1696. Les personnes accusées de trahison pouvaient se voir allouer des moyens justes et égaux de défense de leurs innocences. La défense de l'accusé assurée par un tiers devenait, dans les procès de trahison seulement, un élément-clé des célèbres “ droits de la défense ”; notion élaborées par la suite. Cette loi fournissait donc un lot de réformes visant à éliminer la plupart

witness against himself”, LANGBEIN, op. cit., p.1048.

⁹⁶voir supra, p.45.

⁹⁷Samuel REZNECK, “ The Statute of 1696 : A Pioneer Measure in the Reform of Judicial Procedure in England ”, vol.2, *Journal of Modern History*, 1930, p.5, cité in LANGBEIN, op. cit., p.1067.

des désavantages procéduraux qui présidaient au “ procès où l'accusé parle ”. Les garde-fous que procure le *Treason Act* sont organisées autour de la présence de l'avocat. En effet, ils tendent à permettre à l'accusé de recevoir copie de l'acte d'accusation cinq jours au moins avant le procès et donnent le droit de recevoir conseil de la part de l'avocat à propos du même acte d'accusation. Enfin ils énoncent clairement le droit que sa défense soit, au procès, entièrement assurée par l'avocat⁹⁸. Par voie de conséquence, l'accusé a le droit en vertu de cette législation, de citer des témoins à comparaître et déposer sous serment⁹⁹, et parfois même de les obliger à comparaître¹⁰⁰.

Comme nous l'avions remarqué afin de montrer que le “ droit au silence ” ne faisait pas partie de la tradition au XVIII^{ème} siècle, l'autorisation de l'avocat de la défense n'a pas constitué un changement subit et général. En effet, cette faveur n'était valable que pour ces rares et importants procès pour trahison (*Treason* et non *felony*) en raison de l'acuité du déséquilibre existant entre les parties¹⁰¹.

⁹⁸ *The right at trial to make full defense by counsel*. Cela signifie que l'avocat de la défense aura la possibilité non seulement d'interroger et de contre-interroger des témoins; mais également de résumer, à l'adresse du jury, les mérites de la situation du défendeur.

⁹⁹ “ *to make any proof [...] by lawful witnesses, who shall then be upon oath* ”, Chap. 3§1 de l'Act.

¹⁰⁰ “ *to compel their witnesses to appear for them at any such trial or trials, as is usually granted to compell witnesses to appear against them* ”. On notera ici le souci d'équilibre qui a prévalu à la rédaction de ce texte, entre les parties et leurs armes juridiques.

¹⁰¹ D'une part, en raison de l'objet du procès, les défendeurs suspectés de trahison étaient accablés par l'hostilité a priori de la cour. Ainsi, les juges étant des serviteurs de la Couronne, ils pouvaient difficilement être assez schizophrènes pour jouer leur rôle de principe de conseil au défendeur. D'autre part, il était constant dans ce type de procès que la Couronne soit représentée par un avocat; alors que dans les cas de *felony*, l'avocat pour l'accusation apparaissait très rarement, ceci enlevant à l'insupportable déséquilibre. Ce n'est qu'en 1836 que le législateur a autorisé l'avocat de la défense à s'adresser au jury, pour les actes de *felony*.

- La généralisation par l'action du juge.

Il s'agit ici de s'informer sur l'introduction de l'avocat pour la défense dans les procès pénaux ordinaires. D'après John H.Langbein, cette généralisation a eu lieu dans les années 1730 et n'a pas été le résultat de modifications législatives. C'est en fait l'exercice de la discrétion judiciaire qui a provoqué l'extension du recours à un avocat pour la défense de l'accusé. Cette extension a d'abord bénéficié aux défendeurs dans des cas de *felony*, pendant moins grave de la *treason* à laquelle l'Act de 1690 s'applique.

Des auteurs comme Beattie ou Langbein s'accordent pour penser que les modifications qui ont animé le désir des juges d'améliorer la défense des inculpés sont les mêmes que celles du législateur et donc des représentés¹⁰². Elles se rapportent au souci de porter remède à l'injustice de tels procès où les conseils de l'accusation s'étaient multipliés pendant les années 1710 et 1720. Durant cette période, la disparité a également et de plus en plus concerné les procès de *felony* ordinaire.

Le recours à un avocat de la défense est demeuré relativement faible pendant encore cinquante ans jusque dans les années 1780. Mais c'est au cours de cette période que la transition a eu lieu, fulgurante. Le procès où l'accusé parle fut définitivement et typiquement abandonné pour un procès pénal unifié au but rénové consistant à tester l'accusation¹⁰³.

¹⁰²Voir remarque à la p.68. en ce qui concerne le poids politique et donc l'influence en matière législative des individus le plus souvent confrontés à ce genre d'accusation.

¹⁰³John H.LANGBEIN qui parlait de *the "accused speaks" trials* parle du procès moderne en tant que *"testing the prosecution" trial* et des théories qui s'y attachent (*the "accused speaks" theory and the "testing the prosecution" theory*).

La dynamique accusatoire et la reconstruction du procès pénal en faveur du silence de l'accusé.

Puisque nous savons maintenant que les avocats et surtout ceux de la défense se sont emparés du procès, nous devons démontrer en quoi ce "rapt" est le signe du perfectionnement de la procédure accusatoire et par là même de la perte d'intérêt pour l'accusé de parler.

S'il apparaît clairement que l'avocat de la défense, autorisé au procès, a réduit au silence l'accusé, les historiens anglosaxons ne disposent pas de sources suffisantes pour évoquer le détail des étapes de la transition vers le silence.

- Une nouvelle logique du procès.

Le conseil pour la défense a entraîné avec son arrivée des modifications inévitables liées à son ambition propre. Ce nouveau venu a commencé à concentrer la défense vers un objectif : semer le doute sur la validité des assertions de l'accusation contre le défendeur¹⁰⁴. De cette façon, la partie poursuivante était dans l'obligation de prouver ses allégations.

Plusieurs tendances marquèrent ces développements du procès devenu une occasion de tester l'accusation.

Premièrement, l'altercation spontanée des parties disparut au profit des dossiers de chaque partie¹⁰⁵.

Deuxièmement, à la faveur de ce mouvement, la présomption d'innocence¹⁰⁶ a pu être formulée vers la fin du XVIII^{ème} siècle. Ajouté au premier élément, ce principe a

¹⁰⁴John M.BEATTIE, *Crime and the Courts in England : 1660-1880*, 1986. cité in J.H.LANGBEIN, op.cit., p.1050, note 7.

¹⁰⁵Les expressions britanniques intraduisibles sont le concept de *party production burdens*; c'est-à-dire la responsabilité des parties consistant à recueillir et produire des pièces à l'audience et les *prosecution and defense cases*; c'est-à-dire les dossiers ou plaidoiries.

¹⁰⁶Ce principe est intrinsèquement lié au *beyond reasonable doubt standard of proof*.

encouragé le conseil de la défense à faire taire son client et donc à insister pour que l'accusation soit fondée sur d'autres éléments de preuve que le silence de l'accusé.

Troisièmement, le droit de la preuve se construit fin XVIII^{ème} siècle, début XIX^{ème} siècle. Et selon Beattie¹⁰⁷, c'est par les objections des avocats des défenseurs visant à rejeter certaines catégories de preuves, obtenues lors de contre-interrogatoires, que ceux-ci limitèrent les occasions, pour leurs clients, de s'exprimer.

Quatrièmement, le volume et l'effectivité des recours à un défenseur grandissant, il s'en suivit un appel encore plus important à des conseils dans le camp adverse. Des groupes privés de poursuite se constituèrent, reflétant le besoin de mieux préparer les dossiers afin de parer à l'agressivité des défenseurs.

Cinquièmement, et par voie de conséquence, le juge déclina en importance¹⁰⁸, évincé par l'ampleur que prirent les interrogatoires et contre-interrogatoires des témoins effectués par les avocats des deux parties.

Ainsi, on retrouve les traits caractéristiques de la procédure accusatoire du plus pur style telle que décrite par Halton en 1898¹⁰⁹.

- L'avantage stratégique du silence.

C'est bien dans un intérêt stratégique que les avocats ont imposé le silence à leurs clients accusés. Pour ce faire, ils invoquèrent à nouveau la maxime *nemo tenetur prodere seipsum*, peu avant le début du XIX^{ème} siècle. Les plaintes de Bentham dirigées contre le *privilege against self-incrimination*

¹⁰⁷ John. M. BEATTIE, *ibid.*

¹⁰⁸ A ce sujet, un observateur français, Cottu est cité par LANGBEIN, *op. cit.*, p. 1071 : "Le juge [...] reste presque étranger à ce qui se passe". Il se contente de prendre des notes et de les résumer pour le jury à la fin de l'audience.

¹⁰⁹ voir *supra*, p.66.

dans les premières décades du XIX^{ème} siècle, s'abîmèrent face à la norme qu'était alors devenue la procédure accusatoire.

Ainsi, le conseil pour la défense rendit possible l'existence du privilège, interdisant que l'on témoigne contre soi-même. C'est dire que le défenseur fit tomber les fonctions défensives et testimoniales qui avaient été acquises à l'accusé. En effet, en prenant en charge la fonction de défense, et ce, dans la ligne de la structure du procès pénal accusatoire, l'avocat a largement annulé le rôle de témoin que pouvait avoir, et qui était officiellement reconnu à l'accusé.

La reconnaissance de la prise en charge aux sens propre et figuré du procès par les conseils dans la procédure britannique, amène à une interrogation embarrassante. Le silence imposé à l'accusé, l'empêchant, le cas échéant, de témoigner contre lui-même, doit-il être considéré comme la conquête d'un droit par cet acteur ou comme celle d'une place de choix au procès, par son représentant?

La genèse et l'implantation de ce privilège en Angleterre au XIX^{ème} siècle, portent à croire que cette guerre de conquête d'un droit n'a pas eu lieu.

L'absence de conquête du “ droit au silence ”.

A aucun moment l'apparition d'un “ droit au silence ” en Angleterre n'a été le fait d'une revendication politique.

Imperméabilité procédurale entre common law et cours ecclésiastiques.

Rappelons ici les développements antérieurs concernant la résistance des puritains opposés aux cours ecclésiastiques pratiquant la procédure *ex officio* et sous serment¹¹⁰.

¹¹⁰voir supra p.42.

• La controverse doctrinale.

Les historiens du droit anglo-saxons les plus récents¹¹¹ commencent à contester certaines datations de la naissance du privilège comme pratique procédurale dans les cours de *common law*. La réfutation porte notamment sur les travaux de l'éminent John H. Wigmore¹¹² et à sa suite ceux de Leonard W. Levy¹¹³.

La question est de savoir comment les juridictions de *common law* (de droit commun par opposition aux juridictions ecclésiastiques telles que la *Star Chamber* et la *High Commission*) ont intériorisé le *privilege against self-incrimination*. Selon les plus anciens docteurs, les cours de droit commun auraient reconnu le fameux privilège en Angleterre au milieu du XVII^{ème} siècle. Cette apparition aurait été le résultat direct de l'abolition de la procédure *ex officio* et sous serment accompagnée par la chute des deux juridictions les plus controversées : la *Star Chamber* et la *High Commission*. Cette disparition, obtenue en 1641¹¹⁴ à la suite des remous provoqués par l'affaire John Lilburne qui a duré de 1637 à 1641, entraînant la désuétude de procédures typiques inquisitoriales, aurait du même coup ébranlé les juridictions de droit commun.

C'est cette transmission¹¹⁵ douteuse que la nouvelle génération d'historiens suspecte. En effet, il est quelque peu abusif de penser que les juridictions de droit commun aient pu être affectées par l'abolition de la procédure d'office et sous

¹¹¹ John H. LANGBEIN, John M. BEATTIE, Michael McNAIR.

¹¹² John H. WIGMORE, auteur de *Evidence in Trials at Common Law*, a travaillé avant le déferlement de recherches effectuées sur le droit pénal et la procédure pénale, publiées après la seconde Guerre Mondiale.

¹¹³ Leonard W. LEVY, *Origins of the fifth Amendment : The Right against self-incrimination*, 1968.

¹¹⁴ Un *statute* de 1641 met fin à l'existence de ces juridictions.

¹¹⁵ J. H. WIGMORE : " a decided effect is produced, and is immediately communicated, naturally enough, to the Common Law Courts ".

serment; sachant que celle-ci n'avait jamais existé auparavant dans ces juridictions. Comment la disparition d'une procédure aussi détestable soit-elle, n'existant pas dans un ordre de juridictions, peut-elle affecter ce même ordre?

- L'absence de transmission.

Ayant écarté la possibilité d'une origine du privilège dans l'abrogation de procédures et de cours ecclésiastiques, il est également possible de nier toute transmission des causes et circonstances qui ont entraîné l'abrogation. En effet, alors que l'abolition de la procédure d'office fortement inquisitoire avait été le résultat d'une lutte et d'une résistance politico-religieuse, ceci n'a pas pu être le cas en ce qui concerne les juridictions de *common law*. Le contexte de la disparition de cette procédure en droit ecclésiastique mettait en scène des acteurs et des enjeux autrement plus politiques, dans des perspectives humanitaires. Il s'agissait de la résistance de puritains contre l'iniquité et l'intolérance flagrantes de procédures juridiques à la solde d'un pouvoir religieux. Ainsi, l'esprit libérateur et humaniste sous-jacent à la lutte victorieuse ne s'est pas retrouvé dans les évolutions du droit commun.

Cette remarque permet de déduire un trait particulier du "droit au silence" anglais plus justement dénommé privilège en droit anglo-saxon. Cette protection de l'accusé est plus le fruit d'une autorité de l'Etat (le législateur puis les juges), une faveur (un privilège), que le résultat d'une bataille politique, et fatalement juridique, livrée contre le pouvoir ; une de ces batailles qui donnent naissance aux droits fièrement conquis de l'individu. Remarquons le réflexe révolutionnaire français de cette phrase. La conquête de droits est pourtant illustrée dans l'histoire anglaise également. Elle s'est inscrite à plusieurs reprises dans des textes importants et notamment dans la Déclaration des Droits de 1689. Cette déclaration exige une attention particulière dans la mesure où elle marque le début d'une tradition en Angleterre : celle des garanties procédurales

pénales de droit commun. Or, une absence remarquable caractérise ce texte. Wigmore lui-même l'observe : le *privilege against self-incrimination* n'apparaît nulle part en 1689. Lacune révélatrice s'il en est, puisqu'elle se répète dans le catalogue de garanties procédurales que constitue le *Treason Act* de 1696. Ainsi, aucune place n'est faite en tant que droit proclamé à l'aube du XVIII^{ème} siècle, à cette garantie que l'on préférera appeler privilège en Grande-Bretagne. Mais appuyons cette conclusion d'un argument supplémentaire.

Un " droit " étranger à l'accusé ou une affaire de juristes.

Au risque de devoir exposer des éléments précédemment évoqués, il est nécessaire de montrer en quoi ces éléments qui ont permis la promotion du dit " droit au silence " ont également éloigné l'individu de ce " droit " censé lui appartenir. C'est cette étrangeté qu'il nous faut encore rappeler afin de mettre en doute l'apparition de cette garantie de la défense de l'accusé en tant que droit de la défense appartenant en propre à l'accusé et n'étant pas un privilège octroyé à volonté par le juge ou les autorités judiciaires qui font face à l'accusé.

- Une revendication dissuadée.

Nous avons écrit plus haut que l'accusé n'a jamais eu intérêt à se taire avant que l'on autorise qu'il soit défendu par un avocat¹¹⁶. En effet, les développements ne sont pas rares où l'on assimile le silence à un sabotage, à un acte suicidaire émanant de l'inculpé. Ce dernier avait tout intérêt en effet, lorsque personne ne pouvait parler à sa place, à s'exprimer de vive voix quitte à témoigner contre lui-même. Dans de telles conditions, il n'était pas imaginable pour l'accusé que la revendication du silence, en l'absence de procureur, put être synonyme de la conquête d'un droit. Par conséquent, il n'est pas surprenant de

¹¹⁶voir. supra p. 45.

constater que le privilège du silence ait été introduit par les procureurs et non par les défendeurs inexpérimentés. Mais ces conditions retirent au silence une certaine noblesse que l'effort de conquête aurait promu directement au rang de "droit de l'Homme" dûment acquis et déclaré.

Ainsi, l'analyse historique est intéressante en ce qu'elle montre profondément que ce *privilege* s'est formé dans un contexte procédural évolutif. C'est, pourrait-on affirmer, plus un phénomène mécanique historico-juridique, donc fonctionnant par stratification "douces", qu'un phénomène politique de revendication anthropo-centrée. Ce ne serait pas le souci d'amélioration de la condition humaine; c'est-à-dire le souci de perfectionnement des garanties offertes à l'individu en état de faiblesse face au pouvoir ou à une partie adverse bien plus armée, qui aurait initié l'évolution en faveur d'une plus grande protection de l'individu.

- L'appropriation par les juristes.

C'est en effet d'une véritable appropriation qu'il s'agit, dans le sens où le contrôle de l'évolution de cette garantie de dépendait pas de l'inculpé mais des juristes : les avocats ou les juges.

John H. Langbein a ainsi pu affirmer que le *privilege against self-incrimination* était la "créature de l'avocat de la défense"¹¹⁷. Cette expression tend à mettre l'accent sur la paternité de ce "droit" reconnue au juriste et déniée à l'accusé.

On l'a vu, le silence a été imposé à l'inculpé par l'avocat plus qu'il n'a été conquis. Les avocats de la défense, dans une perspective stratégique d'organisation et de contrôle total de leur plaidoirie ont fait taire leur client. Mais si l'objectif du conseil a été d'optimiser la défense de l'accusé, il n'en a pas moins été de défendre leur propre situation. Ils devaient se

¹¹⁷ "The privilege against self-incrimination is the creature of defense counsel", J. H. LANGBEIN, op.cit., p.1054.

rendre performants et indispensables; c'est-à-dire devenir les plus habiles à contrer les attaques de l'accusation. Ce faisant, c'est à leur promotion qu'ils travaillent plus qu'à celle d'un "droit" pour le défendeur. Ils s'installaient eux-mêmes comme un des droits de la défense et accessoirement et plus tard le silence est lui aussi devenu un droit de la défense. C'est donc à l'avocat que le silence de l'accusé est dû. Tout au plus cette garantie apparaît-elle comme un "droit" conquis pour d'autres et non pour soi.

De même, le fait que la généralisation de sa reconnaissance ait eu lieu sous l'action des juges de *common law*, tend à faire penser que ce "droit" s'apparente à un privilège, une assistance accordés à une personne. Le bénéfice qu'en retire la personne est bien réel quoi qu'il en soit. Les motivations du juge dans l'exercice de sa discrétion étaient bien de porter remède à l'extrême déséquilibre ternissant la justice des décisions rendues. La procédure en Angleterre plus que partout ailleurs en Europe aux Temps Modernes était déjà la condition de l'équité des jugements. Eu égard au rôle fondamental des juges dans l'élaboration de ce type de règles, il est logique que ceux-ci aient pesé plus lourd dans l'instauration de cette garantie que les "garantis" eux-mêmes.

2. EVALUATION DE LA TRADITION INQUISITORIALE EN FRANCE.

Alors qu'en Angleterre, il semble acquis que l'évolution vers une procédure accusatoire affinée a conduit à une reconnaissance presque parfaite d'un "droit au silence", sinon d'un privilège au XIX^{ème} siècle, il reste à découvrir les effets de l'introduction d'éléments accusatoires dans la procédure française. Plus précisément, le constat étant celui de la ténacité de la procédure pénale inquisitoire, il faut se demander si les efforts d'assouplissement de cette procédure

ont favorisé l'émergence de droits de la défense dont le "droit au silence" fait partie. Dans le même temps, posons-nous la question de savoir si la procédure pénale de modèle français dans le droit du XIX^{ème} siècle a vraiment été à l'origine du retard aujourd'hui constaté voire déploré, dans la reconnaissance du "droit" de ne pas témoigner contre soi-même. C'est au travers d'une évaluation de l'imprégnation du modèle inquisitoire dans la France du XIX^{ème} siècle¹¹⁸ que nous choisissons de nous livrer à cette analyse.

La procédure inquisitoire comme emblème historique du système pénal français ?

La question est importante puisque nous cherchons à savoir si, aux prémisses de la procédure pénale française moderne, cette procédure pouvait encore constituer un modèle de type inquisitoire. Par conséquent, suite aux développements antérieurs ayant montré que la forme inquisitoire du procès devenait un frein au développement du "droit au silence", pouvons-nous dire que l'attachement à cette tradition a empêché l'apparition du "droit" de garder le silence lors des interrogatoires judiciaires?

La force de l'habitude.

Bien que fort peu de littérature analyse le droit procédural de la Révolution, nous tenterons de savoir comment a évolué ce droit durant cette époque mouvementée.

¹¹⁸ C'est au XIX^{ème} siècle que prend forme la procédure pénale que nous connaissons encore aujourd'hui.

• Le droit intermédiaire (1789-1802).

Le droit intermédiaire doit s'entendre du droit apparu dans la période qui va de la fin de l'Ancien Régime au premier Empire.

Largement gouverné par l'esprit de la Grande Ordonnance de 1670¹¹⁹, l'ancien droit n'a pourtant pas résisté au vent libéral porté par les volontés de réformes. Diverses affaires outrageuses¹²⁰ et ouvrages tendancieux¹²¹ ouvrirent la voie de la contestation du système. Un système aussi étroit et qui laissait la situation de l'inculpé à l'absolue discrétion du juge instructeur, ne pouvait pas fonctionner sans entraîner de graves abus et la réprobation du public, y compris celle du corps judiciaire¹²². Dans ce climat, il était fatal que la procédure fût l'objet de réformes royales. Ainsi en 1788, une déclaration du 1er mai fut présentée au lit de justice du 8 mai qui abrogeait "plusieurs abus" auxquels il avait paru "instant de remédier"¹²³. Les dispositions prises se présentent comme une

¹¹⁹ voir supra p.47.

¹²⁰ Les affaires Calas (1762), Sirven (1764), Montbailli, Lally-Tollendal (1766), Martin, Langlade, Chevallier de La Barre.

¹²¹ Voltaire dans le *Dictionnaire philosophique* à l'article "certain, certitude" : "O juges, voulez-vous que l'innocent accusé ne s'enfuit pas, facilitez-lui les moyens de se défendre", cité par H. RASPAL, op. cit., p.34 ; C de BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, 1764, éd. de Ancel et Stefani, Paris, 1966. Ce traité encensé par Voltaire annonce un programme de réformes comprenant l'instauration des peines fixes, le contrôle de la détention préventive, la prohibition des accusations secrètes, du serment imposé aux accusés, des interrogatoires suggestifs et de la torture, enfin la publicité des procédures et le système des preuves morales et la suppression de la peine de mort.

¹²² A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *La procédure criminelle. Histoire du droit pénal*, tome II, Paris, Cujas, Coll. Synthèse, 1979-1980, p.129 : "Les académies de Province, les avocats, les magistrats eux-mêmes se mirent à l'unisson des réformes et, comme il arrive, ces derniers venus ne furent pas les plus circonspects, ni les moins glorieux. Les geôliers eux-mêmes participent à cette grande vague d'humanité!".

¹²³ Préambule de la déclaration du 8 mai 1788, cité in A.LAINGUI et A. LEBIGRE, op.cit., p.129.

liste volontariste en faveur de l'abrogation d'ignominieux aspects de la procédure comme l'interrogatoire sur la sellette. Les accusés devaient désormais garder les marques extérieures de leur dignité. Par ailleurs, la déclaration imposait que les sentences motivées, que les recours à la question préalable ou préparatoire soit abandonnée¹²⁴. Ces éléments principaux de la déclaration, déclaration qui se heurta à l'opposition des parlements, furent repris largement dans les doléances présentées à l'occasion des Etats-Généraux convoqués le 5 juillet 1788. Celles-ci furent complétées par la réclamation de la publicité des procédures, la suppression du serment imposé à l'accusé, la possibilité d'administrer en tout état de cause les faits justificatifs, la restructuration des pouvoirs du juge d'instruction, l'institution des jurés.

Il est patent que toutes ces exhortations convergent vers l'introduction d'éléments accusatoires ou tout au moins d'un assouplissement de la rigueur inquisitoriale de la procédure. Par là même, un terrain favorable à la revendication de droits pour la défense se dégage. Citons à ce sujet un extrait de l'exposé des motifs du décret des 8 et 9 octobre 1789 rédigé par le "comité pour la réforme de la jurisprudence criminelle"¹²⁵ créé à cet effet : "Un des principaux droits de l'Homme est celui de jouir lorsqu'il a été soumis à l'épreuve d'une poursuite criminelle de toute l'étendue de liberté et de sécurité pour sa défense, qui peut se concilier avec l'intérêt de la société qui commande la punition des délits"¹²⁶. Caractéristique du style

¹²⁴ Selon le préambule de la déclaration : "De nouvelles réflexions, nous ont convaincu de l'illusion et des inconvénients de ce genre d'épreuve, qui ne conduit jamais sûrement à la connaissance de la vérité, prolonge ordinairement sans fruit le supplice des condamnés et peut plus souvent égaler nos juges que les éclairer". Cependant, la question préalable était remplacée par un interrogatoire suprême fait par le juge commissaire le jour même de l'exécution avec récolement et confrontation, s'il était besoin...

¹²⁵ Ce comité créé le 10 septembre 1789 était composé de sept membres dont Thouret (rapporteur), Tronchet, Target, Lally-Tollendal, chargés de réformer les abus les plus criants de la procédure en vigueur.

¹²⁶ Exposé des motifs du Décret des 8-9 octobre 1789, Collection des décrets

emphatique des chefs de file des juristes révolutionnaires, on distingue une nuance dans l'appréhension des droits de la défense comme droits de l'individu par rapport à la sobriété efficace anglaise que l'on retrouve dans le *Bill of Rights* de 1689. Dans la France de 1789, le style déclaratoire et proclamatoire était de rigueur étiquetant de façon définitive certains éléments procéduraux et notamment les droits de la défense comme droits de l'Homme. Ainsi "labellisés", ceux-ci se retrouveront dans la grande loi des 16-29 septembre 1791. Cette dernière loi renchérit dans la voie révolutionnaire en faisant table rase de l'ordonnance de 1670 notamment par l'institution de la procédure des jurés. Fortement imprégnée d'une séduisante tradition britannique, la loi nouvelle offre le spectacle d'une procédure hybride (inquisitoire et accusatoire), dédiée à la protection des droits de l'accusé. Dès lors, il est difficile de ne pas voir dans l'introduction d'éléments accusatoires, le souci de sauvegarder la capacité de défense de l'accusé; et donc son assistance par un conseil; et donc la conservation rassurée de son silence.

- La nostalgie de l'Ancien Régime inquisitorial.

Les résultats médiocres obtenus par la législation criminelle révolutionnaire¹²⁷ révélant les dysfonctionnements d'un compromis entre système accusatoire et inquisitoire, imposèrent une refonte complète de ces lois. Les travaux qui avaient débuté dès l'an IX, aboutirent à la rédaction d'un vaste code de 1169 articles en deux parties; l'une consacrée au droit pénal, l'autre à la procédure. Le désir de réformer à nouveau ces procédures annonce finalement le départ entre les deux

de l'Assemblée Nationale Constituante, tome IX, 1ère série, de 1789 à 1799, p.394; cité in Henri RASPAI., *L'évolution des droits de la défense devant les juridictions d'instruction*, Thèse de droit, Montpellier, 1924, p.11.

¹²⁷ Ajoutons à la loi des 16 et 29 septembre 1791, celle du 7 pluviôse an IX qui apporta des réformes touchant à trois parties de la procédure : l'exercice de l'action publique, l'information préliminaire et la mise en accusation.

traditions anglaise et française. En effet, l'influence anglaise qui s'était manifestée par l'institution des jurys, était en défaveur depuis les guerres napoléoniennes¹²⁸. Echaudés par l'expérience révolutionnaire, beaucoup désiraient revenir à la procédure de l'Ancien Régime. Mais ceux-ci n'avaient guère pu se manifester au coeur de la tourmente révolutionnaire. Sous le Consulat et l'Empire, les magistrats appréciaient peu le jury tel que l'Assemblée Nationale Constituante l'avait institué et dont les résultats étaient peu probants. Ils étaient soutenus en cela par Bonaparte que ce type d'institution inquiétait et que des jurisconsultes aussi éminents que Siméon et Portalis étaient enclin à supprimer. Le mouvement anti-jury poussant vers une procédure plus traditionnelle (pour la France s'entend) ne s'arrêtait pas là. En effet, de nombreux tribunaux d'appel, plusieurs tribunaux criminels, se positionnèrent en faveur d'un retour au système de 1670, amélioré par certaines dispositions introduites par la Révolution¹²⁹.

Ces développements laissent augurer un irrésistible retour à une procédure inquisitoriale finalement très attachée à la procédure française, l'« esprit français » a-t-on pu dire... Pourtant, les lois révolutionnaires ont laissé leur impact et la procédure que le code d'Instruction Criminelle de 1808 instaurera, s'aura s'inspirer d'éléments accusatoires profitables à la situation de l'accusé.

¹²⁸ L'hostilité à l'égard des idées anglaises apparaissait dans les observations des Cours d'Appel : « N'envions pas aux Anglais leurs goûts, leurs habitudes, leur enthousiasme pour leurs lois : opposons à ces déclamations l'expérience et l'opinion d'un des plus grands magistrats de nos jours [Séglier contre Dupaty], à laquelle nous pourrions joindre une infinité d'autres », observations du Tribunal d'Aix citées in A. LAINGUI et A. LEBIGRE, op. cit. p.143.

¹²⁹ Affirmation du Tribunal d'Appel d'Aix, citée par A. LAINGUI et A. LEBIGRE, op. cit.

Les institutions significatives de la mixité du code d'instruction criminelle de 1808. (C.I.C.)

Comme le remarquent les historiens André Laingui et Arlette Lebigre, "le Code d'instruction Criminelle puisait fatalement, mais avec un remarquable équilibre, aux deux sources de notre procédure pénale : l'ordonnance de 1670 et les lois révolutionnaires". Le système plutôt mixte que la France finit par adopter est ainsi décrit M. Garraud¹³⁰ : "ce système se caractérise par les principes suivants : 1° le juge ne peut se saisir d'office; il faut donc qu'il y ait une accusation mais cette accusation est confiée à des fonctionnaires spéciaux, qui exercent ainsi le ministère public, et dont les parties privées ne doivent être, en principe, que les auxiliaires; 2° au jugement concourent des magistrats permanents et expérimentés et des juges populaires; 3° la procédure se dédouble en deux phases : l'instruction préparatoire, écrite et secrète; l'instruction définitive, orale, publique, contradictoire; 4° enfin tous les moyens de s'éclairer que la conscience et la raison peuvent admettre, servent à la conviction du juge qui n'est pas enchaînée par un système de preuves légales".

- L'instruction préparatoire.

Cédons à la tentation de parler pour l'instruction préparatoire d'une institution typique de la procédure pénale française en tant qu'elle est issue d'une source ancienne : l'ordonnance de 1670. Quoi qu'elle fut améliorée, cette instruction était secrète, écrite, rarement contradictoire et sans liberté de la défense. Le juge de paix sera même écarté de l'information préparatoire écrite, confiée par le code de 1808, comme dans l'ordonnance, à un juge d'instruction unique. L'instruction demeure secrète jusqu'à l'interrogatoire de l'accusé

¹³⁰ GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle*, Sirey, 1907.

par le président des assises, c'est-à-dire à la veille des débats : c'est à ce moment seulement que l'accusé est assisté d'un conseil. Nous retrouvons ici le peu de place laissée à la protection de l'accusé et de son silence notamment dans l'avant audience. En effet, la procédure devant les juridictions de jugement a conservé le sceau des lois révolutionnaires puisque les débats y étaient oraux et publics, avec une pleine liberté de défense. La conviction s'opérait selon le système des preuves morales.

- Le jugement par jury.

Cette institution " atypique " provient également des lois nouvelles, mais ne survécut que pour le jugement et non pour l'accusation. La tâche du jury d'accusation était confié à une chambre spéciale de la Cour d'appel, la Chambre des mises en accusation.

Mais le détail de ces réformes importent peu. C'est plus le mouvement général imprimé aux réformes qui nous intéresse en ce qui concerne le code de 1808 et les lois pas seulement événementielles qui le précédèrent. Le retour en arrière partiel après " l'injection " d'une dose accusatoire substantielle pendant les années révolutionnaires indique l'attachement quasi-atavique de la France aux procédures inquisitoriales et donc à la préoccupation prépondérante de la société " d'assurer la répression, et faisant bon marché de l'existence et de la liberté des individus, la législation criminelle [employant] à l'égard du prévenu tous les moyens de nature à lui faire avouer son crime, et à lui ôter les échappatoires " ¹³¹.

Si pourtant, le Code d'Instruction Criminelle a été reçu comme une oeuvre juridique parfaite¹³², celui-ci n'a su résister aux assauts des juristes encore plus libéraux militant pour une protection décuplée du prévenu. On constatera à nouveau que

¹³¹ HENRI RASPAL, op. cit., p.14.

¹³² Le code a été en vigueur pendant 90 ans.

les attaques portées à une procédure inquisitoriale persistante le sont dans le sens d'une mutité encouragée et de plus en plus sûre de la personne interrogée avant ou pendant l'audience.

Les attaques portées contre la prégnance inquisitoriale.

La mixité semblait en 1808 être le chemin choisi par les légistes français. C'est bien dans cette voie que la France s'engage plus avant avec la préparation et la mise en oeuvre de la célèbre loi du 8 décembre 1897. La procédure instituée par cette loi devait donner aux citoyens une triple garantie avant que la société puisse exercer son droit de punir : que la réalité de l'infraction à la loi pénale soit établie; que la personne que l'on poursuit est bien l'auteur de cette infraction; enfin que la peine que l'on se propose d'infliger à cette personne soit en proportion du préjudice qu'elle a causé ou aurait pu causer. Ainsi " établir la réalité de l'infraction, l'identité de l'auteur et l'équité de la peine " est pour Herbert Halton¹³³, le " triple problème que doit résoudre un système de procédure criminelle ". Or, le Code d'Instruction Criminelle de 1808 instituait une procédure qui, par son manque d'égalité entre les parties, pouvait conduire à l'échec quant au triple objectif précité. Par conséquent, les réactions suscitées par ces imperfections conduit à l'édiction d'une loi nouvelle des plus libérales et largement imprégnée d'éléments accusatoires puisqu'il s'agissait d'assurer au prévenu une meilleure défense.

Les vellétés libertaires de la France de la fin du XIX^{ème} siècle.

Les débats qui ont précédé la loi de 1897 présentent la particularité d'avoir été vifs et contrastés, ce qui permet de déduire la difficulté française de se défaire d'une tradition de pression sur le suspect afin que la vindicte sociale puisse se satisfaire au détriment de la recherche équilibrée de la vérité.

¹³³ H. HALTON, op. cit., p.5.

- Une commission extraparlamentaire franchement libérale.

Selon Herbert Halton¹³⁴, témoin de la naissance de la loi de 1897, “ l’insuffisance des garanties données à la défense a été reconnue presque aussitôt que le Code de 1808 a été promulgué, et la nécessité d’une réforme s’est fait bientôt sentir ”¹³⁵. Mais ce n’est qu’en mars 1878 qu’est constituée une commission extraparlamentaire, présidée par M. Faustin-Hélie. Ce jurisconsulte y représente un courant extrêmement favorable à l’accusé. En effet, ce dernier critique la procédure d’avant 1897 qui est considérée comme “ un duel entre lui, juge, et l’inculpé, un duel sans témoins, et avec des armes dont il possède le maniement aussi bien que l’autre le possède mal ”¹³⁶. Pour remédier à ce type de défauts de l’instruction préparatoire, M. Faustin-Hélie indique en termes éloquents l’esprit qui doit inspirer le juge dans cet interrogatoire : “ Il est aujourd’hui de principe que le juge d’instruction doit se borner, dans l’interrogatoire à poser loyalement et clairement toutes les questions qui résultent de l’étude consciencieuse des faits; qu’il doit s’abstenir de ces demandes captieuses ou suggestives employées dans notre ancienne jurisprudence pour surprendre le prévenu et provoquer des contradictions; enfin, qu’il ne doit se servir d’aucun détour, d’aucun artifice pour obtenir des révélations. Il peut sans doute, lui adresser [...] de sages exhortations; [...] mais il ne doit point substituer à l’examen un

¹³⁴ H. HALTON, op.cit., p.5.

¹³⁵ H. HALTON, op.cit., p.72; “ Tous les criminalistes sont d’accord pour reconnaître que les garanties données par la législation actuelle à la défense pendant l’instruction préparatoire sont insuffisantes. ”, M. DAUPHIN, rapporteur du projet au Sénat, Débats Parlementaires, 1897, 4, 114 et J.O. 8, 9, 11, 12 et 13 février 1882, p.113; “ Les rédacteurs du Code de 1808 [...] n’ont pas réussi à mettre sur pied un système en harmonie avec les exigences également respectables de l’ordre social et de la liberté individuelle ”, H. RASPAL, op. cit., p.18.

¹³⁶ H. HALTON, op.cit., p.69.

combat où le plus faible doit nécessairement succomber. Le droit d'interroger ne comporte pas celui de débattre les réponses et de dresser à l'inculpé des embûches au moyen de questions habilement tissées. Le juge ne cherche pas le coupable mais seulement la vérité¹³⁷. Si l'instruction préalable est toujours reconnue comme l'élément indispensable à la manifestation de la vérité, le souci des réformateurs est d'organiser la défense dès le début de l'information et ainsi de contrôler l'interrogatoire. Si le silence n'est pas le principe mis en avant puisqu'il apparaît de prime abord contraire aux intérêts considérables de la société, le dispositif imaginé en 1897 vise au moins à réaliser un contrôle sur la parole et donc sur les silences de l'inculpé. C'est pourquoi M. Faustin-Hélie demandait, au titre de président de la commission, que le conseil accompagnât partout l'inculpé¹³⁸. C'était, suivant la remarque de M. Dauphin "établir un système absolument contradictoire entre le ministère public et l'accusé devant un juge d'instruction écoutant et restant impassible sur son siège". Le premier projet de la commission présidée par M. Faustin-Hélie, instituait donc un débat libre et permanent. Un second projet n'admettait la présence de l'avocat de l'inculpé qu'au dernier interrogatoire. D'après le troisième, le défenseur était exclu du cabinet du juge d'instruction. Et le quatrième est celui qui fut définitivement accepté. Ainsi pendant plus de dix ans, le législateur n'a cessé de s'occuper de la question du secret de l'instruction préparatoire conditionnant le degré de protection accordé au prévenu.

¹³⁷ FAUSTIN-HELIE, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*.

¹³⁸ Cette commission, dont les travaux ont servi de base à tous les travaux postérieurs, avait accepté "le principe de la défense de l'inculpé pendant l'instruction préparatoire, et la présence du défenseur, non seulement dans la prison à côté de l'inculpé pour le conseiller, pour l'aider dans sa défense, mais encore dans le cabinet du juge d'instruction, où était organisé un débat contradictoire entre le ministère public et les avocats de l'inculpé et de la partie civile", Rapport au Sénat M. DAUPHIN, *ibid*.

On se rend compte que finalement c'est bien le dosage de liberté octroyé à la personne poursuivie et donc au libre choix de parler pour dire vrai ou de dissimuler la vérité par tous moyens y compris celui de parler pour mentir ou de parler par procureur qui a constitué le point nodal de la réflexion intéressant la procédure criminelle française.

Par ailleurs, ces tergiversations, ayant abouti à une solution bien moins audacieuse que le projet Faustin-Hélie, sont le signe d'une crainte et, pour certains, d'une aversion pour un ménagement de la personne non encore convaincue de l'infraction. Ceci indique de façon inextricable la difficulté qu'a eu la France à reconnaître un principe, pilier encore fragile du système contemporain, celui de la présomption d'innocence. Ce principe justifie que l'on accorde au prévenu les moyens d'organiser sa défense dès les premières heures de la confrontation avec le juge d'instruction puis le ministère public¹³⁹.

- Les vieux démons inquisitoriaux.

Même si les avancées de la loi de 1897 se révélèrent inédites, le législateur français n'est pas allé aussi loin que les propositions de la commission Faustin-Hélie, qui contenait une véritable refonte partielle du CIC. Cette timidité est due notamment au fait que le Gouvernement pendant la discussion de la loi a invité la Cour de Cassation à émettre des observations sur l'utilité des innovations proposées et notamment sur l'obligation pour le juge d'instruction, lors de la première comparution de l'inculpé, d'avertir celui-ci qu'il est

¹³⁹ Voir au sujet de la présomption d'innocence beaucoup de travaux français dont la thèse de Mohammed Jalal ESSAID, *La présomption d'innocence*, Thèse de droit, Paris, 1969 ainsi que tous les travaux sur les droits de la défense. Notons à ce sujet le lien indissoluble créé en France entre la présomption d'innocence, le droit à l'avocat et le "droit au silence". Nous remarquons cette pratique confusionnelle dans les développements ultérieurs consacrés au droit interne contemporain.

libre de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées et qu'il peut désigner un avocat qui sera présent et communiquera avec l'inculpé dès la première comparution.

La Cour a pu, à cette occasion manifester nettement son opposition. Elle se montra particulièrement défavorable aux deux propositions principales du projet : la présence de l'avocat aux interrogatoires et la communication obligatoire du dossier au défenseur la veille de chaque interrogatoire¹⁴⁰. La cour suprême s'attaque par conséquent aux fondements des droits de la défense dévoilant ainsi la nouveauté que pouvait constituer alors une telle conquête. Un extrait du rapport de la cour rendra encore plus tangible sa phobie d'un inculpé trop protégé (à son goût) : " En ces matières, les idées les plus généreuses se donnent libre carrière, et il faut quelque courage pour résister à leur séduction; mais ce courage est nécessaire. La plupart des publicistes qui abordent l'étude de ces graves sujets envisagent plus volontiers l'hypothèse de l'innocent injustement soupçonné qu'il faut mettre à l'abri d'un châtiment immérité. Certes, cette éventualité redoutable justifie de la part du législateur toutes les précautions et de la part du juge toutes les inquiétudes. Mais elle est heureusement exceptionnelle et ne doit pas faire perdre de vue la réalité plus positive du coupable qu'il faut convaincre et punir. Le besoin le plus impérieux d'un pays organisé sera toujours la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité individuelle par la recherche vigilante et la répression exacte des délits et des crimes. Certaines tendances du projet nous obligent à rappeler cette vérité banale. Le problème pénal n'a jamais cessé de comporter et comportera éternellement deux termes irréductibles : l'intérêt général de la société qui se défend et l'intérêt personnel de l'homme qu'elle accuse. Si l'on a trop longtemps sacrifié, sous l'Ancien Régime, le second au premier, on ne pourrait sans péril sacrifier

¹⁴⁰ Le rapport du conseiller FALCIMAIGNE exprimait sans ambiguïté et avec force l'hostilité de la cour de cassation aussi bien à la présence du défenseur à l'interrogatoire qu'à la mise du dossier à la connaissance du conseil avant chaque interrogatoire.

le premier au second. Le législateur doit avoir le souci constant d'assurer à l'un et à l'autre une part équitable de protection. C'est sous l'empire de cette pensée que votre commission a entrepris l'examen des questions qui lui étaient soumises, avec le ferme propos de se montrer nettement favorable aux réformes qui pourraient assurer à la libre défense des garanties plus efficaces, mais aussi résolument hostile aux témérités qui risqueraient de compromettre l'exercice normal de l'action publique". La Cour de Cassation a ainsi prouvé de façon cinglante sa répugnance à des mesures qui lui paraissaient follement inconsidérées comparées au régime strict quoiqu'assoupli, en vigueur. Cet affrontement montre que bataille et conquête il y eu ¹⁴¹.

D'ailleurs la ténacité des réformateurs déjà ébranlée par l'opposition de la cour a du se manifester également face à quelques auteurs récalcitrants. Ceux-ci ont ajouté aux arguments de la juridiction suprême. On a donc reproché à la loi l'entrave à la marche de l'instruction qui serait provoquée par la mise en oeuvre des formalités introduites, de même une prolongation de la détention provisoire en résulterait. Par ailleurs, la réticence au modèle anglais a donné lieu à une critique de l'impuissance déplorée du juge d'instruction au profit d'une invasion policière. Il y aurait à redouter le renforcement des pouvoirs de la police au détriment de l'intérêt général et de l'inculpé.

La loi du 8 décembre 1897.

La réticence a priori d'éminents protagonistes n'aura pas empêché le vote d'un texte dont on a pu dire qu'il a constitué " le point de départ en même temps que l'apogée de la manifestation d'une volonté législative d'en finir avec les excès

¹⁴¹ " Cette loi démontre, par sa naissance et sa survie, comment la fermeté législative, lorsqu'elle se manifeste dans le bon sens peut renouveler et assainir la réalité judiciaire en dépit des réactions des partisans de la répression ", Christos BAKAS, Thèse, op.cit, p.235.

inquisitoriaux du passé, lors de la phase d'instruction préliminaire ¹⁴². Pourtant, les insuffisances du texte ont permis la résistance de praticiens opposés à la réforme.

- le rôle providentiel du conseil de l'inculpé.

La loi " ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction criminelle, en matière de crimes ou de délits ", du 8 décembre 1897, offre une contribution très importante à l'évolution droit positif français dans un sens favorable à la protection réelle de la personne soumise à l'épreuve d'une poursuite judiciaire. Cette protection se concrétise par l'introduction de l'avocat de la défense tôt dans le déroulement de la procédure. L'article 3 de ce texte dispose en effet : " Lors de cette première comparution, le magistrat constate l'identité de l'inculpé, lui fait connaître les faits qui lui sont imputés et reçoit ses déclarations après l'avoir averti qu'il est libre de ne pas en faire. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal. Si l'inculpation est maintenue, le magistrat donnera avis à l'inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avoués, et, à défaut de choix, il lui en fera désigner un d'office si l'inculpé le demande [...]. " Puis à l'article 9, " l'inculpé doit faire connaître le nom du conseil par lui choisi [...], l'inculpé détenu ou libre ne peut être interrogé ou confronté, à moins qu'il n'y renonce expressément, qu'en présence de son conseil, ou lui dûment appelé [...]. " Ces articles font partie des dispositions fondamentales de la loi car ils proclament le droit pour l'inculpé d'organiser sa défense dès le début de l'information préalable. Il garantit sans doute le libre exercice de ce droit par des règles absolument nouvelles et opposées à celles de la législation antérieure. On a alors évacué le rôle de contrôleur de l'avocat au cours de l'instruction préparatoire. L'aspect contradictoire de la procédure débutante est ici plus incertain car " l'avocat n'aura pas pour mission de lutter avec le

¹⁴² C.BAKAS, op. cit., p.235.

juge, de discuter avec lui; mais bien plutôt de contrôler les actes de l'instruction, d'assurer par sa présence la liberté de l'inculpé, de l'encourager à répondre aux questions qui lui seront posées, hors de toute crainte d'une fausse interprétation ou d'une traduction défectueuse."¹⁴³ Le système ainsi transformé devient ce qu'on a appelé "un contrôle après coup, sur des opérations finies"¹⁴⁴. Le contrôle ainsi assuré viserait selon ces interprétations à susciter une parole sincère plus qu'à protéger un silence toujours suspect. Encore une fois, il est difficile d'entrevoir l'acceptation du silence en France en tant qu'outil de défense mis à la disposition de l'inculpé. Pour se rendre compte de ce refus de la loi de 1897, elle-même, citons l'alinéa 3 de l'article 9 : "Le conseil ne peut prendre la parole qu'après y avoir été autorisé par le magistrat. En cas de refus, mention de l'incident est faite au procès-verbal." C'est pourquoi nous ne pouvons pas dire que la loi de 1897, même si elle ouvre l'ère de la reconnaissance des droits de la défense en France, constitue le fondement d'un "droit au silence" déclaré. Prenons à témoin le contemporain de cette loi, Herbert Halton¹⁴⁵ qui fait le bilan mitigé suivant : "Par la loi du 8 décembre 1897, [le législateur] a adopté une procédure, qui, si elle ne réalise pas toutes les réformes qui ont donné lieu à des discussions si approfondies, assurent, du moins à l'inculpé des garanties nouvelles aussi sérieuses qu'elles sont prudentes, sans rien sacrifier des justes intérêts de la société".

Le sérieux des réformes apparaît à la lecture des dispositions visant à garantir la présence d'un avocat ou du moins la possibilité réelle d'en avoir un. Un système de nullités est prévu à l'article 12 de la loi : "Seront observées, à peine de nullité de l'acte de procédure ultérieur, les dispositions prescrites par les articles 3 et 9 alinéa 2 [notamment]". Aussi

¹⁴³ Extrait des propos du rapporteur de la loi, cité in HALTON, op. cit., p.85.

¹⁴⁴ L'expression est reprise par H.RASPAL, op. cit., p.123.

¹⁴⁵ HALTON, op. cit., p.75.

pouvons-nous affirmer à la suite d'Henri Brun¹⁴⁶, que l'intention du législateur a bien été de faire courir au meneur de la procédure pénale le risque d'une annulation en cas d'abus perpétrés à l'encontre du prévenu.

Pourtant le texte n'est pas exempt d'ambiguïtés soulevées par les nostalgiques d'une révolution réelle de la procédure et utilisées par les opposants au nouveau système.

- Les avatars de la pratique.

Les dispositions, par leur caractère vague et imprécis, ont conduit les commentateurs à se poser beaucoup de questions qui ont souvent été résolues par la sévérité des juridictions à l'égard du défendeur. Les questions ont tourné autour du contenu et de l'étendue du rôle et du pouvoir du conseil face à la toute-puissance à peine étioyée du juge d'instruction et à la police judiciaire avant l'instruction préparatoire.

La Cour de Cassation qui avait émis une réprobation certaine vis-à-vis de la nouvelle loi a prolongé cette tendance jusque dans son application de la loi. Ainsi, outre son travail d'interprétation stricte, visant à combler les lacunes et imprécisions nombreuses de la loi, elle a cherché en plus à restreindre le champ d'application de celle-ci. L'extension du rôle de la police était redoutée en raison de l'absence de précisions sur l'enquête officieuse. Et la Cour de Cassation d'en profiter pour enfermer la loi dans la double barrière de l'instruction préalable et des actes du juge d'instruction. Cette interprétation restrictive de la loi s'est manifestée pour la première fois par les arrêts du 12 mars 1898, 16 juin 1898 et 24 décembre 1898 de la Cour de Cassation¹⁴⁷. Dès lors, la cour a constamment et sans ambiguïté affirmé son intention

¹⁴⁶ Henri BRUN, Des droits de la défense dans l'instruction criminelle. Thèse de droit, Paris, 1897.

¹⁴⁷ Crim., S, 1899, I, p.297.

restrictive. Elle a en effet toujours refusé d'étendre par analogie la loi de 1897 à d'autres hypothèses¹⁴⁸. L'insistance de la cour suprême dans cette voie restrictive est illustrée dans des matières telles que l'enquête administrative¹⁴⁹, l'enquête officieuse¹⁵⁰, l'interrogatoire préalable fait par le président de la cour d'assises¹⁵¹ ou la procédure devant la chambre d'accusation¹⁵². De même la loi de 1897 a été jugée inapplicable dans l'hypothèse de l'expertise¹⁵³ et de la flagrance¹⁵⁴. Et de façon plus outrageuse, la cour a refusé à l'inculpé qui se défend seul la protection de la loi de 1897¹⁵⁵.

En définitive, il ressort de cette jurisprudence scandaleuse que la cour a entendu faire de cette loi une loi d'exception et à ce titre restrictivement interprétée; et ce, en violation du principe d'interprétation des lois de procédure ayant comme but de garantir la mise en oeuvre des droits de la défense et les libertés individuelles¹⁵⁶. Pour Bakas, la loi du 8 décembre 1897, comme réforme d'ensemble est restée isolée dans la voie du libéralisme¹⁵⁷ même si des lois libérales sont au cours du siècle intervenues pour réaffirmer le principe d'assistance par un avocat durant le procès pénal ou éventuellement pour y apporter des améliorations secondaires¹⁵⁸. La loi de 1897 étant remarquable pour ses

¹⁴⁸ Une longue liste d'arrêts en ce sens : Crim. 11 février 1899, S., 1900, I, 425, Bull.Crim., 12; 7 août 1899, Bull.Crim. 1899; 11 août 1899, S., 1902, I, 61, Bull.Crim. 265; 9 juin 1899, Bull.Crim. 147; 26 avril 1900, S., 1903, I, 199; 8 mars 1901, Bull.Crim., 76; 5 décembre 1902, Bull.Crim. 378; 20 mars 1903, S., 1905, I, 249.

¹⁴⁹ Le premier arrêt en la matière est l'arrêt du 11 février 1899, précité.

¹⁵⁰ Le premier arrêt en la matière est l'arrêt du 11 août 1899, précité.

¹⁵¹ Crim. 13 septembre 1900, doc. Parlem., 1904, I, 251.

¹⁵² Crim. 24 décembre 1898 et 7 août 1899, précités, S., 1899, I, 297.

¹⁵³ Crim. 6 juillet 1905, Bull.Crim., 336.

¹⁵⁴ Crim. 12 mars 1898, précité.

¹⁵⁵ Crim. 2 mai 1903, doc.parlem., 1905, I, 23.

¹⁵⁶ voir en ce sens C.BAKAS, op.cit., p.241.

¹⁵⁷ C.BAKAS, op. cit., p.244.

¹⁵⁸ Loi du 7 février 1933 modifiée dans le sens de la rigueur par la loi de 1935

avancées pionnières, elle ne constitue pas pour autant la charte attendue des droits de la défense. Si le rapprochement avec la procédure anglaise est remarquée par les auteurs, celui-ci ne fit pas pour autant de la procédure française un modèle en matière de garanties pour l'inculpé, inculpé qui n'a toujours pas le "droit" de garder le silence. En effet, la procédure demeure inquisitoire et l'interrogatoire en est le point fort. Il était donc encore peu concevable en 1897 que l'inculpé pût se garder de répondre au juge en la présence d'un avocat dont les interventions étaient maîtrisées par ce même juge.

Ce périple au cours de siècles de procès pénaux aura donc confirmé les impressions évoquées en introduction, en vertu desquelles la tradition inquisitoriale, qu'elle fasse partie d'une histoire ancienne ou d'influences sporadiques, constitue un frein au développement des droits garantissant une défense efficace pour le prévenu. Ce n'est que dans une dynamique accusatoire, quelle que soit sa force, que la protection de l'accusé, a priori néfaste à la répression, peut s'étoffer jusqu'à donner naissance à des droits appartenant en propre à la personne indépendamment de la volonté du magistrat ou de tout autre acteur de la procédure d'investigation ou de jugement. C'est bien la définition que nous voudrions voir appliquer au "droit au silence" comme droit de la défense.

Aussi, nous attacherons-nous dans la partie suivante à faire état des effets du passé et des aspirations du futur. Pouvons-nous parler en Grande-Bretagne et en France d'un tel droit à la disposition de l'accusé? Au Royaume-Uni, si son appellation n'est pas celle de "droit", est-ce parce qu'il n'est pas ou parce qu'il s'entend différemment? En France, a-t-il eu l'opportunité d'être conquis et proclamé ou n'existe-t-il encore qu'à l'état embryonnaire, freiné qu'il est dans sa croissance par un furieux agrippement à la tradition inquisitoriale?

et par le décret-loi du 18 novembre 1939.

DEUXIEME PARTIE

OBSERVATION D'UN " DROIT " EN ACTIVITE.

Les bouillonnements du présent sont maintenant notre souci. Des mouvements remarquables ont bouleversé, à la suite de la Seconde Guerre Mondiale, les données de notre monde et de notre Europe. Depuis, la géopolitique est devenue une manière de penser. Les juristes n'en sont pas sortis indemnes, par conséquent les ordres juridiques non plus.

La spécificité de chaque système demeure considérable. Mais les interactions qui existent entre eux ont été décuplées. Aussi, des systèmes de régulation ont vu le jour au-delà des Etats. Les motivations avancées prenaient les couleurs du " plus jamais ça ". La défense des droits de l'Homme en première ligne, un désir de préservation et de développement d'un patrimoine commun des droits et libertés fondamentaux a pris forme.

Nous ne saurions pour autant négliger les vestiges du passé expliquant des particularités parfois inconciliables. Pour procéder à une bonne analyse du présent, nous devons donc tant que cela est encore possible, distinguer l'étude de l'ordre juridique interne et celle de l'ordre international en ce qui concerne le " droit au silence ". Ceci est encore faisable dans la mesure où l'évolution tend à l'autonomisation d'une jurisprudence supranationale. Les ordres juridiques internes sont encore identifiables et nous le constaterons dans un premier chapitre. Mais la phase d'autonomisation s'achève et les effets du " renvoi " des jurisprudences dans les droits internes soumis aux juridictions des organes supranationaux commencent à se faire ressentir et à imprimer des directions nouvelles mais convergentes aux ordres juridiques nationaux. L'observation de ces deux phases s'effectuera dans un second chapitre.

Il s'agit ici de mouvements généraux déduits de la pratique juridique. Nous vérifierons leur validité à travers le prisme du " droit au silence ". Vérification qui voudra révéler l'existence de différences dont la résistance sera testée au cours de cette partie.

CHAPITRE I

L’AFFIRMATION D’UN “ DROIT AU SILENCE ” EN DROIT INTERNE.

On se pose ici la question de l’inscription du “ droit au silence ” en droit interne. Les sources internes du droit, les noms juridiques, la jurisprudence, la doctrine, font-elles allusion au “ droit au silence ”? Si elles le font, dans quels termes le font-elles et quels sens lui donnent-elles?

Pour aborder ces questions dans un ordre logique, il est nécessaire de les organiser en fonction des “ niveaux d’intervention ” d’un droit. Si nous admettons qu’un droit est un “ intérêt juridiquement protégé ”¹⁵⁹, celui-ci n’existe que lorsque la loi vient protéger la jouissance ou la perspective de la jouissance de l’intérêt. Par conséquent, le chercheur qui se pose la question de l’existence d’un droit devra d’abord

¹⁵⁹ Cette théorie dite de “ l’intérêt ” est celle de Rudolf von JHERING. Dans *l’esprit du droit romain* (Paris, 1886-1888), JHERING défend l’idée des droits subjectifs. Pour devenir un droit, l’intérêt doit être protégé et la protection “ présuppose une norme portant sur ce qu’il convient de protéger ” (Ernst BLOCH, *Droit naturel et dignité humaine*, Payot, 1976).

s'enquérir de la teneur des textes. Il devra donc découvrir les fondements juridiques du droit en question.

Mais la caution des textes est-elle suffisante? L'analyse des écrits juridiques n'est en effet qu'une partie du travail. La seconde correspond à l'idée de protection plus qu'à celle d'inscription. La protection juridique, considérée comme indispensable à l'existence d'un droit¹⁶⁰, s'entend de la " mise en scène " juridictionnelle du droit. Il faut ici s'interroger sur la façon dont est invoqué le droit par le justiciable ainsi que sur la réponse jurisprudentielle donnée par le juge. Ce faisant, nous avons essayé de schématiser les divers modes d'expression d'un droit en droit interne. De cette façon, nous pensons pouvoir mener une comparaison systématique qui soit à même de mettre en évidence des différences quant à la conception ou seulement la perception du " droit au silence " dans chacun des ordres juridiques étudiés.

¹⁶⁰Citons à ce sujet Jean DABIN, "Droit subjectif et subjectivisme juridique", Archives de philosophie du droit, tome IX, 1964, p.17-35 : " On peut ironiser sur un droit à la pudeur, sur un droit au silence [...]; mais, comme pour l'honneur, ou l'intimité, ou l'incognito, [...], il s'agit bien là de biens qui constituent pour la personne autant de valeurs méritant la protection du droit non seulement sous la forme d'un droit à réparation du dommage consécutif à une lésion, mais *a priori* sous la forme d'un recours d'interdiction préventive de la lésion "; voir aussi Stavros TSIKLITIRAS, La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français, thèse de droit public, Paris, 1988. Pour illustrer son propos, M.TSIKLITIRAS cite pertinemment Jean CARBONNIER (*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8ème édition, LGDJ, Paris, 1995) : " La subjectivation est, pour le droit, un moyen de s'accomplir plus parfaitement en disposant autour de la norme d'innombrables avertisseurs, très sensibles, prêts à se déclencher à la moindre transgression ". Vérifions si la norme a prévu le droit en question et si des avertisseurs efficaces ont été disposés autour d'elle, dans les deux Etats.

1. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU " DROIT AU SILENCE " :

L'objectif de cette observation est de déterminer la place quantitative et qualitative qu'occupe le " droit au silence " dans les ordres juridiques internes de la Grande-Bretagne et de la France. Nous aurons découvert si le concept juridique même de " droit " de se taire lors d'une procédure judiciaire pénale est connu et/ou reconnu dans ces deux Etats et si l'un a une influence sur l'autre.

L'arsenal britannique.

Pour justifier le recours à un titre si suggestif, précisons que nous avons considéré que les fondements juridiques surtout en droit anglais devaient s'entendre de toutes les sources possibles, à savoir les normes et leurs travaux préparatoires¹⁶¹ ainsi que la littérature juridique doctrinale que l'on trouve dans les revues et périodiques " autorisés ". Par ailleurs, la jurisprudence est apparue fondamentale dans la mesure où le " droit " examiné est de *common law* et est donc né du travail des juges. Ainsi, la masse de pratiques institutionnalisées par des normes juridiques ou non permet de parler d'un " arsenal " juridique disponible en Grande-Bretagne pour donner au " droit " de demeurer silencieux lors de la procédure pénale un fondement juridique.

Nous avons pu nous rendre compte qu'il y avait autant de documents permettant de limiter ou de contester sa légitimité au " droit au silence " dans l'Angleterre d'aujourd'hui que de documents permettant de l'asseoir. Dès lors, si une place

¹⁶¹ Les divers Comités, Commissions et autres groupes de travail qui ont oeuvré pour l'élaboration de nouveaux textes. Leurs travaux sont très importants en ce qu'ils mettent à jour les controverses de l'époque et permettent de se faire une idée de l'ampleur du débat.

importante est revendiquée par de nombreux auteurs pour le “droit au silence”, il n’en reste pas moins que les menaces réalisées ou non quant au “droit au silence” font douter de cette reconnaissance. Cet examen tournera en fait autour de la question de l’affirmation ou non du “droit au silence” comme un droit véritable ou comme une simple faveur faite aux individus par le pouvoir.

La place centrale du “droit au silence” dans le système juridique britannique.

Cette place centrale mais non prépondérante du “droit au silence” lui est allouée par ceux qui justement considèrent que cet élément constitue un des piliers du système pénal accusatoire. D’autre part, et c’est une tentative risquée, nous pensons qu’il existe tout de même un consensus au Royaume-Uni sur ce que recouvre pratiquement le “droit au silence”. L’existence d’un tel consensus “mou” tend à rehausser le caractère incontournable de cet objet du droit, quel que soit son facteur de séduction auprès des juristes et des législateurs.

- “Droit au silence” et système accusatoire dans le Royaume-Uni contemporain.

Les développements consacrés à l’histoire de l’apparition de ce “droit” ont démontré que la croissance de cet élément au sein d’un système procédural augmentait avec l’orientation accusatoire de ce même système¹⁶². Il n’est pas rare de rencontrer des assertions telles que : “Le droit au silence [...] est une fibre étroitement tissée du système de la justice pénale”¹⁶³ ou “Le droit au silence ne doit pas simplement

¹⁶² voir supra, p.64.

¹⁶³ John McKENZIE, “The Great Fiasco”, NLJ, 13 mai 1994, p.631 : “The Right Of Silence [...] is a deeply interwoven strand through the criminal justice system”.

demeurer une partie vitale du système pénal de l'Angleterre et du Pays de Galles ; il doit être renforcé ¹⁶⁴ ou " un droit qui est souvent décrit comme la référence de la justice britannique " ¹⁶⁵ ou encore cette référence à l'intégrité du système pénal britannique; " Le droit au silence n'est pas une tradition vieillotte et passée de mode. Supprimer ce droit déséquilibrerait la balance de notre système de justice " ¹⁶⁶.

Mais le " droit au silence " a en Grande-Bretagne des définitions variées. Nous ne retiendrons pas uniquement, pour parler de la place centrale du " droit " étudié dans le système procédural anglais, du privilège interdisant que l'on s'accuse soi-même mais aussi et surtout le " droit au silence " faisant référence à une personne suspecte ou accusée de garder le silence face à des interrogations provenant respectivement de la police ou de contradicteurs à l'audience. C'est en effet la thèse de Steven Greer ¹⁶⁷ selon laquelle, ce n'est qu'en tant que droit que le silence est une " pierre de touche " du système et non en tant que privilège. Le privilège implique un traitement spécial

¹⁶⁴ Steven GREER, " The RTS : A review of the Current Debate " vol 53, n 6. MLR, nov. 1990, p. 709 : " *The RTS should not merely remain a vital part of the criminal justice system of England and Wales: it should be strengthened* ". Steven GREER sous-entend la même essentialité quand il écrit : " *Some instrumental Retentionists have indicated that exchange abolitionism may be a persuasive alternative if, and only if, the entire basis of the criminal justice system were to be shifted from an accusatorial to an inquisitorial model.* " op. cit., p.725.

¹⁶⁵ John D. JACKSON : " *a right which is often characterised as a " benchmark " of British justice* ", in " *Curtailing the Right Of Silence : Lessons from Northern Ireland*", Crim. L.R., 1991, p. 415 : Voir aussi Jane PLUMPTRE " *The Right of Silence disappears*". N.L.J. 4 august 1989. p.1091.

¹⁶⁶ Le président de la puissante *Law Society* faisant cette déclaration à *The Times*, cité par Roger SMITH in, " *Integrity or Convictions?* ". LSG, vol 90 (38), 1993, p.2. Ce dernier cite également Michael ZANDER : " *The integrity of the criminal justice system is a higher objective than the conviction of any individual* ". Ce concept d'intégrité est, pour Roger SMITH, le pendant de la sauvegarde du *due process*, qui sont nécessaires à la société britannique et pas seulement à la condamnation du coupable qui passe à travers ce système.

¹⁶⁷ *ibid.*

accordé comme une faveur ou une concession, alors que le mot "droit" dénote un intérêt protégé, en tant qu'il est l'expression de valeurs fondamentales. La relation tenue du "droit au silence" et du système accusatoire tient à ce que la présomption de base de ces systèmes est que l'accusateur doit être obligé de prouver ses allégations sans l'assistance de l'accusé et donc de son silence éventuel.

Ainsi, dire qu'il existe un droit au silence en Angleterre et au Pays de Galles ne veut pas seulement dire que généralement il n'y a pas d'obligation juridique de parler à la police ou de fournir des preuves à l'audience à la charge des citoyens. Cela implique qu'aucun désavantage ne devrait découler du refus du défendeur de coopérer avec la police ou de témoigner. Ainsi le droit que certains défendent comme l'un des signes caractéristiques du système britannique n'est pas seulement le privilège de ne pas s'accuser soi-même. La *common law* a dégagé un principe devenu traditionnel : celui qui entraîne l'interdiction pour les tribunaux du fait (*magistrates* et *juries*) d'être invités ou d'être encouragés, soit par des juges soit par des poursuivants (*prosecutors*), à conclure qu'une personne est coupable simplement parce qu'elle a refusé de répondre à des allégations, en particulier celles de la police, ou a refusé de déposer à l'audience dans l'intérêt de sa propre défense. Ces conséquences sont justifiées par l'effet préjudiciable que de telles incitations pourraient avoir sur la valeur probante du silence. Cette valeur serait disproportionnée en effet si l'on autorisait, par voie normative, les juges du fait à tirer des conclusions directes du simple silence à la charge de l'accusé. Or les opposants à ce type d'atteintes sérieuses au "droit au silence" soulèvent l'argument de poids selon lequel il existe indéniablement des raisons autres que la culpabilité pour se taire¹⁶⁸. Le silence n'est pas synonyme de culpabilité lorsque

¹⁶⁸ Voir à ce sujet l'article de Steven GREER précité, "Innocent reasons for silence", p. 727 ; ainsi que les actes du colloque consacré au droit au silence : Steven GREER et Rod MORGANS (eds.), *The Right to Silence Debate*, Proceedings of a Conference held at the University of Bristol, on 27th march

la personne est dans un état de forte émotion et à ce titre hautement vulnérable. De même, il se peut que la personne se sente coupable mais qu'elle n'ait en fait commis aucune infraction; qu'elle soit ignorante de faits majeurs et qui pourraient la disculper; qu'elle désire protéger par ce silence d'autres personnes ou cacher des actes honteux mais pas illégaux. D'autre part, le silence peut faire partie d'une attitude générale hostile à la police¹⁶⁹. L'absence de confiance en la police peut être une motivation du silence sans pour autant qu'une culpabilité soit en jeu. Mais le respect du droit au silence par la police et les autorités en général est une marque de confiance mutuelle qui serait gravement endommagée si le droit au silence venait à disparaître. Une abolition aboutirait à ce que le silence même devienne une infraction d'où une hostilité renforcée inévitable quant à l'inquisition de la police dont le but serait d'obtenir l'aveu et le plaidoyer "coupable", par marchandage (*plea-bargaining*) le cas échéant.

Le débat qui a toujours cours au Royaume-Uni montre que le "droit au silence" se trouve au coeur d'une controverse plus large et chère aux britanniques. L'Histoire a montré que les avancées en faveur de la liberté ou les empiétements sur celle-ci ont majoritairement été le résultat de négociations (*bargain*), de dosages subtiles de rapports de force et finalement de la continuelle mise en balance d'éléments contradictoires. La controverse repose ici principalement sur l'opposition entre les pouvoirs de la police (et plus tard ceux du juge du fait et du *prosecutor* à l'audience) et les droits (*rights*) du suspect. Par conséquent, il n'est pas étonnant de constater la cristallisation

1996, Bristol and Bath center for criminal justice, 1990 ; et une étude politico-psychologique de David DIXON, "Politics, research and Symbolism in Criminal Justice : The Right of Silence and the Police and Criminal Evidence Act", *Anglo-Am. L.R.*, vol. 20 (1), 1991, p. 27.50. et encore Gisli H. GUDJONSSON "Psychological Vulnerability : Suspects at Risk", in *Suspicion and Silence*, 1993, chp. 6 p. 91.

¹⁶⁹ DIXON, op.cit, p.38 : "Silent suspects are likely to hold anti-police attitudes".

de la dispute sur l'élément le plus redouté par les enquêteurs quels qu'ils soient : le silence de l'interrogé. Mais nous détaillerons la chronologie de cette controverse plus tard. Ceci dit, le débat n'aurait pas de sens s'il n'existait pas un consensus minimum sur les cas d'application ou non du "droit au silence" en Grande-Bretagne fondé sur un droit positif minimal et une jurisprudence pléthorique.

- L'existence d'un consensus juridique mou.

Trois situations semblent envisageables où le "droit au silence" peut s'exprimer. Mais nous verrons que l'imprécision des lois est telle que les facteurs de variations sont aussi nombreux que les cas de figure.

Lorsqu'un citoyen porte une accusation contre un autre, le principe général est que les juges et l'accusation ont la faculté d'inviter le jury à prendre en compte le silence de l'accusé. Toutefois les circonstances doivent avoir mis en scène un accusé dont on pouvait raisonnablement attendre une réponse. Ici, le silence est considéré comme une acceptation pure et simple de la véracité des accusations par le défendeur. Tout le problème est de savoir si les circonstances justifient que l'on traite le silence comme une admission implicite de la culpabilité¹⁷⁰. Ce problème est rassemblé dans le mot "raisonnablement". De multiples facteurs sont en jeu : les relations existant entre l'accusateur et l'accusé et le statut de chacun, la solennité de l'occasion, l'état de santé de l'accusé, le

¹⁷⁰ *R. v. Horne* [1990] Crim. L.R., 188 ; mais avant, *Christie* [1914], A.C. 545 et bien avant *Mitchell* (1892) 17 Cox C.C. 503 : Cave Justice "[...] if a charge is made against a person in that person's presence it is reasonable to expect that he or she will immediately deny it, and that the absence of such a denial is some evidence of an admission on the part of the person charged, and of the truth of the charge. Undoubtedly, when persons are speaking on even terms, and a charge is made, and the person charged says nothing, and expresses no indignation, and does nothing to repel the charge, that is some evidence to show that he admits the charge to be true." Dans le même sens *Parkes v. R.* [1976] 1 WLR 1252.

degré de spécificité de l'accusation, le sérieux de l'infraction en cause, les actes éventuels effectués par l'accusé silencieux, la présence d'autres preuves que le silence soulevées par l'accusateur, etc.

Mais il devrait en être différemment dans le cas de questions posées par la police. C'est ce que Peter Mirfield¹⁷¹ déduit de la prise de position de Cave J. dans l'affaire *Mitchell*. Donnant son opinion dans l'affaire, ce juge fait bien référence à la situation précédente de personnes étant sur un pied d'égalité. Aussi, le silence recouvre-t-il une autre dimension lorsqu'il émane d'une personne interrogée par la police. Il convient ici de faire une distinction entre deux périodes. Celle qui a duré jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'ordre public puis celle qui a débuté récemment depuis lors. Il est généralement admis que jusqu'en 1995, année de l'entrée en vigueur du *Criminal Justice and Public Order Act* de novembre 1994, le suspect interrogé par la police jouissait en vertu d'une doctrine de *common law* bien établie d'un droit au silence¹⁷². Ainsi, le contenu du droit est fixé par des règles de preuve et de procédure comme suit :

- a) les réponses aux questions de la police ne doivent pas être admises comme preuves à moins qu'elles n'aient été données volontairement sans oppression ou incitation quelconque¹⁷³ ;
- b) un accusé peut témoigner à son propre procès si et seulement si il a choisi de le faire¹⁷⁴ ;

¹⁷¹ Peter MIRFIELD, "Two Side-Effects of Sections 34 to 37 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994", *Crim.L.R.*, August 1995, p. 613.

¹⁷² Peter MIRFIELD, *op.cit.*, p. 913 ; Fiona McELREE et Keir STARMER, "The Right to Silence" chapitre 4 in *Justice in Error*, Clive WALKER and Keir STARMER (eds), Blackstone Press Ltd, 1993, p. 58 ; Steven GREER, *op. cit.*, p. 712.

¹⁷³ Cette règle est issue de 3 sections, 76, 78 et 82 du *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 (PACE) reconnu comme progressiste du point de vue des droits du suspect... et corrélativement du point de vue des pouvoirs de la police...

¹⁷⁴ *Criminal Evidence Act 1898*, s.1 : C'est la première grande loi moderne sur les preuves au Royaume-Uni. Elle affirme ce droit après le *Vincent's Code of*

- c) seules des déclarations limitées peuvent être faites si une personne choisit d'exercer son droit au silence¹⁷⁵ ;
 d) aucune déduction de culpabilité ne devrait être faite du seul exercice par la personne de son droit au silence¹⁷⁶.

On comprend alors que le droit au silence ait été accordé comme un moyen de protéger un suspect si vulnérable face au pouvoir massif que l'Etat représentait dans la police. Le droit au silence est justifié en tant qu'instrument grâce auquel des frontières acceptables sont imposées aux pouvoirs de questionnement de la police et par lequel le risque de fausses confessions et d'erreurs de justice est diminué. Il découle de cette justification que l'exercice de ce droit au poste de police ne doit pas porter préjudice à l'accusé au procès au risque d'anéantir la protection initialement envisagée¹⁷⁷. Ce droit était donc expressément reconnu par l'avertissement que la police

Practice sur la police de 1882 et l'arrêt *Mitchell* précité de 1892. Et ce parce que les interrogatoires effectués par la police augmentèrent rapidement avec l'émergence au XIXe s. de forces de police professionnelles dans tout le pays. Il fallait donc revoir tout le mécanisme de l'admission des preuves et donc régler l'activité de cette police. Pourtant, ce n'est qu'en 1912 que les preuves collectées lors des interrogatoires policiers purent être admises au procès. Et les juges de la Division du King's Bench formulèrent des règles directrices : les *Judges Rules*. Elles demeurèrent la principale forme de contrôle de la police jusqu'en 1984 où fut édicté le PACE. Ces règles contenaient notamment la fameuse obligation d'avertir les suspects après leur arrestation et avant leur interrogatoire qu'ils ne sont pas obligés de répondre, mais que s'ils le font, leurs réponses seraient prises en note et pourraient servir de preuve contre eux.

¹⁷⁵ *Criminal Evidence Act*, s.1 ; et la jurisprudence complémentaire : *R v. Bathurst* [1968] 2 QB 107 ; *R v. Mutch* [1973] 1 All E.R. 178 ; *R v. Sparrow* [1973] 1 WLR 488 ; *R v. Chandler* [1976] 1 WLR 585 ; *R v. Brownond Routh* [1983] Crim. L.R. 38.

¹⁷⁶ *R v. Whitehead* [1929] 1 KB 99 ; *R v. Keeling* [1942] 1 All ER 507 ; *R v Bathurst* précité.

¹⁷⁷ *Gilbert* (1977) 66 Cr. App. R. 237, le Vicomte Dilhorne, siégeant à la Court of Appeal, déclara que : " inviter un jury à formuler une opinion défavorable à l'accusé à partir de l'exercice de son droit au silence est se fourvoyer ".

était obligée de donner au suspect avant de le questionner. L'avertissement en vigueur avant l'Act de 1994 était déclamé en ces termes : " *You do not have to say anything unless you wish to do so, but what you say may be given in evidence.*"¹⁷⁸ Lord Diplock eut l'occasion de préciser l'effet de cet avertissement que l'on pourrait qualifier de rappel¹⁷⁹. Ce dernier rappelle à la personne qu'elle possède un droit d'après la *common law*, dont elle pourra éventuellement se servir pour se protéger.

Mais récemment la réforme du droit de la preuve a bouleversé les acquis quant au "droit au silence". Celui-ci est annoncé au suspect par un nouvel avertissement imposant des restrictions supplémentaires : " *You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in court. Anything you do say may be given in evidence.*"¹⁸⁰ La conséquence de cette véritable mise en garde est une incitation à parler de préférence à la police. La personne est prévenue qu'elle a intérêt, si elle a une défense, à l'exposer tout de suite au risque de voir sa défense mise en doute à l'audience¹⁸¹. Cet encouragement à parler dès les interrogatoires et à plus forte

¹⁷⁸ " Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit à moins que vous le souhaitiez, mais tout ce que vous direz pourra servir de preuve ", *Code of Practice C* paragraphe 10.4 édicté à la suite du PACE Act 1984.

¹⁷⁹ Dans l'affaire *Hall v. The Queen* [1971] 1 WLR 298, p. 301, Lord Diplock : " *The caution merely serves to remind the accused of a right which he already possesses at common law* ".

¹⁸⁰ " Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit. Mais votre défense pourrait souffrir du fait que vous n'avez pas mentionné, lors de votre interrogatoire, un élément que vous utiliserez à l'audience. Tout ce que vous direz pourra servir de preuve ", *R v. White Head* [1929] 1 KB 99 ; *R v. Keeling* [1942] 1 All ER 507 ; *R v. Bathurst* précité.

¹⁸¹ Il s'est agi ici de lutter contre l'*ambush defense* (défense-embuscade) qui consiste à ne révéler sa défense qu'au procès sans avoir rien dit avant. Cette défense fait l'effet d'un guet-apens pour l'accusation et devient douteuse pour le jury et le juge qui peuvent y voir l'échaffaudage d'alibis.

raison à l'audience dégage les effluves anciennes d'une tradition où le suspect était recruté en tant que témoin actif dans les investigations. Même si la découverte de la vérité est le moteur de ces réformes, il n'en reste pas moins que le "droit au silence" s'en trouve altéré au point qu'il est permis de douter de son caractère de "droit" véritable. Ne serait-ce plus qu'un risque pris par la personne interrogée?

La troisième situation réunissant un consensus minimum et mettant en jeu le "droit au silence" est celle de l'accusé à l'audience. Lorsque le *Criminal Evidence Act* de 1898 a donné pour la première fois aux défendeurs le droit de déposer sous serment, le Parlement a décidé qu'il serait indésirable de faire de ce droit une obligation. Par conséquent, la section 1 (b) de la loi interdit à l'accusation de faire des commentaires sur le défaut de déposition de l'accusé. Cependant, peu de temps après le vote de cette loi très protectrice des personnes poursuivies, la Cour des Affaires Réservées de la Couronne (*the Court for Crown Cases Reserved*) interpréta restrictivement le paragraphe b de cette première section : "*s. 1(b) does not preclude comment from the bench at the trial judge's discretion*"¹⁸². L'objet précis de ce commentaire permis par la jurisprudence est peu clair. En effet, les juges ont plus aisément tiré des conclusions du refus de déposer quant à la plaidoirie de l'accusation qu'ils n'ont invité le jury à conclure de ce refus une indication de la culpabilité de l'accusé. Il n'a donc pas été fait un usage abusif de la permission accordée dans l'affaire *Rhodes*. Le commentaire des juges ne visaient à pousser le jury vers le choix de la culpabilité que lorsque l'accusé connaissait des faits particulièrement importants pour la résolution de l'énigme.

La sagesse des juges anglais quant au "droit au silence" des accusés a longtemps été louée. Pourtant

¹⁸² *Rhodes* [1899] 1 QB 77.

aujourd'hui, une menace qui depuis longtemps planait sur ce droit a été partiellement mise en œuvre.

La menace grandissante.

- Une menace virtuelle de tous les instants.

Le consensus que nous avons exposé plus haut, s'il prouve que le "droit au silence" connaît une grande notoriété au Royaume-Uni, il n'en demeure pas moins fragile. La menace dont il est question à propos du "droit au silence" est fondée sur une divergence profonde entre les tenants de deux conceptions philosophiques des droits de l'individu. Le danger pesant sur l'existence même du "droit au silence" tient notamment au triomphe de l'une de ces deux positions sur l'autre. Cette vulnérabilité du "droit au silence" tend à montrer que ce dernier n'a jamais été acquis et est soumis aux évolutions des rapports de force. Mais largement, nous pensons que cette faiblesse (*weakness*)¹⁸³ du "droit au silence", auquel ici on préférerait l'appellation de privilège du silence, correspond à une conception juridique et philosophique particulière des droits de l'Homme.

La distinction dont il est question oppose les utilitaristes (*utilitarians*) et les libertaires (*libertarians*) à propos du "droit au silence". Les utilitaristes, dans la lignée de Bentham, campent sur la position hostile à la fixité de prétendus acquis. La société serait menacée par des criminels professionnels sophistiqués qui exploitent un système pénal

¹⁸³ Ce terme qualifiant les droits en Grande-Bretagne est emprunté à Donald DWORKIN ; Steven GREER s'en sert également pour déplorer cette fragilité du "droit au silence" : "*The Right to silence is currently a comparatively weak right which of itself appears not to provide very much protection against successful prosecution and conviction*", in "The RTS : a review of the current debate", op. cit., p.729 et "*The RTS [...] has never provided a cast-iron protection against successful prosecution and conviction*", in Conférence de Bristol op. cit., p.17.

archaïque en état de survie. Un " bon sens " (*common sense*) à toute épreuve les assurent que ceux qui n'ont rien à cacher n'ont rien à craindre et qu'ils seront heureux de répondre aux questions de la police¹⁸⁴. De l'autre côté sont les libertaires qui allèguent que le droit au silence est une composante fondamentale des relations entre le citoyen et l'Etat démocratique. Ainsi, si des accusations sont faites, elles doivent être prouvées par l'Etat et non réfutées par l'individu : tout autre arrangement serait une intrusion inacceptable de l'Etat dans la liberté individuelle. Mais cette opposition dualiste peut être affinée. Quatre tendances se dégagent alors du débat relatif au " droit au silence " au Royaume-Uni. Deux sont en faveur de l'abolition du droit au silence, deux sont contre. Cette classification comprend l'abolitionnisme utilitariste, l'abolitionnisme pour l'échange, le conservatisme symbolique et le conservatisme instrumental.¹⁸⁵ Cette dispute idéologique se concentre sur la situation intermédiaire déjà exposée : la personne est interrogée par la police ou par toute institution compétente.

La volonté des utilitaristes d'abolir le " droit au silence " repose sur la phrase fameuse de Bentham : "*Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence*". Cette conviction typique est due à la conception utilitariste de la fonction des règles de preuve en procédure pénale. Deux idées de bases sont contenues dans cette conception. La première est que la rectitude du résultat est l'objet du procès. Celle-ci sera atteinte grâce à un système où les directives seraient flexibles plutôt que des règles fixes. La seconde idée est que la poursuite de cet objectif ne devra pas

¹⁸⁴ Le *common sense* fait référence à la réputation benthamienne des droits qu'il qualifiait de "*nonsense upon the stilts*", Jeremy BENTHAM in *Anarchical Fallacies*, 1843, *The Collected works of J. Bentham*, John BOWRING (ed), Edinburg

¹⁸⁵ D'après une analyse de S. GREER reprise par tous les commentaires, ce sont respectivement l'*utilitarian abolitionism*, l'*exchange abolitionism*, le *symbolic retentionism*, l'*instrumental retentionism*.

être perturbée par le souci de préserver des valeurs sans relation avec la preuve, sauf s'il s'agit de compenser un retard ou d'éviter des humiliations ou dépenses pécuniaires. Pour les utilitaristes abolitionnistes, le *privilege against self incrimination* ne contribue en aucun cas à la poursuite de cet objectif. La faiblesse de l'opinion des utilitaristes abolitionnistes réside dans leur hypothèse douteuse car non empiriquement prouvée. C'est pourquoi les abolitionnistes ont ajouté à leur simple volonté d'anéantir le droit au silence pour inutilité, la nécessité de compenser cette perte pour l'individu.

De purs utilitaristes, les abolitionnistes sont devenus des revendicateurs de garanties. La supposition des abolitionnistes pour le remplacement du "droit au silence" est la suivante : pourvu que les autres intérêts légitimes du défendeur à l'action soient convenablement protégés, seul le coupable cherchera à se dissimuler derrière le silence au poste de police. Contrairement aux conservateurs, les abolitionnistes ne voient pas le "droit au silence" comme un droit que l'accusé devrait nécessairement avoir. Dans ce cas il est impossible de parler de droit au sens d'un attribut ou intérêt protégé de la personne. Le "droit au silence" devrait donc être supprimé au profit du renforcement ou de l'adjonction d'autres garanties. La principale garantie que les partisans de cette doctrine mettent en avant est : l'accès à la représentation légale. L'argument statistique soutenant le renforcement de l'accès à l'avocat lors de l'interrogatoire est que seulement un quart des suspects en garde à vue reçoit un conseil juridique¹⁸⁶. Ce constat causé en partie par une dissuasion active menée par la police (qui évite

¹⁸⁶ Rapport du Groupe de Travail du Ministère de l'Intérieur, Juillet 1989 (*Report of the Working Group on the Right of Silence* London : Home Office, July 1989). Nombre d'autres études confirment la dévouerte selon laquelle le PACE a augmenté la probabilité que des gardés à vue soient représentés par un conseil, même si le recours à cette assistance demeure faible dans l'absolu, voir B. IRVINE et I. MCKENZIE, "Interrogating in a legal framework", Conférence Paper, Oxford, 1988 ; P. MCKAY, "Changes in Custody practice since the introduction of the PACE Act 1984" (London Home Office, PESH, 1988).

de préciser la gratuité de l'accès au conseil, par exemple), tend à faire dire à un éminent partisan de l'échange "avocat contre silence", Adrian Zuckermann¹⁸⁷, que la justice procédurale requiert l'accès des suspects au conseil juridique. Dans l'ordre juridique britannique, il n'y a pas de raison de conserver le "droit au silence". Pour Zuckermann, trois principes orientent le procès pénal équitable : la vérité doit être recherchée; l'innocent doit être protégé de la condamnation erronée et un standard minimum d'équité procédurale doit être étendu à tous les suspects, innocents et coupables également. Dans un monde idéal, le suspect doit avoir accès à la fois au conseil juridique et au *privilege against self-incrimination*. Mais dans le monde réel, la police doit être convaincue que le droit d'accès des suspects au conseil juridique est d'une importance primordiale¹⁸⁸.

De la même façon que les abolitionnistes pour l'échange tiennent à la valeur de la protection des droits des suspects face à la police, les conservateurs fondamentalistes mettent en exergue la nécessité symbolique de garantir ces droits. Mais pour ces derniers, le "droit au silence" a été le terrain d'une reconquête politique de la part de la police, les *symbolic retentionists* prônent la résistance à cette réaffirmation de l'autorité afin de contenir le pouvoir policier dans des limites acceptables et logiques. Mais cette doctrine conçoit le "droit au silence" comme un rempart symbolique de pure forme et se préoccupe peu de son application pratique.

Pour remédier à cet extrémisme intellectualiste, les *instrumental retentionists* arguent du danger pratique de l'abolition du "droit au silence". La reconnaissance du "droit au silence" serait une incontournable garantie contre les erreurs de justice. La crainte et l'argument irréfutable de ces partisans ont été renforcés par l'exemple terrible des affaires

¹⁸⁷A.A.S ZUCKERMANN, "Trial by unfair means - The report of the Working Group on the Right of Silence", 1989, Crim.L.R, p.855.

¹⁸⁸ZUCKERMANN, *ibid*.

récentes qui ont secoué le Royaume-Uni¹⁸⁹. Les Quatre de Guilford, les Sept Maguire, les Trois de Tottenham et les Six de Birmingham. Ces quatre affaires ont causé la condamnation de personnes suite à de faux aveux. Ainsi, le simple exemple de la vie judiciaire et le raisonnement pratique a conduit de nombreux auteurs à plaider pour le maintien de ce "droit au silence" et le renforcement d'autres protections face à la police en particulier¹⁹⁰.

Pour résumer l'importance de la dichotomie entre instrumentalistes et fondamentalistes, notons que le rôle du droit au silence dans un système de justice pénale dépend de sa reconnaissance en tant que droit fondamental ou instrumental; c'est-à-dire considéré en des termes souvent utilitaristes. Le droit anglais est traditionnellement hostile au fait de conférer à des revendications contre l'Etat un statut supralégislatif. Pourtant, on a vu que le privilège interdisant l'obligation de s'accuser soi-même était une composante vitale du système accusatoire de *common law*, comme le corrobore le V^{ème} Amendement à la Constitution des Etats-Unis.

De l'approche qui sera faite du "droit au silence" en Grande-Bretagne dépendra sa signification. S'il est accepté en termes de droits, alors il est clair qu'il ne devrait ni être aboli, ni être restreint au nom d'un gain utilitariste, tel que l'efficience de la police. Toutefois, même si l'approche utilitariste est retenue, on peu douter du bénéfice réel qu'il y aura eu à réduire ce droit, au regard du coût correspondant d'une police agressive et d'erreurs de justice.

Malgré les protestations contre la suppression et même la simple restriction "droit au silence", l'utilitarisme assimilable à un pragmatisme répressif grandissant a paru

¹⁸⁹McEILREE et STARMER, op. cit., p.60 : "*The trials of those charged with offences arising out of the disturbances in October 1985 at Broadwater Farm Estate in Tottenham, North London, provide graphic examples of the dangers of disregarding such safeguards*".

¹⁹⁰Voir les raisons innocentes du silence, supra, p.107 et note 168, et les risques multipliés de condamnations d'innocents.

trionpher en Grande-Bretagne au regard de l'évolution des travaux préparatoires à une réforme du droit de la preuve, en général et du "droit au silence", en particulier. L'aboutissement des pérégrinations a été récemment le *Criminal Justice and Public Order Act* de novembre 1994¹⁹¹.

- Une menace partiellement mise à exécution.

L'on craignait le pire (la suppression du "droit au silence") et le pire n'est pas arrivé. Mais le "droit au silence" n'est pas sorti indemne des moultes réunions de travail qui ont eu lieu durant une vingtaine d'années. Aussi est-il intéressant de les rappeler pour conclure que le "droit au silence" en Grande-Bretagne ne bénéficie que d'une protection amovible au gré de l'intérêt des plus forts et non de l'idéal le plus juste. Il faut cependant éviter l'annonce rapide et ridicule de l'absence de droits en Grande-Bretagne parce qu'ils ne sont pas déclarés et constitutionnalisés comme en France. Nous réduirons au "droit au silence" un constat déjà fait mais ici étayé, selon lequel la conception symbolique des droits serait différente au Royaume-Uni. La conservation est sujette aux altérations provoquées par des changements de simples lois ou de la jurisprudence interprétative puisque le "droit au silence" possède le rang d'acte du Parlement. Mais si les professions de foi sont initialement différentes en France et au Royaume-Uni nous verrons que le résultat est sensiblement le même quant à la vulnérabilité du "droit au silence"¹⁹².

Le marathon vers la restriction finale du "droit au silence" a débuté en 1972 avec le Comité de Révision de la Loi Pénale (*the Criminal Law Review Committee* ou CLRC)¹⁹³, malgré les critiques et quelques travaux favorables au maintien du "droit au silence".

¹⁹¹Voir supra, p.109.

¹⁹²Voir les développements relatifs à la France dans cette partie.

¹⁹³CLRC, *Eleventh Report, Evidence*, General Cmnd 4991 (HMSO : London, 1972).

Le CLRC recommanda dans sa majorité que les cours devraient être autorisées à tirer les conclusions appropriées (*as appear proper*) de la faillite d'un accusé à mentionner à la police tout fait qu'il utilise ensuite dans sa défense à l'audience. De même en ce qui concerne le refus de prêter serment ou de répondre aux questions à l'audience, "sans bonne raison" (*without good cause*). La majorité du comité était d'avis que le silence du suspect devant la police et du défendeur au procès devrait pouvoir constituer une corroboration d'autres preuves. Rapidement, une pluie de critiques s'abattit sur le rapport du comité. On critiqua notamment le caractère arbitraire et peu fondé des propositions¹⁹⁴. Pourtant, à Singapour, le *Criminal Procedure Code Act* amendé en 1976, reprit les propositions du CLRC.

La seconde commission fut la *Royal Commission on Criminal Procedure* (RCCP) en 1981. Celle-ci fut clémente avec le "droit au silence" puisqu'elle recommanda sa conservation tel quel¹⁹⁵. Celui-ci devrait s'appliquer devant la police et à l'audience. C'est en effet ce que disposa le *PACE Act* de 1984 pour l'Angleterre et le Pays de Galles. Ceci ne faisait en fait que repousser le vrai débat à plus tard. Et ce débat s'est poursuivi tout au long des années 80 à la suite du *PACE Act*. Et on a pesé sans discontinuer le poids des pouvoirs de la police et celui des droits des suspects...Parce que la loi de 1984 a voulu rééquilibrer cette balance en renforçant les droits des suspects,

¹⁹⁴ "Both within and outside Parliament, a formidable body of professional and lay opinion stood aghast", Royal Commission on Criminal Procedure de 1981; McELREE et STARMER, op. cit., p.65 : "All members were over 50 and the average was 65. It is difficult to conceive a more narrowly-based group of people deliberate on the privilege against self-incrimination. It contained no practising criminal lawyers, criminologists, sociologists, probation officers, social workers or representatives of human rights or civil liberties groups".

¹⁹⁵ Pour la RCCP, "the present law on the right to silence in the face of the police questioning after caution should not be altered".

la police s'est plainte d'une limitation corrélative de ses pouvoirs¹⁹⁶. Les juges ont suivi¹⁹⁷.

Pour ajouter à la fatalité du résultat, considérons les modifications législatives en Irlande du Nord et les discussions publiques qui les ont accompagnées. En un mois, les dispositions exigées par la situation troublée de cette région ont été votées. Le *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order* de 1988 aura pesé lourd dans la balance et le 20 octobre 1988 Douglas Hurd préconisait avec vigueur des changements identiques pour l'Angleterre et le Pays de Galles, une fois que le groupe de travail du Ministère de l'Intérieur (*Home Office Working Group* ou HOWG) aurait rendu son rapport. L'*Order* de 1988 pour l'Irlande du Nord contient quatre restrictions au "droit au silence"¹⁹⁸. Ces restrictions sont les possibilités pour la cour de tirer des conclusions déterminées par le silence de l'accusé. Ces déductions peuvent être faites directement par les juges ou le jury dans le cas où l'accusé se fonde dans sa défense, sur un fait non mentionné à la police alors que le suspect savait qu'il serait inculpé (art.3), et dans le cas où l'accusé ne tient pas compte de la présence d'objets sur lui ou de sa propre présence sur les lieux faisant croire raisonnablement que l'accusé a participé à l'infraction (art.5 et 6). Par ailleurs, ceux qui ont la parole au procès et une parole qui peut être

¹⁹⁶Douglas HURD, Ministre de l'Intérieur en 1987 pose la question : " *Does the present law really protect the innocent whose interests will be generally lie in answering police questions frankly?* "; dans son sillage, Peter IMBERT, Police Commissioner en appelle expressément à l'abolition du "droit au silence".

¹⁹⁷Lord Chief Justice LANE, dans une communication à une conférence du barreau en 1987, puis dans l'arrêt, *R v. Alladice*, (1988), 87, Cr.App. R. 380 : " *The effect of s.58 of PACE (which gives the suspect the right to legal advice) was such that the balance between the prosecution and defence could not be maintained unless proper comment is permitted on the defendant's silence in such circumstances, and that it is high time that such comment should be permitted together with the necessary alteration to the words of the caution* ".

¹⁹⁸J. D.JACKSON, op. cit., p.405.

fatale à l'accusé (le juge ou l'accusation), peuvent faire des allusions à ce silence dans un sens accablant pour l'accusé (art.4). L'extension de ces restrictions au reste du Royaume-Uni consistait à reprendre les recommandations de la CLRC de 1972. La relève ne tarda pas à être prise par le HOWG qui, le 13 juillet 1989, rendit un rapport dommageable au "droit au silence". Outre la reprise de la restriction de l'article 3 de l'Order nord irlandais de 1988, le rapport propose un nouveau texte d'avertissement qui cette fois est une véritable menace si usage est fait du "droit au silence"¹⁹⁹ et proclame un droit de commenter les plaidoiries au bénéfice des juges!

Mais la révélation de graves erreurs judiciaires, ajoutées aux véhémentes protestations de groupes libertaires et d'associations d'avocats²⁰⁰, temporisèrent ces excès. Les études très importantes de la Commission Royale sur la Justice Pénale en furent les démonstrations rassurantes²⁰¹.

Si les dernières études précitées étaient plus indulgentes quant au "droit au silence" et inspirées de la doctrine des *instrumental retentionists*, les atteintes à ce droit n'en furent pas moins réelles lors du vote de la loi de 1994 : le

¹⁹⁹ " You do not have to say anything. A record will be made of anything you do say and it may be given in evidence. So may your refusal to answer any questions. If there is any fact on which you intend to rely on in your defence in court, it would be best to mention it now. If you hold back until you go to court, you may be less likely to be believed " : " Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit. Un enregistrement de tout ce que vous direz sera réalisé et pourra servir de preuve. Il en sera de même pour votre refus de répondre. Si vous avez l'intention de vous fonder sur un fait à l'audience, vous avez intérêt à le mentionner maintenant. Si attendez d'être devant la cour, vous serez moins susceptible d'être cru ".

²⁰⁰ *The Criminal Bar Association, the Law Society, academic lawyers*. Ce soulèvement nous rappelle par qui le droit au silence est arrivé... Il est logique que les conseils se battent à nouveau pour sauver leur champ d'action et l'efficacité de leurs plaidoiries, le conseil ou non de garder le silence étant une tactique importante.

²⁰¹ *The Royal Commission on Criminal Justice, Research Study*, n°10 et 13, 1993.

Criminal Justice and Public Order Act. Notamment les sections 34 à 39 de la loi sont modelées sur les dispositions de l'*Order*. Le mouvement a été celui d'une extension de l'application de ce texte, initialement prévu pour faire face à des terroristes chevronnés (*hardened criminals*), à tous le reste du pays et à tout type de suspects! On remarquera à ce sujet une particularité du Royaume-Uni. L'Irlande du Nord, considérée comme une "épine dans le pied de la Grande-Bretagne", a toujours été le chemin de passage obligé des législations pénales plus sévères dans le reste du Royaume-Uni. En d'autres termes, les troubles de cette partie du territoire ont non seulement justifié l'adoption de mesures draconiennes dans cet espace; mais ont également été le prétexte pour une extension à l'Angleterre et au Pays de Galles de ces mêmes mesures²⁰².

En l'occurrence, la loi de 1994 indique 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. Il est permis à l'accusation d'inviter les juges à en déduire que la défense est mensonge (section 34). Pour ce qui est du silence au procès, que ce soit le refus de prêter serment ou le refus de parler après avoir prêter serment, la section 35 de la loi nouvelle autorise qu'il en soit tenu compte par les juges et le jury. Les sections 36 et 37 envisagent les situations prévues par les articles 5 et 6 de l'*Order*. Ces deux sections visent donc à inciter le suspect à coopérer avec la police, à divulguer ses moyens de défense dès la garde à vue et à répondre à l'audience aux contre-interrogatoires de l'accusation. Une atténuation est contenue à la section 35(4), puisque l'accusé ne peut être rendu coupable de *contempt of court* s'il refuse de donner des preuves en son nom; c'est-à-dire de s'auto-incriminer. Ainsi l'honneur

²⁰²Voir à ce sujet les mesures prises récemment pour renforcer les pouvoirs de fouille et de saisie (*Search and seizure powers*) et d'arrestation (*Stop and Search powers*) de la police; *The Guardian* du 2 avril 1996, Conor GEARTY, "Stop and Search for the motive", et du 3 avril 1996.

est sauf puisque le *privilege against self-incrimination* est préservé... Mais en est-il de même du "droit au silence"?

Remarquons pour conclure sur les fondements juridiques du droit au silence en Grande-Bretagne, que la loi de 1994 n'est pas l'unique norme de rang législatif à diminuer le champ de ce "droit". Nous devons citer également : le *Theft Act* de 1968, section 31, le *Supreme Court Act* de 1981, section 72, le *Companies Act* de 1985 ou le *Criminal Justice Act* de 1987, section 2.

Le nombre de textes, quelle que soit leur nature, consacrés au droit silence depuis le début du siècle, et en particulier la loi de 1898, montre que c'est bien autour du "droit au silence" que s'est cristallisé le débat relatif à la procédure pénale et donc à la justice; balance qui doit exister entre les intérêts de la société et ceux du suspect. Et réciproquement, nous trouvons dans le "droit au silence" un terrain propice à l'analyse de l'attitude du Royaume-Uni face à la question des droits de l'individu face au pouvoir. Voyons si c'est le cas en France.

La flottille française.

Si le titre de ce paragraphe paraît insultant pour la France, ce n'est pas par pure intention malveillante, mais dans le but de faire état d'un paradoxe. La France, pays du texte plus que du cas, semblerait ne pas connaître ni le droit de conserver le silence, ni le privilège contre l'auto-incrimination, ni les diverses immunités décrites par les juges britanniques. Alors que des droits de l'Homme et du Citoyen sont hissés au niveau suprême, il semblerait que même les normes de niveau infra-constitutionnel aient omis de garantir un "droit au silence" ou ne l'aient fait que très partiellement ou imprécisément. Quelle place est donc réservée à ce droit que les britanniques ont pris la peine de nommer et de garantir? On rappelle l'importance, à la Révolution, du droit pour un homme de "jouir, lorsqu'il est

soumis à l'épreuve d'une poursuite criminelle, de toute l'étendue de liberté et de sécurité pour sa défense [...]”²⁰³. Mais on se souvient également de l'influence des luttes religieuses et des pressions politiques inquisitoriales : “[...]; secret, torture, ce sont les mots qui reviennent à chaque instant lorsqu'on traite de la procédure inquisitoriale; on cherche en vain les garanties accordées à la défense”²⁰⁴.

Sans vouloir trouver d'excuse à une lacune aujourd'hui reprochée à la France, nous ferons état des causes et des effets de la quasi-omission d'un droit de ne pas témoigner lors d'une procédure judiciaire, notamment. C'est sur le terrain de la justice pénale que nous nous placerons même si des procédures d'investigation peuvent avoir lieu en milieu administratif par opposition au milieu judiciaire. Ce choix répond à un souci de clarté et n'a que peu d'importance quant à l'examen de la conception d'un droit de l'individu.

Etat d'esprit.

Avant 1993, bien que la France n'ait pas intégré le niveau de protection acquis au suspect et à l'accusé au Royaume-Uni, une certitude a cours: “une meilleure protection de l'inculpé ne peut résulter que d'une stricte réglementation de l'interrogatoire. En raison de sa qualité de présumé innocent, il importe de lui accorder des garanties substantielles au cours de l'information judiciaire. Face aux puissants moyens d'investigation dont dispose le juge d'instruction, il doit avoir la possibilité de se défendre librement et en pleine connaissance des charges relevées contre lui, de se défendre par ses propres moyens ou de recourir à l'assistance d'un conseil”²⁰⁵. Annonçant l'orientation future de la France, ces propos indiquent la volonté

²⁰³ Henri RASPAL, op. cit., p.14.

²⁰⁴ Exposé des motifs du décret des 8-9 oct. 1789, op. cit. p.394, voir supra p.81, n.126.

²⁰⁵ Mohammed-Jalal ESSAID, La présomption d'innocence, Thèse de droit, Paris, 1969, p.237.

ferme de s'engager dans la voie d'un renforcement des droits de la défense. Par ailleurs, un trait particulier de la conception des droits du suspect (de l'inculpé) et du "droit au silence" apparaît en France. En admettant que le "droit au silence" existe en France, celui-ci ferait partie des droits de la défense, notion spécifique, et trouverait sa raison d'être dans le principe supérieur conditionnant la procédure pénale: la présomption d'innocence.

- Le Code de Procédure Pénale de 1958.

Le Code de Procédure Pénale (CPP), dans sa rédaction antérieure à 1993²⁰⁶ reprenait, dans son ensemble, les dispositions de la loi du 8 décembre 1897. " Sans prétendre transformer la procédure d'information française en une procédure de type accusatoire, [les auteurs du CPP ancienne formule] ont eu l'intention de lui donner un caractère nettement contradictoire, d'y associer les parties et de les placer sur un pied d'égalité avec le ministère public "²⁰⁷.

Pour ce faire, il a fallu garantir l'indépendance du juge d'instruction par rapport au ministère public. Ceci a été réalisé en l'affranchissant du contrôle que le procureur général exerçait sur lui parce qu'il était officier de police judiciaire. Ainsi, débarrassé de la tutelle du ministère public, le juge d'instruction a pu se comporter, non comme un "agent du Parquet", mis comme un véritable juge impartial préoccupé uniquement par le souci de la manifestation de la vérité. La personne ne devait plus risquer de devoir démontrer son innocence au magistrat instructeur renversant ainsi le principe *in dubio pro reo*²⁰⁸. Il s'agit donc bien de mesures protectrices des personnes poursuivies sans pour autant que des droits leur soient attribués en propre.

²⁰⁶Articles 114 et suivants de l'Ancien CPP.

²⁰⁷Jean BROUCHOT, " La chambre d'accusation ", *JCP*, 1959, I, 1485 cité in ESSAID, *op.cit.*, p.239.

²⁰⁸La règle selon laquelle le fardeau de la preuve incombe au ministère public.

Mais des garanties accordées à l'inculpé accompagnèrent inévitablement les dispositions relatives au statut du juge d'instruction.

Pendant l'interrogatoire de première comparution²⁰⁹, l'inculpé bénéficie de droits importants liés à la fragilité de sa situation. la réglementation de l'interrogatoire de première comparution tend principalement à informer l'inculpé des charges relevées contre lui et à le renseigner sur l'étendue des prérogatives dont il bénéficie. Aussi fondamentale que le droit de choisir un conseil ou de s'en faire désigner un d'office, la liberté de ne faire aucune déclaration est donnée à l'inculpé. Cette disposition permet à la personne de ne pas se prêter à un interrogatoire sur le fond qui risque, sous l'effet de l'émotion, de compromettre sa défense. Corrélativement, le juge serait moins tenté de rechercher son aveu à un moment où il n'est pas assisté d'un conseil. Si la personne poursuivie renonce à cette garantie et accepte de s'expliquer spontanément sur les faits qui lui ont été notifiés, ses déclarations seront immédiatement reçues par le juge d'instruction. Les déclarations en question ne doivent en aucun cas donner lieu à un interrogatoire; c'est-à-dire que le juge ne peut engager une discussion contradictoire avec l'inculpé à ce stade de la procédure. L'idée est la même : la personne n'étant pas assistée d'un avocat, il faut la prémunir contre des déclarations irréfléchies. Ajouté à l'interdiction de faire prêter à l'inculpé le serment de dire la vérité²¹⁰, le droit de ne faire aucune déclaration se rapproche du "droit au silence" général reconnu lors de la procédure pénale en Grande-Bretagne. Ce rapprochement s'explique par la grande influence qu'a exercé la procédure accusatoire britannique sur notre procédure lors de l'édiction de la loi de 1897, largement reprise

²⁰⁹MERLE et VITU, op; cit.: [l'interrogatoire de première comparution est] l'un des points culminants de l'instruction, puisqu'il concrétise officiellement l'inculpation et ouvre pour le juge le droit d'employer des mesures coercitives, et pour l'inculpé le bénéfice d'une protection efficace".

²¹⁰Interdiction en vigueur depuis le décret des 8 et 9 octobre 1789.

par les rédacteurs du CPP de 1958. Mais le mimétisme s'arrête là.

En effet, il est à noter que le CPP reste significativement muet à propos d'un droit de garder le silence lors des interrogatoires subséquents. La loi insiste donc sur le droit de communiquer librement avec son avocat et de se faire assister par lui lors des interrogatoires et des confrontations (article 116 CPP) mais ne donne expressément aucune possibilité à l'inculpé de se taire. Cette impossibilité est confirmée par le fait que l'avocat ne peut se livrer à un véritable débat contradictoire : il ne peut prendre la parole que pour poser des questions après y avoir été autorisé par le juge d'instruction (article 120 CPP). Le droit de garder le silence n'étant pas prévu, en cas de barrage à la parole de l'avocat lors de l'instruction, l'accusé n'a d'autre alternative que de prendre la parole et répondre aux questions du juge. Ceci s'explique par la conception de l'interrogatoire en France. Présument que l'avocat y est présent, et que l'indépendance du juge d'instruction y est assurée, l'accusé doit saisir l'opportunité que l'interrogatoire lui donne de s'expliquer. Aussi, la "sécurité" de l'inculpé étant assurée, ne voit-on pas pourquoi un "droit au silence" devrait être accordé en France, à ce stade d'une procédure sans équivalent en Grande-Bretagne. Nous avons ici la preuve que l'opportunité pour la personne poursuivie du droit de se taire tombe avec l'application d'une procédure purement inquisitoire.

A l'audience, la situation est peu claire mais l'on peut déduire des articles 328 et 442 du CPP que l'accusé peut garder le silence mais à ses risques et périls. Ces articles prévoient que le président interroge le prévenu et reçoit ses déclarations. La déclaration peut donc être le refus de toute déclaration. Ce cas du silence gardé face aux questions du juge sans qu'un avertissement de la part du juge quant au "droit de conserver le silence" ait eu lieu, est risqué pour le prévenu. Toutefois, en cours d'assises, le juge a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité du prévenu. Dans ces conditions on

peut penser que si la personne se tait le jury ne pourra être influencé que par le silence et non par des commentaires inculpatatoires du président. Mais on doit préciser qu'il ne saurait être question d'un "droit au silence" intentionnellement conféré ici puisque d'après la jurisprudence, cet interrogatoire ou cette incitation à faire des déclarations est conçue comme un "appel à se défendre d'une manière quelconque" pendant le débat²¹¹.

Enfin durant la garde à vue, "procédé qui permet à la police judiciaire de maintenir à sa disposition, pendant un certain délai, des personnes qui ne sont pas encore inculpées et qui ne font pas l'objet d'un mandat de dépôt ou d'arrêt"²¹², aucun droit n'est accordé à la personne outre la durée limitée de cette atteinte à la liberté individuelle.

Ce tour d'horizon se rapporte à la situation antérieure à 1993 et permet de se poser sérieusement des questions sur la nature du droit de se taire rencontré plus haut.

- Variations métaphysiques sur le silence de la loi et le "droit au silence".

L'interrogatoire est un procédé ambigu quelle que soit la phase dans laquelle il se tient. C'est à la fois un moyen indispensable de recherche de preuves et un moyen de défense. Le second volet de ce procédé a été découvert plus tardivement, avec l'avènement de l'idée des droits de la défense. Faustin-Hélie écrit à ce sujet : "son but principal [celui de

²¹¹ " Les dispositions de l'article 328 al. 1 ne sont pas prescrites à peine de nullité. la loi exigeant seulement que l'accusé ait pu librement se défendre " Crim. 9 déc 1959, Bull Crim n°540; 10 mai 1961, Bull Crim n°248.

" L'article 442 ne prescrit pas à peine de nullité l'interrogatoire du prévenu appelant. L'omission de cette formalité ne peut devenir cause de nullité que s'il est établi que le prévenu n'a pas été appelé à se défendre d'une manière quelconque pendant le débat qui a suivi le rapport ". Crim 26 juin 1968, D. 1968, 671; Crim., 16 mars 1971, D 1971 Somm 92.

²¹²ESSAID, op cit, p.325.

l'interrogatoire] est d'indiquer le système de la défense, et, par conséquent, de poser les termes du débat et les points qui doivent y être vérifiés. Il suit de là encore que l'accusé a le droit, si il le juge utile à l'intérêt de sa défense, de refuser de répondre, sans toutefois que ce refus de répondre puisse suspendre le cours des débats [...] ”²¹³. Pour Garraud, “ le refus de se disculper est un droit pour l'accusé ”²¹⁴.

Ceci pour Christos Bakas fonde le “ droit au silence ”. Mais il s'agit du “ droit au silence ” comme “ conséquence logique de la mise en oeuvre de la présomption d'innocence ”²¹⁵. Nous sommes ici amenés à nous demander quels rapports entretiennent le “ droit au silence ” et la présomption d'innocence. M. Essaid se demande d'ailleurs si “ en accordant des droits à l'inculpé et à son conseil au cours de l'instruction préparatoire, le législateur a entendu instaurer des règles autonomes, des normes s'imposant par elles-mêmes sans qu'il soit besoin de faire appel à la présomption d'innocence ”²¹⁶. Mais de l'avis de M. Essaid, “ la notion de droit de la défense n'est pas autre chose que le corollaire de la règle présumant l'innocence ”²¹⁷. Remarquons que les juristes anglais ont choisi l'autonomie de la présomption d'innocence par rapport au “ droit au silence ”, faisant de ces deux éléments des garanties non hiérarchisées également dues à l'accusé non encore convaincu. C'est la règle de la preuve “ *beyond reasonable doubt* ” qui est présentée comme un corollaire de la présomption d'innocence.

La relation de dépendance fondamentale qui existe en France entre le “ droit de se taire ” limitativement permis et la présomption d'innocence explique la fragilité du “ droit ”. Celui-ci peut ne pas exister dans l'ombre d'une présomption

²¹³FAUSTIN-HELIE, *Pratique Criminelle* n°201; *Traité d'Instruction Criminelle* n°3543.

²¹⁴GARRAUD, *op.cit.*, tome I, n°230.

²¹⁵BAKAS, *Thèse, op.cit.*, p.63.

²¹⁶ESSAID, *op.cit.*, p.247.

²¹⁷*ibid.*

d'innocence qui, parfois, " n'est qu'une fiction sans écho dans la réalité sociale "218. Cette fragilité est accentuée par l'absence de réglementation du silence que celle-ci soit normative ou jurisprudentielle. Peu de directives sont données outre les suppositions des juristes. Nombre d'entre eux pensent que la pratique n'offre pas les conditions favorables à l'exercice d'un " droit au silence "219. Aussi l'exercice du silence est-il présenté comme une attitude dangereuse, risquant de compromettre la défense et de voir la juridiction tirer argument de l'abstention de la personne220. M. Essaid fait une analyse très clairvoyante et exempte de l'hypocrite tendance à certifier la reconnaissance et l'application sans faille de droits naturels et imprescriptibles de l'Homme en France. " Si le droit au silence constitue un véritable droit, il ne peut revêtir un caractère aussi absolu sans mettre en échec l'intérêt social ". Pour tenir compte de tous les intérêts engagés dans le procès pénal, il importe de préciser la nature de cette prérogative et d'en fixer les limites. Le point de vue original exposé ici est que l'on ne peut parler d'un " droit véritable ", c'est-à-dire effectif, que si celui-ci est clarifié dans ces limites et donc par essence relatif. L'absolutisme d'un droit consacre son caractère inutilisable car non conforme à la réalité humaine. M. Essaid parle alors d'un " droit à effet atténué ". et rejette l'idée d'une " simple faculté ". Le " droit au silence " se trouve de par sa nature entre le " droit absolu " et la " simple faculté "221. Nous aurons l'occasion de présenter les multiples limites imposées par la pratique dans les développements ultérieurs.

²¹⁸ Mélanges offerts à Roger MERLE, *La plume et la parole*, Cujas, 1993, p.129.

²¹⁹ ESSAID, op.cit., p.104; BAKAS, op.cit., p.64; GARRAUD, op.cit., tome II, n°467; CASAMAYOR, " si j'étais juge ", p.122, cité in BAKAS, ibid.

²²⁰ MERLE et VITU, op.cit., tome II, n°919; Lofc PHILIP, " Sécurité, liberté et droits de l'homme ", *Le Monde*, 19-20 octobre 1980.

²²¹ ESSAID, op.cit., p.276.

Ces derniers éléments renvoient à la réalité anglo-saxonne ne refusant la qualité de droit au "droit au silence" et ne lui permettant juridiquement que de s'appeler privilège ou ensemble d'immunités. Mais dans ce pays, il semblerait que la qualification de privilège corresponde à la conception que nous nommons droit en France sans qu'il existe une hiérarchie particulière entre les droits en France et les "privilèges" (sorte de droits procéduraux) en Grande-Bretagne.

Les réformes de 1993: une Révolution à la française?

Irrésistiblement attirée par les atouts d'une procédure accusatoire plus protectrice des droits de la défense, la France a entamé tardivement les réformes qui devaient à la fois la hisser au niveau de protection de son rival le Royaume-Uni et surtout au niveau d'exigence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme²²². Mais les grands changements annoncés n'accouchèrent que d'une tromperie ostensible; Nous devons donc nous en remettre aux décisions du Conseil Constitutionnel qui donnent un aperçu de l'idéal recherché. La notion de droit de la défense dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel devra nous orienter et permettre d'expliquer un des traits caractéristiques du mécanisme français d'affirmation et de défense des droits des individus. Il faudra rechercher dans cette notion particulière des "traces" éventuelles du "droit au silence" tel que nous l'avons défini.

- Des lois décevantes.

"Les nouvelles réformes qui touchent au déroulement de la garde à vue semblent vraiment modestes aux yeux des juristes anglais"²²³. Voici un constat assassin touchant au coeur la réforme envisagée en 1992.

²²²voir infra chapitre II.

²²³Jacqueline HODGSON et Geneviève RICH, "L'avocat et la garde à vue:

Pour le rapporteur de la Commission des Lois, Michel Pezet²²⁴, il était question de remédier à “certains dysfonctionnements de notre justice pénale [qui] ont également été soulignés par les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme”²²⁵. Le rapporteur a encouragé ses collègues dans un appel retentissant: “Il serait à l'honneur de nous tous qu'il [le texte] débouche sur une grande réforme de la procédure pénale, dont chacun de nous pourrait s'enorgueillir”²²⁶.

Pour pouvoir rejoindre le Royaume-Uni, nous attendions une refonte de la garde à vue et de l'interrogatoire par le juge d'instruction impliquant la consécration d'un droit à demeurer silencieux dans l'intérêt de la personne poursuivie; c'est-à-dire sans que le ministère public puisse en tirer argument. Le garde des sceaux, Michel Vauzelle a bien voulu reconnaître en 1992 la pauvreté des droits des personnes gardées à vue et l'absence d'équilibre entre l'accusation et la défense lors de l'instruction et de l'audience²²⁷. Le retard dénoncé de la procédure pénale française justifiait donc qu'un bouleversement de la procédure d'alors ait lieu. C'était le sens du projet proposé par Mireille Delmas-Marty dans son rapport à la Commission des Lois. Le projet était de transférer le pouvoir d'investigation du juge d'instruction au parquet et de rééquilibrer les droits de la défense et de l'accusation entre lesquels le juge aurait retrouvé un rôle d'arbitre. Mais l'idée de passer à une procédure de type accusatoire effraya les parlementaires qui avancèrent l'exemple selon eux malheureux des blocages rencontrés par le système italien en mutation...

La France eut donc une réforme et non une révolution.

expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France”, RSC, avril-juin 1995, p.326.

²²⁴Débats parlementaires (DP), n°63 [1], AN (CR), séance du 6 octobre 1992, p.3361.

²²⁵Allusion à l'affaire *Tomasi c. France*, Série A, 1992.

²²⁶DP, *ibid*, p.3363.

²²⁷DP, *ibid*, p.3365.

Les orientations sont énoncées comme suit par le garde des sceaux :

- Améliorer les garanties de la liberté individuelle;
- Préserver la présomption d'innocence;
- Assurer un meilleur équilibre entre les parties à la procédure;
- Accroître l'efficacité de l'institution judiciaire.

Le domaine visé en particulier a été la garde à vue. Deux priorités de réforme étaient le contrôle des mesures de garde à vue par les parquets et l'affirmation du principe de la compétence de l'autorité judiciaire et la rupture de l'isolement. Condamné par les organes de la CEDH. Pour éviter l'isolement de la personne conduisant à des abus inadmissibles, il a été recommandé la notification de ses droits par un officier de police judiciaire au suspect dès le début de la mesure. La personne doit avoir le droit d'appeler un membre de sa famille par téléphone; de subir un examen médical; d'être assisté d'un avocat²²⁸. Pour les réformateurs il s'agit de rendre effective la présomption d'innocence en anticipant le moment où naissent les droits de la défense.

Ceci fut fait²²⁹. L'article 63-1 alinéa 1 CPP nouveau prévoit que toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3, 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63. Sont donc depuis 1993 à la disposition de la personne gardée à vue²³⁰, le droit de faire prévenir un membre de sa famille, le droit à un examen médical ainsi que le droit de s'entretenir avec un avocat. Cette information doit intervenir dès la notification du placement en garde à vue faite par l'officier de police judiciaire. La mention de ce que la personne

²²⁸DP, *ibid.*, p.3367.

²²⁹Voir la circulaire du 1er mars 1993, sous article 63-1 CPP.

²³⁰Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale.

a été avisée des droits et garanties dont elle bénéficie est portée au procès-verbal et émargée par elle. Le refus d'émargement est également mentionné dans la procédure. Après l'énoncé de ce renfort de droits et de garanties procédurales, nous ne pouvons qu'être surpris de l'absence du droit de se taire parmi les droits notifiés. Il semble qu'en France, les droits de la défense au stade de la garde à vue se résument à l'assistance d'un avocat. On aurait pu penser que cette présence aurait permis le mutisme de la personne comme moyen de défense mais il n'en est rien car d'importantes limites sont venues entraver le rôle de l'avocat.

L'article-clé de la réforme est l'article 63-4 CPP amené par un sentiment de honte éprouvé par le rapporteur M. Pezet notamment: "la question est donc: resterons-nous l'un des derniers pays d'Europe où l'avocat n'a pas à être présent en garde à vue? Je crois qu'au niveau de la symbolique, c'est profondément choquant"²³¹. Mais l'introduction de l'avocat au niveau de la garde à vue ne doit pas tromper l'observateur sur la nature de cette intervention que la loi du 24 août 1993²³² a largement restreinte. La personne gardée à vue ne peut pas demander à s'entretenir avec un avocat avant que vingt heures se soient écoulées depuis le début de la mesure. Cet entretien ne peut pas excéder trente minutes. En outre, l'avocat n'a pas le droit d'assister aux interrogatoires. Ainsi, "pour le juriste anglais, ce qui manque le plus à la procédure pénale française, c'est le fait de laisser le suspect sans protection effective quand il est le plus vulnérable"²³³. La qualité et la fiabilité des preuves s'en trouvent diminuées et seraient améliorées si l'on introduisait des contrôles plus efficaces comme l'enregistrement de l'interrogatoire du suspect en la présence d'un avocat à ce stade de la procédure. En effet, la simple présence de quelqu'un qui ne cherche pas à confirmer l'implication du suspect dans

²³¹ DP, *ibid.*, p.3361.

²³² loi n°93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de Procédure Pénale.

²³³ J.HODGSON et G.RICH, *op.cit.*, p.327.

l'infraction peut soulager certaines des pressions liées à la garde à vue. L'avocat peut avoir un rôle important quant au silence de l'accusé comme stratégie défensive. Etant donné que personne (ni la police, ni l'avocat qui demeure éloigné) n'est chargé d'expliquer au suspect son "droit au silence", la présence plus effective d'un avocat pourrait être autorisée afin de renforcer ces droits de la défense faussement mis en avant.

Il est sensible que le système pénal français ne fasse pas de distinction entre le "droit au silence" qui n'est prévu nulle part en ce qui concerne la garde à vue et le droit à l'assistance d'un avocat. Pourtant l'apparition fugace de l'avocat dans cette phase critique laisse penser que le but de la seconde loi de 1993 a été d'empêcher le suspect de se taire et donc de favoriser son passage aux aveux.

Ainsi que nous l'avons constaté en introduction, la question de la nécessité ou non de l'introduction d'un droit de se taire n'est abordée et portée à la connaissance d'un français qu'à travers l'expérience de pays étrangers (droit étranger et droit comparé) mais jamais dans une réflexion de droit interne. Profitons donc de l'allusion brève de M. Braunschweig à ce droit dans un chapitre de la Revue Internationale de Droit Pénal consacré à l'expérience française²³⁴ : "Le droit de se taire. Ce droit n'est pas expressément prévu par le CPP, lequel, comme nous l'avons signalé plus haut, fait seulement obligation au juge d'instruction d'informer l'inculpé qu'il a le droit de ne parler qu'en présence de son avocat²³⁵. Ceci étant, le respect de la liberté interdit aux magistrats de faire pression sur l'inculpé

²³⁴ -- Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'Homme", RIDP, 1993, p.1110.

²³⁵ L'article 114 CPP modifié par la loi du 4 janvier 1993, dispose que les parties ne peuvent être entendues, interrogées, à moins qu'elles n'y recourent expressément, qu'en présence de leurs avocats ou ces derniers dûment appelés. Puis l'art. 116 CPP datant de la loi plus sévère du 24 août 1993, et traitant de la première comparution, prévoit l'avertissement de la personne par le juge d'instruction que celle-ci ne peut être interrogée qu'avec son accord et que cet accord ne peut être recueilli qu'en présence d'un avocat. Mais les déclarations seront quand même reçues si la personne le désire.

pour l'obliger à parler. Il a parfaitement le droit de se taire, et ce silence n'entraîne directement aucune conséquence juridique. Mais il est bien certain qu'une telle attitude ne permet pas au prévenu ou à l'accusé de se présenter très favorablement devant la juridiction de jugement. Cependant malgré son silence, l'intéressé peut très bien être acquitté si les juges approuvent souverainement que les preuves rapportées contre lui, hors de toute explication de sa part, ne sont pas suffisantes pour entraîner leur conviction.

On peut ajouter que les magistrats peuvent avoir connaissance de déclarations que l'intéressé aurait pu faire dans une autre procédure, à condition que le document ait été joint au dossier dans des conditions régulières, et qu'il ait été soumis à une discussion contradictoire ²³⁶.

La superficialité que laissent apparaître la loi française et ses " appendices explicatifs " que constituent les circulaires fait perdre l'espoir que le droit au silence fasse partie, de façon reconnue juridiquement, de l'ordre juridique français.

Malgré tout, nous tenterons de voir si son inscription au sein de la notion de droit de la défense développée par le Conseil Constitutionnel ne peut se déduire.

- La notion constitutionnelle de droits de la défense.

Si aucun droit au silence général ni même un privilège interdisant que l'on s'auto-incrimine n'apparaît dans la loi, nous relevons que le droit à l'avocat, lui, est plus franchement consacré avec toutes les limites qui l'accompagnent certes. Dès lors, ce droit ce droit qui constitue le pilier des droits de la défense peut avec l'orientation empruntée par la réforme de 1993 ouvrir la voie de la consécration progressive de nouveaux droits au besoin au nom de la présomption d'innocence.

²³⁶ibid. " Les mouvements de la réforme de la procédure pénale... ", § 6, p.1110.

Rappelons qu'en France, un droit n'est achevé que s'il reçoit une sacralisation constitutionnelle. Le système français de hiérarchie des normes impose en effet que valeur constitutionnelle suprême soit octroyée à un droit pour que sa vulnérabilité soit la plus limitée possible. La décision de constitutionnaliser un droit est prise par le conseil et réalisée par lui à l'occasion de sa saisine pour l'examen de la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement et en voie de promulgation. Le Conseil Constitutionnel envisage lui-même son rôle dans le cadre d'une mission de protection des droits et libertés des personnes aux côtés des organes juridictionnels du pays qui eux aussi sont soumis finalement au respect des termes du bloc constitutionnel protecteur des droits et libertés qui y sont énoncés²³⁷.

Ayant dans cette perspective hissé au rang constitutionnel la protection de la liberté individuelle²³⁸, on pouvait s'attendre à ce qu'il réalise un contrôle du respect de cette liberté lors de l'examen d'une loi traitant de la garde à vue d'individus. Une autre décision du Conseil peut également laisser augurer de son intervention à propos de la Réforme du Code de procédure pénale. Les "sages" ont, dans une décision du 26 août 1986 sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, rappelé la nécessité de concilier la protection de l'ordre public avec le respect des libertés individuelles:

²³⁷C'est en effet à partir de la décision n°71-45 DC du 16 juillet 1971 que le Conseil Constitutionnel a abordé le domaine des libertés publiques. Le CC a censuré la loi déférée au motif qu'elle portait atteinte aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (PFRLR), consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946, lui-même consacré par le préambule de la Constitution de 1958. Une autre décision va dans le même sens. Dans la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, le Conseil Constitutionnel s'érige en protecteur des droits fondamentaux. D'autres décisions suivront et proclameront même des droits nouveaux déduits de droits déclarés.

²³⁸Décision n°76-75 DC du 12 janvier 1977. Par liberté individuelle, il faut entendre le droit reconnu à chaque individu d'organiser sa vie comme il l'entend.

“ Considérant que les propositions de la loi déferées ne sont pas [...] contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues (référence aux articles 4 et 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789) et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires l'une et l'autre à la sauvegarde des droits de valeur constitutionnelle ”. En matière de procédure pénale et de garde à vue notamment, le Conseil Constitutionnel devait à nouveau mettre en balance la nécessité de sauvegarde de l'ordre public et celle de protection de la liberté individuelle. Face au pouvoir, l'individu soupçonné d'avoir commis une infraction a paru bien démuni au Conseil Constitutionnel. Aussi a-t-il décidé de le protéger en officialisant et en entendant de façon extensive le principe des droits de la défense²³⁹. Le contenu de ces décisions consiste en un subtil dosage entre les forces contraires. le dosage est déjà inclus dans la loi déferée et le Conseil Constitutionnel en vertu d'une interprétation particulière selon les cas donnera plus ou moins d'ampleur à chacun des termes de l'équation. On peut alors en déduire l'appréciation concrète du contenu des droits de la défense que le Conseil Constitutionnel s'autorise.

Dans sa décision du 11 août 1993²⁴⁰, relative à la garde à vue, le Conseil a tenu à présenter l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue comme l'une des garanties essentielles des droits de la défense. Indirectement, “ l'avocat [a été] constitutionnalisé ”²⁴¹. Mais la restriction du rôle de l'avocat n'a pas été considérée contraire aux exigences d'équilibre entre les nécessités de l'enquête et la garantie des droits individuels. Si le

²³⁹Décisions n°76-70 DC du 2 décembre 1976; n°80-117 DC du 22 juillet 1980.

²⁴⁰Décision n°93-326 DC du 11 août 1993, Garde à vue, J.O. 15 août 1993, p.11599.

²⁴¹Louis FAVOREU, Le Figaro, 13 août 1993 cité in Thierry RENOUX, et son Commentaire de la décision du Conseil du 11 août 1993, RFDC, 1993, p.854.

Conseil Constitutionnel n'a soulevé aucune objection à ce titre, estimant suffisante la conciliation réalisée par la loi entre les impératifs de la protection de l'ordre public et les exigences constitutionnelles liées au respect de la liberté individuelle, il n'a cependant déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution que sous l'expresse réserve du principe d'égalité des justiciables. Le Conseil a donc donné son aval à ce que le rôle de l'avocat s'apparente d'avantage à un rôle d'assistance que de véritable défense, ce dernier ne pouvant se substituer à son client en assurant sa défense. Le Conseil affine sa conception de l'intervention de l'avocat en jugeant que " le droit de la personne à s'entretenir avec un avocat au cours de la garde à vue, constitue un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale ", légitimant ainsi l'aide juridique.

L'intérêt que le Conseil Constitutionnel a manifesté pour les droits de la défense et le rôle quasi-prétorien qu'il s'est arrogé permet de tirer des conclusions prospectives. Le pluriel de la notion et la pression imprimée à la France dans le sens d'une plus grande prise en considération des droits de la personne soumise à l'épreuve d'une procédure pénale, nous autorisent à prédire l'ajout progressif de garanties nouvelles à la liste réduite des droits de la défense. Nous pouvons donc espérer que le droit au silence ou du moins le droit de ne pas témoigner contre soi-même soit bientôt consacré par le Conseil au niveau suprême, et ce, sur le fondement de la protection de la liberté individuelle; voire même de la liberté de conscience et d'expression²⁴². Cette constitutionnalisation correspondrait alors à un mécanisme bien intégré en France; réduisant ainsi la violence ressentie par un Etat lorsqu'on lui impose une tradition étrangère.

²⁴²Pour une conception originale du droit au silence: Eric CLEMOT, *Garde à vue et libertés fondamentales en droit français et canadien*, Thèse de droit, Montpellier I, 1994: " La reconnaissance du droit au silence n'est que la conservation d'un droit plus général, celui du droit de la liberté d'expression et d'opinion ".

Cette supposition en forme de souhait se précisera peut-être à l'occasion de la conférence prochaine relative au droit au silence et à la détention. Première du genre en France, ce type de colloque annonce les prémisses d'un débat plus que nécessaire et une évolution probable de la procédure pénale française. La reconnaissance du droit au silence aura donc vraisemblablement lieu²⁴³.

2. LE " DROIT AU SILENCE " EN PROCES.

Nous entendons ici analyser les causes et les effets de l'utilisation du " droit au silence " par un individu appréhendé mais aussi ceux de la revendication en justice de ce " droit ". Il s'agit de savoir comment il en est fait usage, d'un point de vue statistique éventuellement; et de savoir quelle réponse jurisprudentielle est donnée à sa revendication, si celle-ci est possible. De cette façon, les caractéristiques des systèmes contemporains anglais et français pourront être mises en évidence. Le premier éprouve une difficulté à se défaire d'un " droit " encombrant mais trouve les moyens poussifs d'en limiter l'application. Le second parvient péniblement à affirmer un " droit " qui n'avait été inscrit dans aucun document suprême. Dans cette perspective, le " droit au silence ", dans ces deux Etats, mène une vie compliquée pour n'avoir jamais été nommé.

²⁴³ Session d'études de l'Institut de Formation en Droits de l'Homme du Barreau de Paris et l'Institut des Droits de l'Homme du Barreau de Bruxelles, " Le droit au silence et la détention ", sous la présidence des bâtonniers VATIER, GLANSDORFF et PETTITI, mercredi 18 septembre 1996.

L'individu et son " droit au silence ".

Celui que le " droit au silence " devrait intéresser au premier chef est son titulaire. Pour mesurer son effectivité deux moments sont privilégiés : là où la personne est la plus démunie, au poste de police, et là où elle est en principe le plus armée, lorsqu'elle le revendique devant le juge.

Un recours pratiquement rare au poste de police.

- Au Royaume-Uni : l'usage de stratagèmes policiers.

Il faut ici rappeler les arguments avancés par les partisans de l'abolition du " droit au silence " dans le but que plus de coupables soient condamnés :

- a) l'exercice du " droit au silence " permet aux criminels d'étayer leur défense et de bénéficier d'acquittements immérités (*ambush defence*);
- b) cela a pour effet de paralyser les investigations de la police;
- c) plus de suspects répondraient si l'avertissement actuel (avant 1994) était remplacé par un rappel des risques attachés au silence.

Autrement dit, l'utilisation du " droit au silence " mettrait en danger les intérêts de la société notamment en raison de l'utilisation dolosive du silence par des criminels endurcis.

De nombreuses études ont évalué le silence aux interrogatoires policiers²⁴⁴. Mais celle de Roger Leng retiendra notre attention²⁴⁵. C'est en effet la dernière en date et celle qui choisit les critères les plus logiques et réfléchis.

²⁴⁴Il y en a eu une en 1979, une en 1980, deux en 1988, trois en 1992.

²⁴⁵Celle de Roger LENG a eu lieu en 1993 et a été réalisée pour la Royal Commission (RCCJ).

Pour cette étude, l'exercice du " droit au silence " au poste de police est effectif :

- a) lorsque le suspect refuse de répondre à toutes questions substantielles;
- b) lorsque le suspect répond à quelques questions mais persiste dans son refus de répondre à quelques questions déterminantes relatives à son implication dans l'affaire;
- c) lorsque le suspect nie avoir commis l'infraction sans étayer cette dénégation alors qu'on lui en a donné l'opportunité et que cela est fait plus tard à l'audience;
- d) lorsque le suspect nie mais refuse de donner une explication sur un fait confondant alors qu'on l'a clairement invité à donner une telle explication.

Inversement, les résultats ne prennent pas en compte :

- a) les suspects qui ont initialement refusé de répondre à quelques questions mais qui ont répondu à toutes celles qui étaient substantielles avant la fin des interrogatoires;
- b) les suspects qui ont refusé de répondre à des questions substantielles déjà posées et auxquelles ils avaient déjà répondues;
- c) les suspects qui ont répondu à des questions relatives à leur implication mais qui ont refusé de répondre à des questions relatives à l'implication d'autres personnes.

Sur 848 affaires, le " droit au silence " a été exercé dans 38 affaires, ce qui correspond à 4,5% des cas. Voici un extrait du tableau contenu dans l'étude²⁴⁶ :

	Total interviewed	Exercise of the Right to Silence
Adults	517	27 (5%)
Juveniles	331	11 (3.3%)
Totals	848	38 (4.5%)

²⁴⁶RCCJ, n°10, op. cit., p.17.

Ce chiffre de 4,5% est considéré comme faible²⁴⁷, même après les assurances données par la loi de 1984 (PACE). Des déductions sont possibles quant à la perception du droit par les individus. Le faible recours peut-être dû au manque de conscience de ce droit; soit qu'il ne vienne pas à l'idée que l'on puisse des informations à la police; soit que la police ne prévienne pas ou mal la personne qu'elle a ce "droit"²⁴⁸. Mais plus généralement il peut sembler que le non exercice du "droit au silence" soit causé par la crainte des conséquences. Il apparaît donc improbable que les individus considèrent cette faculté comme un droit. Ceci est sans doute confirmé par la loi de 1994 qui emporte la modification de l'avertissement prévenant surtout le suspect des conséquences nuisibles pour lui, de son silence.

²⁴⁷McELREE et STARMER, op. cit., p.59; GREER, op. cit., p.21; RCCI, *Research Study* n° 10, ibid.

²⁴⁸Ian DENNIS, "The Criminal Justice and Public Order Act 1994. The Evidence Provisions", *Crim. L. R.*, janvier 1995, p.15; "Fears have been expressed that many suspects will simply not understand [the caution] without suitable legal advice". Et l'on sait d'après d'autres études que le recours à un conseil reste faible malgré le PACE Act de 1984. En effet le nombre de suspects demandant l'assistance d'un conseil n'est passé que de 24 à 32% à la suite des révisions. Voir à ce sujet l'étude de A.SANDERS, L.BRIDGES, A.MUIVANEY et G.CROZIER, *Advice and Assistance at the police stations and the 24 hours duty Solicitor Scheme*, 1989, Londres, Lord Chancellor's Department, qui précise les "trucs" (*ploys*) employés par la polices pour dissuader le recours à un avocat réduisant d'autant le recours au "droit au silence".

Mais le conseil de garder le silence n'est que rarement donné par des défenseurs peu qualifiés et inexpérimentés étant donnée une jurisprudence redoutable : *R. v. Chandler* [1976] 3 All ER 105. D'après cette jurisprudence, toutes les questions posées, même celles restées sans réponse, constituent une preuve admissible. Voir l'étude de Jacqueline HODGSON et Michael McCONVILLE, *Custodial advice and the right to silence*, *Research Study* n°16, London : HMSO, 1993 et l'article en français de J.HODGSON et G.RICH, op. cit., p.323, notamment.

- En France : pour la fin des violences policières.

Comme au Royaume-Uni il y a dix ans, l'accueil de la réforme de 1993 par les policiers fut maussade²⁴⁹. Les policiers et même les procureurs prétendirent que les avocats conseilleraient à leur client de garder le silence entravant ainsi leur travail d'investigation. Or, comme nous le savons, la recherche de la "vérité" se confondant pour la police avec la recherche de l'aveu de la personne²⁵⁰, l'idée d'une protection renforcée du gardé à vue s'oppose frontalement avec les objectifs de l'enquête.

Les méthodes de l'interrogatoire policier n'auront pourtant pas à craindre les modifications très atténuées par la seconde loi du 24 août 1993. Avant cette date, la rareté du silence avait été remarquée et par conséquent l'efficacité des méthodes policières dans la collection des déclarations décisives des suspects. La rareté du silence s'explique selon l'étude d'Altavilla par l'instinct de conservation qui pousse le suspect à se défendre. Ainsi si silence il y a, c'est plutôt un silence partiel²⁵¹. La présence de l'avocat aurait pu en effet menacer les libertés de la police. Le rôle du conseil assistant véritable de la personne, aurait pu atténuer les pressions inhérentes à la garde à vue en rassurant le client; c'est-à-dire en

²⁴⁹J.HODGSON et G.RICH, op. cit., p.326 : " Durant toutes les recherches en France nous avons remarqué combien cette modeste réforme a provoqué la même réaction en France que la réforme d'il y a dix ans en Angleterre ".

²⁵⁰Pour un officier de la Police Judiciaire, " La garde à vue permet d'arriver à l'aveu, il y a une pression très forte sur le suspect et un rien permet d'augmenter cette pression [...]. C'est très intéressant de procéder, de tourner, de jouer avec ce qu'on sait pour faire craquer l'individu en face [...]. Quand quelqu'un avoue, même s'il retourne en arrière après, il a avoué, ce n'est pas pour rien, il n'y a pas de fumée sans feu [...]"., cité par Eric CLEMOT, op. cit., p.108, d'après Rémi LEMAÎTRE, Les relations police/justice dans le cadre de la garde à vue, Enquête réalisée par l'Equipe de Recherche sur la Politique Criminelle, Université de Montpellier I, décembre 1993, p.49.

²⁵¹ALTAVILLA, *Psychologie judiciaire*, Paris, 1959, p.83, cité in BAKAS, Thèse, op. cit., p.64, n.2.

lui expliquant la procédure, la durée probable de la garde à vue. Mais le recul de cette intervention salvatrice à la vingtième heure de garde à vue laisse tout loisir aux agents de police judiciaire de profiter de l'ignorance de la personne de ses droits. Personne n'étant chargé d'expliquer au suspect qu'il pourrait ne pas parler, comme c'est le cas au Royaume-Uni, l'intimidation pratiquée par la police a de grandes chances de faire croire à la personne qu'elle ne bénéficie pas de ce droit. Dans les faits c'est le cas. En effet, c'est aussi la conscience de détenir un droit qui donne vie à ce droit. Or la violation permanente de la présomption d'innocence par la police peut difficilement intimider la notion d'un droit de ne pas s'accuser soi-même, à la personne. C'est plus une conviction de la culpabilité de la personne qui peut déclencher de telles pratiques chez les agents et officiers de police judiciaire qu'un simple soupçon de participation à l'infraction²⁵². La recherche de l'aveu manifeste la conviction de l'enquêteur que la personne poursuivie doit contribuer à établir la vérité²⁵³; L'aveu étant le fruit d'un interrogatoire on n'a pas le sentiment que l'interrogatoire soit une opportunité de défense, par la conservation du silence notamment, pour le suspect. L'interrogatoire est plus un moyen d'instruction qu'un moyen de défense comme l'avait suggéré Faustin-Hélie. Mais nombreux sont encore ceux qui sont convaincus du rôle capital que joue l'aveu dans la procédure pénale. Et même si l'aveu obtenu sous une pression quelconque ne garantit en rien la véracité de la déclaration, "en pratique, il suffit que l'aveu soit porté sur un procès-verbal d'interrogatoire pour qu'il soit *ipso facto* présumé avoir été librement et

²⁵²Une condition de fond précède la garde à vue. Les personnes susceptibles d'être soumises à l'épreuve d'une garde à vue sont celles à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction (articles 61, 62, 62-1 et 63 du CPP). Pour HODGSON et RICH, op. cit., p.327, "Quel que soit le succès de ces méthodes, il est évident que les policiers croient en la culpabilité de la personne qu'ils ont devant eux."

²⁵³BAKAS, thèse, op. cit., p.225.

spontanément fait par le gardé à vue ²²⁵⁴ ²⁵⁵. Cette conception et cette pratique en France expliquent que le silence soit rarement conservé d'une part; et que lorsque c'est le cas, il le soit en tant que droit, d'autre part.

La France est donc bien un Etat qui n'a pas intégré la pratique du silence, ni donc son expression juridique comme droit de la défense. Le jeu de conciliation des objectifs contradictoires de la société n'a pas encore abouti à ce que les intérêts de l'inquisition opérée par la police soient mis en minorité par ceux de la personne poursuivie. Dans ces conditions, il eut été trop demander que de voir l'inscription du droit au silence en tant que tel dans la liste des droits de la défense, indépendamment du droit à l'assistance d'un avocat²⁵⁶.

Le " droit au silence " dans la plaidoirie de l'accusé.

La question est de savoir s'il existe des cas dans lesquels un accusé réplique à une accusation par l'argument de la violation de son " droit au silence ". Ceci implique que soit examinée notamment l'éventualité d'une annulation de la procédure si la violation d'un tel " droit " est reconnue.

²⁵⁴CIEMOT, op. cit., p.111.

²⁵⁵L'avcu devient alors une " vérité imposée ", BAKAS, *ibid.*, p.228, une " offense à la morale et une caricature de la vérité ", BESSON, *Le mythe de la justice*, PLON, Paris, 1973.

²⁵⁶ " Il faut pourtant souligner que la garde à vue, notion centrale de l'enquête préliminaire est difficilement conciliable avec un système satisfaisant de protection de la personne. [...] soit le renforcement des garanties [...] serait effectif et sérieux, auquel cas il aboutirait, tôt ou tard à la disparition de la garde à vue [...]; soit ces garanties resteraient marginales, dénaturées par la tendance traditionnelle des policiers à en réduire la portée ", BAKAS, *Thèse*, op. cit., p.227. Cet auteur plaide pour une suppression de l'inutile garde à vue qui serait remplacée par l'intervention du juge d'instruction.

• Au Royaume-Uni.

Les cas ne sont pas rares au Royaume-Uni où le "droit au silence", qu'il ait été exercé ou non, est invoqué pour contrer une accusation. Le seul fait qu'il soit utilisé dans un argumentaire au procès pourrait suffire à faire de l'élément un droit. L'éventualité que le "droit au silence" soit confirmé par un juge et donc protégé juridictionnellement est un signe de son existence dans l'ordre juridique interne²⁵⁷. Mais l'effectivité de la protection n'est réelle que si la violation parfois reconnue du "droit au silence" est sanctionnée concrètement. En droit anglais la sanction existe. En effet, la section 78 du *PACE Act* de 1984 toujours en vigueur prévoit que l'exclusion de certaines preuves soit ordonnée à la discrétion du juge. Ce dernier peut écarter la preuve du silence avancée par l'accusation s'il considère qu'une telle déduction aurait pour effet de nuire à l'équité procédurale²⁵⁸. C'est pourtant une possibilité étroitement

²⁵⁷Il existe de nombreux arrêts où le *privilege against self-incrimination*, jamais le "droit au silence", a été invoqué par un défendeur et où une violation a été reconnue : arrêts *Gilbert*, déjà cité; *Hall v. The Queen*, précité; *Brophy* [1982] AC 476; *Wong Kam-ming* [1980] AC 247; *AT&T. ISTEEL Ltd v. Tully* [1992] 2 WLR 112. Dans le sens contraire, des affaires récentes telles *Smith* [1992] 3 WLR 66, *Saunders* (1988) 138 NLJ 243 à propos des pouvoirs inquisitoriaux du directeur du Serious Fraud Office (SFO) et l'arrêt *Murray* [1994] 1 WLR 1. Malgré le peu de temps d'activité de la loi de 1994, peut-être pouvons-nous voir dans la seconde série d'arrêts les changements amorcés?

²⁵⁸- A moins qu'il n'y ait de bonnes raisons de le faire, le fait de ne pas demander à l'accusé de vérifier le rapport peut être une violation "significative et substantielle" du *Code C* du *PACE Act* au regard de sa section 78 : *Keenan* [1989] 3 All ER 598; *Canale* [1990] 2 All ER 187;

- Un refus injustifié de la police de permettre à l'accusé l'accès à un conseil avant interrogatoire est une cause de l'exclusion du silence comme preuve de la culpabilité : *Samuel* [1988] 2 All ER 135; *Walsh* (1990) 91 Cr. App. R. 161;

- Toute induction en erreur commise par la police à propos de la signification de l'avertissement ou de l'état des preuves contre l'accusé doit être considérée comme ayant vicié la preuve tirée du silence dans un interrogatoire subséquent : *Mason* [1987] 3 All ER 481;

encadrée et surtout soumise à l'entière discrétion du juge. En effet, alors que dans *Samuel* (1988), précité, les juges ont fait de l'accès à l'assistance juridique pour le suspect un "droit fondamental du citoyen" et ont exclu ainsi les aveux obtenus en infraction à la section 58 du PACE²⁵⁹, des décisions ultérieures sont venues limiter la portée de ce droit. Dans le cas de *Dunford*²⁶⁰ un aveu obtenu en infraction à la section 58 n'a pas été écarté par la *Court of Appeal*. Ce refus d'appliquer un droit reconnu par la loi était censé ne pas avoir nui au suspect, car ce dernier avait déjà été condamné. La Cour a estimé que la présence d'un *solicitor* n'aurait rien ajouté à la connaissance que le suspect avait de ses droits, qui sont les mêmes quelle que soit l'infraction commise. Or "le fait de connaître l'existence d'un droit, tel que le droit au silence, ne revient pas à connaître la façon dont il s'exerce et la signification d'une telle décision"²⁶¹. Par ailleurs, dans l'affaire *Dunn*²⁶², la *Court of Appeal* a estimé que malgré les infractions évidentes au *Code of Practice*²⁶³, qui auraient suffi à exclure les preuves, conformément à la section 78 de PACE, la présence du conseiller juridique de l'appelant "faisait pencher la balance vers l'admissibilité des preuves". De ce fait, l'invocation de la violation du "droit au silence" visant à rejeter des preuves à l'audience se trouve donc singulièrement limitée. Ces deux arrêts *Dunn* et *Dunford* promeuvent "l'idée que la présence

- Si une maladie mentale sévère ou un handicap mental atteint l'accusé, une preuve par le silence de l'accusé ne doit même pas atteindre le jury : *McKenzie* (1993) 96 Cr. App. R. 98.

²⁵⁹Cette section 58 traite du droit à une assistance juridique accordée au suspect pendant toute la durée de la garde à vue.

²⁶⁰(1990) 91 Cr. App. R, 150.

²⁶¹J.HODGSON et G.RICH, op. cit., p.325.

²⁶²(1990) 91 Cr. App. R., 237.

²⁶³La police avait prétendu que le suspect avait avoué, en présence de son avocat, à la fin de l'interrogatoire. Or aucune transcription écrite ne fut faite de cette conversation, ce qui constitue une atteinte au *Code C*. Cette preuve fut acceptée bien que l'accusé et son défenseur aient nié l'existence de cette conversation.

d'un défenseur pendant la garde à vue est un avantage qui bénéficie au suspect et que l'on peut utiliser contre lui afin d'admettre des preuves qui autrement auraient été exclues²⁶⁴. L'objectif premier qui cherchait à mettre les deux parties sur un pied d'égalité notamment par la présence de l'avocat consultant l'exercice de droits comme le "droit au silence" est anéanti suite à une intervention jurisprudentielle motivée par le désir de répression.

La grande maîtrise par le juge de l'interprétation du privilège nous renvoie aux prochains paragraphes relatifs au traitement du "droit au silence" par le juge.

• En France.

Le "droit au silence" ni aucun privilège approchant les termes britanniques n'étant inscrit dans les principes législatifs ou constitutionnels français, il paraît impossible qu'un défenseur se prévale d'un tel droit à l'audience.

Pourtant nous pouvons assimiler certains comportements conditionnés par la procédure pénale française à une revendication de ce type. C'est dans le système des nullités de procédure que l'accusé pourra trouver une arme qui lui faisait défaut lors des interrogatoires. La protection procurée par les causes de nullité est invocable et compense, bien que faiblement, les droits de la défense refusés lors des interrogatoires précédant l'audience.

Le système français, de tradition inquisitoire, facilitant dangereusement l'aveu, il était normal que des mécanismes larges de contrôle des preuves soient prévus, dans ce pays qui se dit démocratique. Mais ne nous méprenons pas sur l'objet du contrôle. Comme le fait judicieusement remarquer Eric Clemot dans sa comparaison des droits français et canadien, "la France et le Canada partagent une philosophie fondamentalement

²⁶⁴ Analyse de J.HODGSON et G.RICH, op. cit, p.236.

différente. Car si la sanction du non-respect des droits garantis se manifeste au Canada par le rejet de la preuve qui déconsidère l'administration de la justice, elle se manifeste en France par la nullité des procédures irrégulières²⁶⁵. Le système canadien étant comparable au système britannique, nous pouvons reprendre cette remarque à propos des droits anglais et français. En effet, les nullités sanctionnent les irrégularités de procédure et non l'admission de certaines preuves. En droit français, les preuves obtenues restent valables, c'est la procédure qui est viciée. Voici encore un indice de la conception française de la procédure où les meneurs ne sont pas les parties mais la police judiciaire puis le juge d'instruction, puis le juge de l'instance de jugement et le procureur. La passivité de la partie défenderesse en particulier est patente. Elle n'a comme recours que la contestation de la régularité d'une procédure qu'elle a subie, quelles que soient les preuves immuables réunies contre elle. Le système est d'autant plus conforme à la tradition que la protection en définitive des droits et libertés revient à l'autorité judiciaire comme le prévoit notamment l'article 66 de la Constitution française²⁶⁶.

Pourtant ce système date de la loi du 4 janvier 1993. Michel Pezet l'avait annoncé : "Notre effort de réflexion a porté sur les nullités, en distinguant celles d'ordre public ou textuelles, de celles, dites substantielles [...]"²⁶⁷. Avant les lois de 1993, la Cour de Cassation avait établi une jurisprudence relative aux nullités d'ordre public²⁶⁸.

Le droit positif est le suivant. Les articles 171 et 802 du CPP posent le principe selon lequel, il ne peut y avoir nullité de

²⁶⁵CLEMOT, op. cit., p.286.

²⁶⁶On peut ajouter à cela l'exigence de l'article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) selon laquelle " nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ".

²⁶⁷D.P., AN, ibid., p.3361.

²⁶⁸Riom (chambre correctionnelle), 23 novembre 1960, JCP, 1961, II, 11952 à propos de l'interdiction du serment; Crim. 23 février 1961.

la procédure que lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne. D'après le point cinq de la circulaire du 24 août 1993, le régime des nullités de procédure institué par la loi du 4 janvier 1993, bien que clarificateur, posait des problèmes sur plusieurs points; et notamment sur le fait qu'elle autorisait trop facilement la nullité puisque le grief n'était pas exigé. C'est pourquoi la nouvelle loi est revenue à la règle " pas de nullité sans grief " applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1993. D'après l'article 170 du même code, c'est la chambre d'accusation qui sera saisie au cours de l'information, aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure, par le juge d'instruction, par le procureur de la République ou par les parties. Cette opportunité est donc ouverte à la défense qui pourra en tirer le plus grand profit. Hors ces intervenants, les nullités d'ordre public pourront être soulevées d'office par toute juridiction.

Des nullités d'ordre public et des nullités substantielles non d'ordre public sont fixées par la jurisprudence outre l'énumération de quelques nullités textuelles telles que les articles 59, 78-3 et 100-7 du CPP. Ainsi le juge a une grande latitude pour ordonner ou non ces nullités ayant pour effet la cancellation des actes ou pièces annulés par le greffe de la Cour d'appel (art.174 al 3 CPP). Il est alors interdit de tirer des actes ou pièces annulés aucun renseignement contre les parties, à peine de poursuites contre les avocats et magistrats.

Les juges et le silence de l'accusé.

L'évolution délétère de la jurisprudence des juges britanniques.

- La prise de position " politique " des juges.

Les juges ont la possibilité en Grande-Bretagne de faire part de leur opinion politique relative à une réforme envisagée, par exemple. N'oublions pas que la Chambre des Lords est

aussi la Cour suprême du Royaume²⁶⁹. Alors que des juges comme Lord Diplock²⁷⁰ semblaient défendre le "droit au silence" dans les années 70, d'autres comme Lord Lane ont le désir, à la fin des années 80, d'en finir avec cet obstacle à une bonne répression²⁷¹. L'implication politique des juges qui contribua au développement de ce privilège s'est mue en une implication politique défavorable.

Rappelons en effet les premiers temps du "droit au silence" dans les juridictions de *common law*. Au XIX^{ème} siècle, l'apparition des forces de police comme corps entraîna les interrogatoires avant-audience. En 1848, les magistrats n'avaient pas le droit de questionner l'accusé lors des enquêtes préliminaires. Mais pour que l'équilibre entre les actes de police et ceux de justice soit réalisé en termes de pouvoir et de limite à ce pouvoir, c'est aux juges de la Division du Roi que le ministre de l'intérieur confia la formulation de directives capables de contenir les nouvelles attributions de la police; attributions qui avaient été retirées aux magistrats. Ces *Judges Rules* que nous avons évoquées précédemment, ont contribué avec la loi de 1898 à fixer le contenu initial du "droit au silence". Les juges ont donc participé au début du siècle à la fonction normative de limitation des pouvoirs policiers par l'extension des droits du suspects. Comment ne pas voir ici une prise de position politique plus que juridique? Cette tendance s'est renversée sans doute en raison de l'évolution des rapports entre police et magistrature. La coopération est maintenant à l'ordre du jour dans un combat acharné contre la délinquance et notamment la grande délinquance qui sous les traits du terrorisme nord irlandais, a réuni des acteurs alors inconciliables. Cette union

²⁶⁹Voir au sujet de la fonction politique du judiciaire : J.A.G. GRIFFITH, "The Political Constitution", 1979, vol.42, MLR, p.1 à 21.

²⁷⁰cf. *Hall v. The Queen*, précité, avec l'opinion de Lord DIPLOCK, voir supra. p.110, n.179.

²⁷¹Pour Steven GREER, op. cit., p. 716 : "Lord Chief Justice, Lord Lane, added his voice to this growing chorus of official criticism". C'était en 1987, *The Times*, 26 septembre 1987. D'où la popularité du débat.

sacrée a maintenant juré la perte de cet ennemi en prônant une répression à tout crin que de nombreux universitaires déplorent.

Cette participation des juges à l'érosion du " droit au silence " se rencontre enfin surtout dans leur domaine de prédilection : la jurisprudence. Un juge, dans un arrêt alors isolé, a résumé le rôle du juge dans son rapport avec le pouvoir législatif. Le juge paraît tout acquis à la cause du législateur laissant présager de sombres jours pour le dit *privelege against self-incrimination*. Le juge Windeyer, dans *Rees v. Kratzmann* déclare : " *If the Legislature thinks that [...] the public interest overcomes some of the Common Law's traditional consideration for the individual then effect must be given to the statute which embodies this policy* " ²⁷². Beaucoup d'éléments sont donc entre les mains du juge qui a le pouvoir, lorsque la loi est vague, ce qui arrive fréquemment, de lui donner le sens qu'il désire...

- L'ambiguïté de la jurisprudence.

La jurisprudence relative au **privilège**, puisque les juges dans leurs décisions se gardent de parler de droit, dévoile une conception toute particulière et difficile à cerner du " droit au silence ".

Les arrêts les plus importants que nous examinerons ne seront pas à même de rendre compte suffisamment des bouleversements causés par la loi de 1994. Les dispositions de cet acte du Parlement étant souvent ouvertes à la discrétion du juge, il faudra attendre la fixation des règles de *common law* par les plus hautes juridictions. Mais des pronostics sont possibles et l'examen dans un deuxième chapitre des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme confirmera peut-être les perspectives.

²⁷²(1965) 114 CLR 63 : " Si le pouvoir législatif pense que [...] l'intérêt public est supérieur à la considération traditionnelle que la common law a pour l'individu, alors la loi qui incarne cette politique doit être pourvue d'effet ".

En attendant, les arrêts du début de la décennie 90 ont traduit l'amplification de la rigueur des juges, eux-mêmes guidés par une intention législative sévère.

Un arrêt a fait date en ce qui concerne la définition du *privilege against self-incrimination* par les juges. Un juge s'est distingué et a endossé la responsabilité de cette définition. L'opinion de Lord Mustill dans l'arrêt *Smith*²⁷³ est significative du trouble qui règne en ce domaine dans l'ordre juridique interne anglais. Pour Lord Mustill, le "droit au silence" n'est qu'une expression impropre²⁷⁴. Bien qu'il reconnaisse son fort impact symbolique, il dénonce les sentiments flous qu'elle déclenche. En vérité, cette expression ne désigne pas un droit mais renvoie plutôt à l'idée d'un "groupe disparate d'immunités"²⁷⁵ qui diffèrent par leur nature, leur origine, leurs incidences et importance ainsi que par l'empiètement qu'elles peuvent subir de la part d'un acte du Parlement (*statute*). Parmi elles, on peut identifier :

- 1- Une immunité générale que toute personne physique ou morale possède contre l'obligation, de répondre, à peine de sanction, à des questions posées par d'autres personnes physiques ou morales;
- 2- Une immunité générale que toute personne physique ou morale possède contre l'obligation, de répondre, à peine de sanction, à toute question dont la réponse incriminera la personne physique ou morale;
- 3- Une immunité spécifique que toute personne physique ou morale suspectée d'une responsabilité pénale, lors d'un interrogatoire par des officiers de police ou par toute autre

²⁷³[1992] 3 WLR 66.

²⁷⁴Lord MUSTILL : " My Lords, this appeal raises an important question on two aspects of what is compendiously , albeit inaccurately, called the right of silence ".

²⁷⁵Pour Peter FARMERY, " The right to silence : Is it a right? ", Bus. L. R., 1992, p.291 : " It is not a single right, it is a bundle of different and overlapping rights which arise in different circumstances. "

autorité en position similaire, possède contre l'obligation de répondre à quelque question que ce soit;

4- Une immunité spécifique que toute personne accusée lors d'un procès, possède contre l'obligation de livrer des preuves et de répondre à des questions à la barre;

5- Une immunité spécifique que toute personne déjà reconnue coupable d'une infraction pénale possède l'obligation de répondre à des questions posées par la police autre, relatives à une autre infraction (position du témoin);

6- Une immunité spécifique (au moins dans certaines circonstances) que toute personne accusée lors d'un procès, possède contre l'émission de commentaires par l'accusation sur son refus de répondre aux interrogatoires ou de livrer des preuves à l'audience.

Le " mode d'emploi " de cette définition n'est pas aisé car chacune de ces immunités est d'une grande importance. On aurait pu penser que chaque immunité concerne la même protection des citoyens contre les abus de pouvoir perpétrés par les enquêteurs. Lord Mustill prévient que le droit anglais a donné naissance à ces immunités pour différents motifs. Aussi est-il indispensable de les traiter différemment. La subtilité du juge doit alors jouer. C'est au juge de rechercher la règle de droit contenant l'immunité adaptée à l'espèce à partir d'une revendication vague de la personne. L'invocation d'un de ces " droits au silence " repose pourtant, dans le dossier du requérant sur un fondement juridique. Dans l'espèce *Smith*, le défendeur invoquait la protection de l'avertissement général prévu par le *Code of Practice C* paragraphe 10.4²⁷⁶. Selon lui, son " droit au silence " aurait été violé dans la mesure où la loi sur la justice criminelle de 1987²⁷⁷ l'oblige à répondre aux questions de Directeur du *Serious Fraud Office* (Bureau

²⁷⁶Précité p.110, n.178.

²⁷⁷*Criminal Justice Act* 1987.

d'Investigations en matière de fraude commerciale ou SFO). Cette loi de 1987 a considérablement réduit la possibilité de recours au " Code C " en ce qu'elle dote le Directeur du SFO de pouvoirs très importants. Toutefois ceux-ci ont été reconnus valables car conformes à l'intention du législateur dans un arrêt important *Saunders*²⁷⁸. Ainsi, après examen de l'intention du législateur et de l'espèce, le juge doit déterminer l'immunité dont la violation est alléguée et la véracité de la violation. Si l'intention du législateur a clairement été de retirer la garantie procurée par l'avertissement, alors le juge a peu de latitude pour éventuellement concilier le " droit " revendiqué et les pouvoirs d'inquisition. En revanche, si l'intention du législateur est hésitante, le juge est souverain dans le choix du maintien ou de l'anéantissement du " droit ", de l'immunité identifiée plus exactement.

L'effet de la partition du " droit au silence " en plusieurs immunités est équivoque. Cette sectorisation peut avoir deux avantages quant à la conception symbolique du " droit au silence " et quant à son contenu concret. Elle permet d'une part au " droit au silence " de survivre comme principe fondamental puisque les atteintes législatives qui peuvent avoir lieu ne concernent à chaque fois qu'un segment de l'ensemble en principe inamovible²⁷⁹. Cette interprétation de la fragmentation confirme la règle imposée par les juges selon laquelle les actes du parlement restreignant le " droit au silence " en affectant une de ses composantes doivent s'entendre strictement. D'autre part, elle conserve à l'endroit du juge son pouvoir large d'interprétation. Le juge, en centralisant

²⁷⁸[1992] 1 All ER 730, Mr. RUSSELL QC. : " Faced with the myriad opportunities for the concealment of fraudulent activities which companies and trusts provide, Parliament has given the SFO the power to call a suspected person to come into the open, and to disclose information which may incriminate him "; voir infra, p.182.

²⁷⁹Pour cela référence est régulièrement faite à la tradition : *Lam Chi-Ming v. The Queen* [1991] 2 AC 212; Lord GRIFFITHS : " [the privilege against self-incrimination is] deep rooted in English Law " .

la sectorisation, garde le pouvoir de la manipuler à loisirs puisque c'est sa création. D'un point de vue casuistique, la souplesse du mécanisme est accrue puisque le juge se retrouve à nouveau maître de l'art de distinguer les cas pour les faire correspondre aux faits, eux-mêmes analysés par le juge. Dès lors, quelle que soit la marge laissée au juge, celui-ci a découvert le moyen de la maîtriser au profit ou au détriment de la personne qui réclame la protection de son silence.

Si la première conséquence de la sectorisation plaide en la faveur d'un droit au silence comme droit inaliénable de l'individu, la seconde, de par son ambivalence, cède aux tentations utilitaristes. En effet, la liberté que procure cette définition au juge, ainsi que le terme d' "immunités" plurielles tendent vers une conception "faible" du droit au silence : ce serait, dans ce cas, un privilège à la merci du législateur et de l'interprétation de son intention par les juges.

Mais depuis 1994, une loi est intervenue non dans un domaine particulier, mais pour régir l'ensemble de la procédure d'admission des preuves en matière pénale. La rédaction de ce texte est particulièrement susceptible d'interprétations multiples. Elle laisse en tous cas de nombreuses opportunités de choix au juge²⁸⁰. Des expressions délibérément vagues sont le lot du texte moyennant quoi la prospective est rendue difficile. Ces expressions sont présentes dans les sections 34 à 37²⁸¹. Cependant des indications sont fournies par la jurisprudence relative à l'*Order* de 1988. L'arrêt *Murray* de 1994 met en scène ce texte repris fidèlement par les sections 34 à 37 de l'*Act* de 1994. Par ailleurs, Lord Mustill a eu l'occasion de donner des directives comme il l'avait fait deux ans auparavant dans *Smith*. La disposition à laquelle se réfère l'arrêt *Murray* est celle qui autorise que des déductions soient faites du silence dans le sens

²⁸⁰G.J.DURSTON " A Brief Recap on the implications of the abolition of the Right to Silence in the Criminal Justice and Public Order Act 1994 ", vol.160(4), JP, Jan.1996, p.63 : " *What constitutes " good cause " will, of course, be for the magistrates at summary trial to determine [...]* ".

²⁸¹Peter MIRFIELD, op. cit.

d'une culpabilité de l'accusé. Dans *Murray*, le résultat est le suivant : si l'accusation requiert un éclaircissement que l'accusé est en position de donner, mais refuse de donner, le jury peut conclure, en vertu du **bon sens** (*common sense*), qu'il n'y a pas d'autre explication que la culpabilité de l'accusé. Dans ces conditions, il est difficile, malgré les directives de Lord Mustill, de croire à la survivance d'un droit au silence²⁸².

La liberté inexploitée du juge français.

Malgré l'existence de textes nombreux relatifs à la façon de juger nous pensons que le juge bénéficie d'une grande liberté pour orienter le cours d'une procédure tant du point de vue des nullités que du point de vue de l'appréciation des preuves.

- La jurisprudence relative aux causes de nullités de la procédure.

Comme nous l'avons signalé plus tôt, l'inculpé ne possède au procès pour affirmer ses droits de la défense et éventuellement son "droit au silence" que la possibilité d'invoquer la nullité de la procédure antérieurement conduite et notamment les divers interrogatoires. De ce fait, la parole du juge sera déterminante en ce qui concerne la protection plus ou moins effective des droits de la personne poursuivie tour à tour suspect, inculpé et prévenu.

En effet, la chambre criminelle dans un arrêt important du 18 mars 1976, *Brahim*, a eu l'occasion de préciser le grief

²⁸²Lord MUSTILL déclara dans son jugement que si le tribunal du fait est laissé dans la position de se demander si l'accusation devrait être crue ou non, "the fact finder may suspect that the defendant does not tell his story because he has no story to tell or more that will stand up to scrutiny; and this suspicion may be sufficient to convert a possible prosecution case into one which is actually proved".

portant " atteinte aux intérêts du demandeur "283. D'une part, le grief conditionnant la nullité s'entend bien d'une atteinte aux droits de la défense²⁸⁴. D'autre part, la chambre criminelle fait preuve d'une conception extensive du caractère de l'atteinte qui peut être éventuelle. Mais cette vision large de l'atteinte n'a pas été suivie par les arrêts subséquents²⁸⁵.

Par ailleurs, le juge aura un rôle déterminant dans la classification qu'il fera des nullités à partir des deux articles principaux y afférents que sont les articles 171 et 802 du CPP.

Selon les termes du célèbre texte, la règle de l'article de 802 se voit attribuer un domaine considérable à deux égards : elle s'applique devant toutes les juridictions d'instruction et de jugement, et elle concerne toutes les nullités, textuelles ou substantielles. Dès lors, l'article 802 s'applique-t-il même à la violation des dispositions substantielles d'ordre public? En d'autres termes, les nullités d'ordre public, qui sont par hypothèse les plus graves, peuvent-elles n'être prononcées qu'en cas d'atteinte aux intérêts d'une partie? Non, répond la Cour de Cassation²⁸⁶. La matière d'ordre public, régie à l'article 802, est donc la plus largement employée. Il fallait que la cour suprême restreigne les chances d'annulation d'une procédure en matière d'ordre public. Sont d'ordre public, sans que l'on puisse en trouver une définition²⁸⁷, toutes les dispositions relatives à l'action publique : monopole du parquet dans certains cas pour la mise en mouvement de cette action²⁸⁸, nécessité d'une plainte,

²⁸³Bull.Crim. n°101, D. 1976, 549.

²⁸⁴Confirmation dans les arrêts Crim., 25 janvier 1977, Bull.Crim. n°31; Crim., 27 février 1978, JCP, 1979, II, 19113.

²⁸⁵Crim., 28 avril 1977, Bull.Crim. n°147; Crim., 2 septembre 1986, Bull.Crim. n°251.

²⁸⁶Crim., 10 novembre 1977, *Flahaut*, D. 1978, 621; Crim., 25 février 1980, Bull.Crim. n°70.

²⁸⁷Vanité d'une telle recherche reconnue par J.PRADEL et A.VARINARD, *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome II, Le procès. La sanction, Dalloz, 1995, p.174.

²⁸⁸Crim., 10 décembre 1953, D. 1954, 105.

avis ou autorisation dans certaines hypothèses²⁸⁹, prescription²⁹⁰, autorité de chose jugée²⁹¹, amnistie²⁹². De même, la règle selon laquelle le réquisitoire introductif doit être signé par le procureur²⁹³. Sont également d'ordre public les règles sur l'organisation et la composition des juridictions²⁹⁴. Un troisième domaine d'ordre public est constitué par la théorie de l'instance. Celle-ci doit notamment respecter la contradiction à l'audience²⁹⁵, l'oralité des débats²⁹⁶, etc. La Cour montre ainsi l'attention qu'elle porte à la régularité du déroulement de la procédure. Qu'en est-il des droits de la défense? Leur violation ne serait pas sanctionnée par une nullité d'ordre public car relevant de la condition du grief exigée par l'article 802. Or cet article ne devrait pas concerner l'ordre public... Pourtant, certains arrêts entretiennent la confusion en assimilant les deux notions²⁹⁷. Il faut admettre par exemple que la privation pour le mis en examen détenu, du droit de communiquer librement avec son avocat, la violation de leur correspondance ou le serment du mis en examen sont des nullités d'ordre public.

Mais en ce qui concerne les droits de la défense, ne sont pas d'ordre public les nullités pour violation d'une disposition prescrite aux articles 114 et suivants relatifs aux interrogatoires et confrontations devant les juridictions d'instruction²⁹⁸. Mais qu'en est-il des formalités exigées lors de

²⁸⁹Crim., 5 août 1948, JCP, 1949, II, 4770.

²⁹⁰Crim., 28 octobre 1981, Bull.Crim. n°283.

²⁹¹Crim., 20 février 1939, Bull.Crim. n°50.

²⁹²Crim., 10 juin 1971, Bull.Crim. n°188.

²⁹³Crim., 4 décembre 1952, JCP, 1953, II, 7625.

²⁹⁴Crim., 26 mai 1842, Bull.Crim. n°127.

²⁹⁵Crim. 21 janvier 1975, Bull.Crim. n°26.

²⁹⁶Crim., 12 octobre 1977, Bull.Crim. n°303.

²⁹⁷Crim., 28 mars 1973, Bull.Crim. n°261; Crim., 26 juin 1979, Bull.Crim. n°230.

²⁹⁸Crim., 15 mars 1973, Bull.Crim. n°134 : Au cours de l'interrogatoire de première comparution, le juge d'instruction ne peut pas poser de question. [Il ne peut] que se borner à recueillir ses déclarations. Voir des exemples complémentaires dans le CPP sous article 171.

l'enquête préliminaire? L'on s'est posé la question de savoir si des nullités pouvaient concerner cette phase distinguée de l'information par la Cour de Cassation²⁹⁹. Heureusement, l'arrêt *Tavernier* a mis fin à cette distinction et tous les actes de la procédure qui paraissent entachés de nullité, à la seule exception des décisions juridictionnelles, peuvent être examinés par la chambre d'accusation saisie aux fins d'annulation³⁰⁰. Quoiqu'il en soit, l'article 171 CPP se réfère à "la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par le présent code..." depuis la loi du 24 août 1993.

En conséquence, les juridictions saisies d'une demande d'annulation disposent d'une grande marge pour déterminer si tel manquement à la procédure constitue la violation d'une formalité substantielle. Cependant, en ce qui concerne la garde à vue, il paraît improbable que juge y voit une formalité substantielle.

Pourtant, il est possible de suggérer, qu'au travers de l'obligation d'avertir de suspect de son droit à l'avocat au bout de la vingtième heure de garde à vue, le juge puisse constater la violation d'un droit de se taire sur les conseils de son avocat. Ceci semble pourtant fallacieux sur le plan des nullités procédurales.

Cherchons plutôt du côté du principe de l'intime conviction du juge.

- L'intime conviction.

Ce principe est contenu à l'article 427 CPP et à l'article 353 CPP (pour les crimes). Il est réversible en ce qui concerne le prévenu car l'intime conviction du juge ouvre un domaine de discrétion difficilement contrôlable. L'article 428 CPP rappelle

²⁹⁹ Crim., 17 mars 1960, *Kissari et autres*, Bull.Crim. n°156, JCP, 1960, II, 11641 : Les irrégularités affectant une garde à vue n'entraînent pas la nullité des actes de la procédure, à moins que la recherche et l'établissement de la vérité aient été viciés fondamentalement.

³⁰⁰ Crim., 30 juin 1987, Bull.Crim. n°276.

que " l'aveu, comme tout élément de preuve est laissé à la libre appréciation des juges ". L'affirmation selon laquelle : " la liberté de la preuve, régissant la phase de l'administration de celle-ci, traduit la prépondérance du principe de l'intime conviction, dont il résulte, sur celui de la présomption d'innocence"³⁰¹, est redoutable. En effet, ceci implique une opposition entre intime conviction et présomption d'innocence³⁰². Sachant que ce dernier principe est considéré comme générant tout "droit au silence" en France, nous craignons pour la probabilité de voir un jour ce droit consacré dans la procédure pénale.

Historiquement, l'apparition du système de l'intime conviction exprime la volonté de protéger l'individu contre le système des preuves légales et l'institution inhumaine de la question qui l'accompagnait. Mais le grand inconvénient du point de vue des droits de la personne est l'important risque d'arbitraire.

Cette analyse a fait dire à M. Essaïd qu'il n'était pas possible à la personne poursuivie d'adopter une attitude passive. L'appréciation des preuves étant libre dans le cadre d'un système d'intime conviction, le silence risque fortement d'être apprécié en la défaveur du muet volontaire³⁰³.

Mais en vertu d'une règle importante il est fort improbable que le seul silence, hors toute autre preuve, suffise à emporter la conviction du juge. Il existe en effet une limite à l'intime conviction du juge : l'adage *in dubio pro reo*. Cette maxime selon laquelle le doute doit profiter à l'accusé laisse

³⁰¹ BAKAS, Thèse, op. cit., p.96.

³⁰² Voir à ce sujet l'interprétation récente de la Cour de Cassation française dans l'affaire *Funke*, Crim. 21 novembre 1983 : " Attendu que la cour d'appel énonce que si toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie: l'article 6 de la Convention (...) ne limite pas autrement les modes de preuve que " la loi du for " met à la disposition de la partie poursuivante pour emporter la conviction des juges ".

³⁰³ ESSAÏD, op. cit., p.104.

supposer que le silence, douteux par excellence, sera de nature à faire échec à une déduction directe de culpabilité.

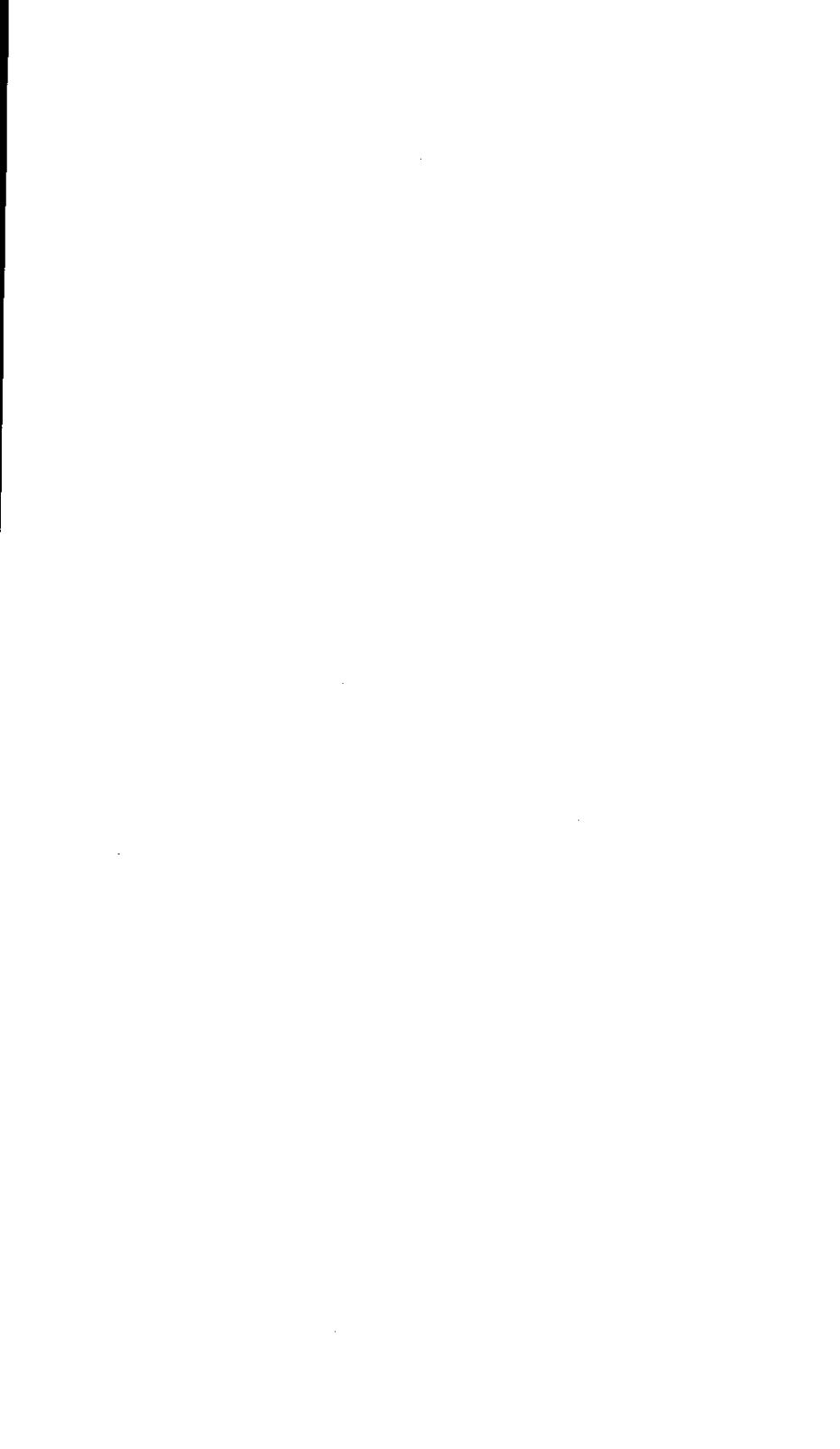
Toutefois, dans le cas d'une concordance de présomptions, le silence peut s'ajouter et faire pencher l'intime conviction du juge du côté de la condamnation. En effet, bien que les certitudes sont le maître mot d'un procès pénal, la Cour de Cassation a validé à plusieurs reprises, la condamnation fondée sur de simples présomptions³⁰⁴, pourvu que l'arrêt en déduise "en termes non équivoques, la certitude de la culpabilité du prévenu"³⁰⁵.

Nous avons nous-mêmes dans ce chapitre, exprimé divers doutes et certitudes quant à l'existence ou non du "droit au silence" dans l'ordre juridique interne de la France et du Royaume-Uni. Bien que l'affirmation du *privilege against self-incrimination* soit de plus en plus équivoque en Grande-Bretagne, il ne fait aucun doute que cette notion existe de manière autonome dans le droit de ce pays. En revanche, l'impression d'omission que laisse l'observation du droit français ne fait pas désespérer d'une prochaine introduction franche d'un droit au silence dans la procédure pénale au titre d'un droit de la défense. Il semble qu'il ne reste plus d'obstacles insurmontables et que des notions plus ou moins nouvelles soient propices à son développement.

Le résumé consistant à faire état d'un droit moribond en Grande-Bretagne et d'un droit naissant en France ne doit pas servir de conclusion péremptoire à l'essai. Une donnée incontournable du problème vient bouleverser les perceptions : le droit international et européen des droits de l'Homme.

³⁰⁴ Sur la validité des présomptions : de Crim., 28 septembre 1893, Bull.Crim. n°278 à Crim., 13 janvier 1970, Bull.Crim. n°476.

³⁰⁵ Crim., 7 juin 1977, Bull.Crim. n°206.



CHAPITRE II

L'ERUPTION DU DROIT AU SILENCE EN DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME.

Laboratoire expérimental, le "droit au silence" devra dans ce dernier chapitre nous livrer les ultimes éléments nécessaires à son déchiffrement. Puisque nous nous demandions si le "droit au silence" était bien un droit ou seulement un effet de langage, la recherche de son existence et de sa manifestation en droit international devra mettre à jour la dimension achevée de cette curiosité. L'expression européenne, voire internationale, parfois récente, du "droit au silence" agit comme une consécration véritable du "droit" qui pourra alors perdre ses guillemets. S'analysant comme une éruption, c'est-à-dire comme une explosion spectaculaire, la reconnaissance du droit au silence par des institutions internationales aussi éminentes que la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour ou Cour EDH) ou le comité des droits de l'Homme des Nations Unies (Comité ou CDHNU), revêt une importance particulière.

Etant donnée la différence d'intégration de ces deux institutions quant aux droits nationaux, nous nous attarderons

d'avantage sur le système prévu par la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH ou Convention), signée le 4 mai 1950. Qualifié très exactement d'*invasive*³⁰⁶, le système mis en place à Strasbourg s'est assigné des objectifs³⁰⁷ exigeant la participation des Etats, notamment sur le plan juridique. Dès lors, il n'est pas concevable que la reconnaissance du droit au silence ou de tout autre droit soit sans effet sur l'ordre juridique interne aux Etats. A moins que des dysfonctionnements paralysent totalement la " machine ", le Royaume-Uni et la France ne pourront pas sortir indemnes du traitement de la question du droit au silence par la Commission Européenne des Droits de l'Homme (Commission EDH ou Commission) et la Cour EDH.

L'identification du droit au silence par l'organe juridictionnel de la Convention servira alors de référence majeure afin de mesurer le degré de conformité des ordres juridiques nationaux, français et britanniques. Par ailleurs, cette nouvelle donnée permettra de situer à nouveau la différence constatée de la conception du droit au silence mise à jour dans chaque Etat. Cette différence pourra apparaître d'abord dans l'éventuel décalage observé dans les arrêts mettant en cause tour à tour la France et le Royaume-Uni. Ensuite, la dissemblance pourra se révéler dans les suites données par chaque Etat à ces arrêts de la Cour et rapports de la Commission.

De la même manière que nous avons pu évoquer les avatars des systèmes procéduraux de la France et du Royaume-Uni, ce second chapitre sera l'occasion inévitable de montrer les

³⁰⁶ D. J. HARRIS, M. OBOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Right Law*, Butterworths, 1995, préface, p.VI.

³⁰⁷ " Résolus en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle ", dernier alinéa du Préambule de la CEDH.

défauts de la mécanique de Strasbourg auxquels sont confrontés les individus et donc leurs "droits". Le droit au silence n'échappant pas à la règle, l'évocation de ces difficultés fait partie intégrante de l'analyse dans la mesure où elle participe à la mise à jour de certains risques menaçants les développements ultérieurs du droit au silence en droit interne.

Après avoir mis en évidence la conception du droit au silence adoptée par les deux principales institutions internationales de promotion des droits de l'Homme, nous déterminerons les répercussions effectives et supposées de cette reconnaissance dans les ordres juridiques internes du Royaume-Uni et de la France.

1. INSCRIPTION ET RECONNAISSANCE NEBULEUSES DU DROIT AU SILENCE.

A ce point des développements, il est impératif de laisser de côté les réflexes nationaux d'analyse juridique et de s'adapter à des règles, méthodes et principes d'interprétation singuliers³⁰⁸. Sans doute due au fait que, la spécificité de l'Europe est d'être multiple, la superposition des institutions supranationales à des institutions nationales aboutit à des institutions multiples, autonomes et non hiérarchisées entre elles³⁰⁹. Par conséquent, des imperfections en résultent. Si des

³⁰⁸ Olivier JACOT-GUILLARMOU, "Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme" in *La convention européenne des droits de l'homme : commentaires articles par articles*, Economica, 1995, p 41; OST, "Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme", in *Raisonnement la raison d'état. Vers une Europe des droits de l'homme*, M.DELMAS-MARTY (éd.), Paris, PUF, 1989, p.405-463.

³⁰⁹ Mireille DELMAS-MARTY, "Contraintes européennes et politique criminelle", RTDH, 1992, p.427-428.

incohérences sont souvent à déplorer, il n'est pas exclu que l'on puisse en retirer des bénéfices. Mireille Delmas-Marty reprend, pour illustrer cette idée, Henri Atlan. L'imperfection de la communication caractérisée dans le droit international des droits de l'Homme aboutit à une "sous-détermination du système juridique". Cette sous-détermination permet "l'institution d'une intersubjectivité", c'est-à-dire la capacité à communiquer avec d'autres systèmes et à pouvoir "partager plus ou moins les mêmes effets de signification"³¹⁰. Vérifions cet ensemble de propositions à propos du droit au silence.

Analyse comparée des deux principales normes internationales relatives au droit au silence.

A première vue, une absence de correspondance entre le Pacte International pour la protection des Droits Civils et Politiques (PIDCP ou Pacte), adopté le 19 décembre 1966, et la Convention existe. Mais une convergence sur le fond permettra de minimiser les risques de confusion pour les titulaires du droit au silence.

La disparité des formes

La distinction des deux grandes normes invocables en matière de droits procéduraux a lieu sur deux plans : celui des textes et celui des vocations.

- Des articles non superposables

Le PIDCP prévoit expressément le "droit à ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable" dans son article 14 paragraphe 3 g). L'article 14 de ce pacte consacre le droit à un procès équitable de la même façon que

³¹⁰ Henri ATLAN, *Tout, non, peut-être*, Seuil, 1991, cité in M. DELMAS-MARTY, *ibid.*, p 428.

l'article 6 de la Convention et d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'Homme³¹¹. Paul Tavernier³¹² remarque que c'est surtout la tradition anglo-saxonne, britannique et américaine, qui a inspiré les textes internationaux quant aux droits processuels. Par conséquent, l'article 6 de la Convention ne devrait pas faire exception.

Pourtant, une absence est remarquable dans l'article 6 de la CEDH comme le note la Cour de Justice des Communautés Européennes dans un arrêt important : " En ce qui concerne l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, bien qu'il puisse être invoqué par une personne entreprenant une enquête relative aux conditions de concurrence, on doit observer que ni les termes de cet article, ni les jugements de la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'indiquent qu'il contienne le droit de ne pas témoigner contre soi-même. ”³¹³

L'article 14 du Pacte paraît en effet plus complet et mieux structuré, permettant de mieux cerner la notion complexe de procès équitable. L'article 14 comporte sept paragraphes et le seul paragraphe 3 relatif aux droits des personnes accusées d'infractions pénales, énonce sept garanties minimales (alinéas a à g). Ce droit au procès équitable est donc complexe et multiple. Il induit des droits de nature essentiellement procédurale qui concernent d'une part le droit à un procès et, d'autre part, le déroulement de la procédure³¹⁴. A côté de cette rigueur apparente, l'article 6 de la Convention dévoile un désordre responsable de l' " oubli " de certaines garanties jugées

³¹¹ articles 10 et 11 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme (1948); article XXVI de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme; articles 8 et 10 de la convention américaine des droits de l'Homme; articles 7 et 26 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

³¹² Paul TAVERNIER, " Le droit au procès équitable ", in *La protection des droits de l'Homme par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies*. Communications individuelles, IDEDH, 1995, p.130.

³¹³ CJCE, aff.374/87, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, §30.

³¹⁴ Paul TAVERNIER, op. cit., p.133.

fondamentales, minimales par le Pacte telles que le droit de ne pas s'incriminer.

Cette absence de concordance entre les deux normes a été dénoncée dans des proportions plus importantes par le Conseil de l'Europe. On a craint des effets néfastes sur la protection des droits des individus; à savoir une inégalité de traitement de par le monde³¹⁵. Ainsi, bien que des liens fondés sur la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) existent entre ces deux traités, des différences sensibles subsistent aussi bien dans les droits énumérés que dans les garanties offertes pour sanctionner les manquements. Par conséquent, les différences ont dû se résoudre par le choix des Etats. Les réticences qu'ils ont manifestées à l'égard du Pacte ont dessiné des vocations distinctes pour chaque instrument.

- Des vocations divergentes.

Si les deux instruments ont prévu des mécanismes comparables de saisine par les particuliers, ils peuvent et doivent être utilisés indépendamment l'un de l'autre. La raison des divergences et notamment parce que le Pacte était plus complet que la Convention, une majorité d'Etats a souhaité

³¹⁵ " Pour les parties contractantes à la Convention européenne des droits de l'Homme, la coexistence de la Convention européenne et du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques est susceptible de soulever certains problèmes, y compris le risque de conflits résultant soit de la non-concordance des définitions des droits garantis, soit des différences dans la procédure internationale de sauvegarde des droits de l'Homme, qui pourraient même conduire à des résultats divergents ", " Effets des divers instruments internationaux prévoyant dans le domaine des droits de l'Homme un mécanisme de communications individuelles sur le mécanisme de protection instauré dans la Convention européenne des droits de l'Homme ", Conseil de l'Europe, H(85)3, 1er février 1985, §18; Jean DHOMMEAUX, " Les Etats parties à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Comité des Droits de l'Homme de l'ONU : De la cohabitation du système universel de protection des droits de l'Homme avec le système européen ", in *Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de Marc-André EISSEN, LGDJ, 1995, p.117.

restreindre la compétence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies (ci-dessous le Comité) en faisant des réserves ou des déclarations. Ainsi, sur les 28 Etats Parties à la Convention et au Protocole 9, quatorze ont émis des réserves ou fait des déclarations concernant les dispositions de fond du Pacte³¹⁶.

En dépit du principe généralement admis en droit international selon lequel un Etat ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non exécution du traité, certains Etats font cependant prévaloir leur droit interne. La méfiance des Etats face à ces dispositions très complètes se traduit par les libertés qu'ils prennent à l'égard de leur applicabilité. La force du Pacte s'en trouve dès lors amoindrie; d'autant plus que le mécanisme de mise en oeuvre du Pacte est bien moins efficace que celui de la Convention. Notons à cet égard, que le Comité, par contraste avec la Cour, n'est pas une juridiction. C'est donc plus un système politique contraignant certes, mais n'impliquant aucun mécanismes juridiques.

La disparité des formes ne préjuge pas d'un rapprochement des interprétations et encore moins d'une complémentarité des avancées obtenues par le Comité comme par la Cour sur le terrain des droits des individus. Pour ce faire, il est nécessaire que la jurisprudence des deux juridictions se fonde sur des concepts identiques.

L'unité du fond.

Comme la Cour EDH, le Comité a tendance à donner un contenu spécifique aux droits reconnus par le Pacte. Il tend ainsi à se situer sur un terrain différent de la Convention³¹⁷.

³¹⁶Chiffres donnés par J.DHOMMEAUX, op. cit., p.127. Attention, certaines déclarations et réserves n'ont qu'une portée limitée.

³¹⁷ Comité, n°50(1979), *Van Duzen c. Pays-Bas*, 7 avril 1982. R., 1982. : " Le Comité note [...] que pour interpréter et affirmer le Pacte il doit partir du principe que les termes et la conception de cet instrument sont

Mais les sources d'inspiration étant similaires, les jurisprudences sont finalement rarement contradictoires.

- Le choix du fondement du droit au silence.

Pour pouvoir comparer utilement le Pacte et la Convention sur le terrain du droit au silence", il a bien fallu que la Convention comble la honteuse lacune pointée du doigt par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

La Cour EDH a saisi l'occasion assez tard sur un recours individuel contre la France³¹⁸. La Commission EDH, dans son avis, a annoncé d'une manière on ne peut plus circonspecte, l'existence du "principe général consacrant le droit de ne pas témoigner contre soi-même". Mais nous analyserons cette divergence plus loin.

Le résultat est l'affirmation sèche par la Cour de la violation de l'article 6§1 de la Convention, en ce que "les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte **au droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination**"³¹⁹. L'article 6§1 a la particularité d'énoncer la garantie selon laquelle "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...]". Cette notion du procès équitable est singulière dans la mesure où les sous-notions qui la composent sont dites autonomes; c'est-à-dire qu'elles sont revêtues d'une signification propre, déterminée dans la jurisprudence de la

interdépendants de tout système juridique national et de toute définition du dictionnaire. Les termes du Pacte découlent certes de longues transitions dans de nombreuses nations, mais le Comité doit à présent considérer qu'ils ont un sens"; Comité, n°118(1982), *J.B. c. Canada*, 18 juillet 1986, R., 1986 : "Chaque traité, y compris le Pacte international [...] a une vie propre et doit être interprété d'une manière juste et exacte et lorsque cela est prévu par l'organe qui est chargé de surveiller l'application de ses dispositions."

³¹⁸ CEDH, *Funke c. France*, 25 février 1993, aff.82/1991/334/407, Série A, vol.256-A.

³¹⁹ *ibid.*, §44.

Cour EDH³²⁰. C'est également le cas pour l'article 14 du Pacte tel qu'interprété par le Comité³²¹. C'est donc une notion composite qui est constituée de garanties indispensables à son existence. Ainsi le procès équitable suppose que la personne ait accès à un tribunal en tout premier lieu³²². Ce tribunal³²³ doit répondre à une exigence de qualité spécifique : indépendant³²⁴, impartial³²⁵ et établi par la loi³²⁶. L'audience qui y sera tenu devra être publique en principe³²⁷ et avoir lieu dans un délai raisonnable³²⁸.

L'étendue de la garantie du procès équitable ne s'arrête cependant pas aux termes de l'article 6§1. Ce dernier fixe simplement des directions interprétatives mais ne limite en rien les extrapolations éventuellement nécessaires pour que la Cour agisse dans le sens d'une protection efficace des droits garantis par la Convention³²⁹. Ainsi l'absence d'une

³²⁰ CEDH, *De Cubber c. Belgique*, 1984, A, 86, §30.

³²¹ McGOLDRICK, op. cit., p.395-458.

³²² CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 1975, A, 18, §36.

³²³ CEDH, *Belilos c. Suisse*, 1988, A, 132, §64. : "[...] un tribunal est caractérisé au sens propre par sa fonction judiciaire; c'est-à-dire par les matières déterminantes de sa compétence sur le fondement de règles de droit et selon des procédures menées d'une manière prédéterminée".

³²⁴ CEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 1971, A, 13, 695 : Indépendance vis-à-vis de l'exécutif et des parties elles-mêmes; CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 1984, A, 80, §78 établit les critères d'indépendance.

³²⁵ CEDH, *Piersack c. Belgique*, 1982, A, 53 : pas de préjugés ou d'interférences; CEDH, *Handshildt c. Danemark*, 1989, A, 154, §46 : le test, à la fois subjectif et objectif auquel le tribunal doit satisfaire.

³²⁶ Com., *Zand c. Autriche*, 1978, n°7360/76, 15 DR70, p.80.

³²⁷ CEDH, *Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne*, 1988, A, 146, 689; Com., *Axen c. RFA*, 1981, B, 57, 677; CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, A, 43, §59 sur la limitation éventuelle nécessaire à la préservation de l'ordre public.

³²⁸ CEDH, *Stögmüller c. Autriche*, 1969, A, 9, §40; et bien sûr, CEDH, *X c. France*, 1994, A, 289-B.

³²⁹ Comme le relève la doctrine unanime (J.VELU et R.ERGF.C. *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p.52), l'objet et le but de la Convention occupent "une place primordiale" dans le système jurisprudentiel de Strasbourg. Com., *Golder c. Royaume-Uni*,

disposition explicite dans la Convention n'a pas empêché la Cour de consacrer l'existence d'un droit de se taire et de ne point contribuer à s'incriminer. Le choix du fondement retient l'attention dans la mesure où il déterminera le degré d'importance donné au droit garanti.

- Les raisons du choix.

Pourquoi le droit au silence se rattache-t-il à la notion de procès équitable?

Si la volonté de la Cour a bien été de donner au droit au silence une existence réelle, effective comme l'affirme la Commission dans son rapport dans l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni*³³⁰, il est logique qu'elle ait eu recours à l'article 6§1. La prééminence du procès équitable dans sa jurisprudence se vérifie aussi qualitativement que quantitativement.

Le volume des recours fondés sur une violation de l'article 6 est très important. Selon Frédéric Sudre, " le noyau dur " est formé par le seul droit à un procès équitable (art.6§1) coeur incontestable du contentieux français : près de 61% des griefs recevables ont trait à l'article 6 de la Convention³³¹. Ces statistiques sont confirmées par une récente enquête effectuée auprès du Ministère de la Justice : sur les 220 dossiers examinés par le Bureau des droits de l'Homme, Service des affaires européennes et internationales, apparaissent 334 cas de violations alléguées par le requérant d'un article de la Convention dont 164 cas concernant l'article 6, soit 49,11% du

1975, Série B, 16, p.40 : " La Convention a pour rôle et son interprétation a pour objet de rendre efficace la protection de l'individu ".

³³⁰ Com., *Saunders*, 1994, n°19187/91, §67 : "[...] the Convention is intended to guarantee rights which are [...] practical and effective; this is of particular relevance to the rights of the defence given the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial". Référence est faite à l'affaire *Artico*, 1980, A. 37, §33.

³³¹ Frédéric SUDRE, " Le contentieux " français " à Strasbourg ", in *Le droit français et la Convention Européenne des Droits de l'Homme (1974-1992)*, Editions N.P.Engel, 1993, p.91.

total³³². Les mêmes remarques sont valables pour l'article 14 du Pacte et l'on note que les violations de l'article 14 représentent presque un quart du groupe des violations les plus fréquentes (57/223)³³³.

Par ailleurs on aurait pu s'attendre, comme le proposait le requérant Funke³³⁴, à ce que le droit au silence soit "découvert" à partir du principe de la présomption d'innocence. Dans la rédaction du Pacte comme dans celle de la Convention, la présomption d'innocence occupe un paragraphe distinct et se présente comme un élément spécifique du contenu de la garantie en matière pénale³³⁵. On a en effet une "construction-gigogne"³³⁶ de l'article 6. Les articles 6§2 (présomption d'innocence) et 6§3 (prérogatives de la défense pénale) ne sont que des "applications particulières" du principe général énoncé au paragraphe 1. "Les divers droits qu'il énumère en termes non exhaustifs représentent des aspects, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale. En veillant à son observation, il ne faut pas perdre de vue sa finalité profonde ni le couper du "tronc commun" auquel il se rattache"³³⁷. Par conséquent, il ne saurait y avoir de justification à une interprétation restrictive de l'article 6§1³³⁸ ni même à l'article 6 en son entier³³⁹. Le

³³² Enquête réalisée du 25 juillet au 15 décembre 1994 par D.LECLERCQ, CREIDHO, Rouen.

³³³ Ces chiffres sont tirés de l'article de Jean DHOMMEAUX, "Jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies (nov.1991-juillet 1993)", AFDI, 1993, p.657-683, cité in P.TAVERNIER, op. cit., p.131.

³³⁴ Le requérant invoque les articles 6§1 et 6§2 à l'appui de la même allégation : d'une certaine manière, il invite la Cour à choisir.

³³⁵ CEDH, *Minelli c. Suisse*, 1983, A, 62, §37.

³³⁶ Jean-Claude SOYER dans son commentaire de l'article 6 de la Convention, in *La Convention article par article*, op. cit., p.269; D.J.HARRIS et ses coauteurs, op. cit., p.203, qui parlent d'une *open-ended residual quality*, à propos de l'article 6§1.

³³⁷ CEDH, *Artico c. Italie*, 1980, A, 37, §32; *T c. Italie*, 1992, A, 245-C, §25.

³³⁸ CEDH, *Moreira de Azevedoc c. Portugal*, 1990, A, 189, §66.

³³⁹ D.J.HARRIS, op. cit., p.164, note 2.

paragraphe premier de l'article 6 joue donc le rôle de " norme de base " pour tout droit que la Cour viendrait à reconnaître à un individu dans le but de lui assurer l'équité de son procès³⁴⁰.

C'est la raison pour laquelle la Cour a préféré fonder le droit au silence, qu'elle a proclamé, sur une norme de caractère général. On se souvient en effet de la signification particulière des termes principaux de l'article 6§1. D'après les expressions " contestation sur des droits et obligations de caractère civil " ³⁴¹ et " toute accusation en matière pénale " ³⁴² et leur interprétation par la Cour, le mécanisme de la garantie du procès équitable est délimitée de la façon la plus large possible.

On comprend alors pourquoi la Cour a choisi l'article 6§1 comme fondement du droit au silence, comme garantie du procès équitable³⁴³. Mais ce choix révèle en même temps la volonté de la Cour d'en faire un droit de caractère général même si celui-ci ne saurait être absolu³⁴⁴.

³⁴⁰ CEDH, *Lutz c. RFA*, 1987, A, 123, §52.

³⁴¹ CEDH, *Bentham c. Pays-Bas*, 1985, A, 97, §32 : " L'esprit de la Convention commande de ne pas prendre le terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle ". Depuis 1992, les critères extensifs de la jurisprudence de la Cour se sont multipliés. cf, Aff. *Périscope*, A, 234-B et *Tomasi*, A, 241-A et deux affaires *Lombardo*, A, 249-B et 249-C. Le domaine civil de l'article 6 est en telle expansion que sa définition se doit d'être négative : ce qui reste à l'extérieur est le " noyau dur " de l'*imperium* étatique.

³⁴² Les critères sont définis par la Cour qui entend conserver le contrôle de leur utilisation au détriment des Etats : CEDH, aff. *Engel*, 1976, A, 22, §81; voir à ce sujet F.MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, 1993, p56-64.

³⁴³ voir supra p.172 et notes 318 et 319.

³⁴⁴ Com., *Saunders*, 1994, précité, p.12, §70 : " *The Commission [...] accepts that the right may not be unqualified* "; Com., *Murray c. Royaume-Uni*, 1994, n°18731/91, §56.

Un droit au silence limité dans la jurisprudence de Strasbourg.

Le droit au silence ne saurait être un droit absolu. Mais ces considérations techniques s'accompagnent de considérations plus larges relatives au fonctionnement général des institutions de la CEDH. Les mécanismes mis en place comportent certaines caractéristiques qui peuvent être à l'origine d'une limitation pratique du droit reconnu par ces institutions.

Les mécanismes dispersifs.

Ce propos se confond avec les critiques habituelles du système mis en place à Strasbourg.

- L'accès à la jurisprudence de la Cour.

L'article 25 de la Convention est qualifié comme " l'un des plus importants " ³⁴⁵ car c'est celui qui permet aux particuliers de saisir la Commission et éventuellement de voir leur affaire déférée à la Cour, en vertu de l'article 48 CEDH. Notons que le Protocole 9 permettant aux particuliers de déférer eux-mêmes leur affaire, déclarée recevable, devant la Cour, n'a pas été ratifié par la France, ni même signé par le Royaume-Uni.

Assimilé par le juge Pettiti à un véritable " parcours du combattant " ³⁴⁶, ce type de procédure est de nature à décourager un grand nombre de requérants potentiels dont les droits sont violés impunément. Ainsi ceux qui parviennent jusqu'à la Cour ne représentent qu'un échantillon restreint des populations nationales ayant accès à des conseils spécialisés. Dès lors, les

³⁴⁵ Ronny ABRAHAM dans son commentaire de l'article 25, in *La Convention article par article*, op. cit., p.579.

³⁴⁶ Louis-Edmond PETTITI, *ibid.*, p.28.

personnes reléguées aux marges de la société le sont aussi à Strasbourg malgré leur besoin souvent supérieur de défense et de protection contre des abus permanents. Ceci est sans doute vrai pour le droit au silence des personnes gardées à vue en France et des personnes interrogées par la police en Grande-Bretagne dans des conditions scandaleuses. L'affaire *Tomasi*³⁴⁷ avait révélé de graves atteintes aux droits de la défense et à la sûreté individuelle des personnes en France. Or, les atteintes qui auraient dû justifier des recours à Strasbourg ont sans doute été ignorées pour raison sociale ou économique. Le tri qui s'opère fait donc obstacle à une appréhension plus globale des problèmes causés par les violations des droits des individus par des Etats.

L'embûche est d'autant plus importante que la Cour et la Commission ne peuvent appréhender que ces cas d'espèce. En effet, l'auto-saisine n'étant pas prévue, ceci a pour effet de morceler le contentieux et de nuire à la cohérence de la jurisprudence. Le même travers est accentué par le fait que la Cour ne peut avoir une bonne perception de la permanence et de l'ampleur des violations à cause du système de verrouillage et de filtrage confié à la Commission.

Cette dichotomie dans l'examen des espèces ajoute au risque de dépréciation des décisions puisque la Commission même si elle n'est pas une juridiction en principe, est forcée, dans l'examen de la recevabilité des cas d'exercer un contrôle au fond. Par conséquent, il arrive que la Cour et la Commission se distancient ou s'opposent catégoriquement l'une à l'autre³⁴⁸. Or pour Gérard Cohen-Jonathan, il ne saurait y avoir de

³⁴⁷ 1992, A, 241-A, précitée.

³⁴⁸ *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, all.17/1994/464/545, *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995 et pour le droit au silence, *Funke c. France*, précité. où la Commission s'oppose une fois de plus à la cour quant à la violation du droit invoqué et quant à la reconnaissance même de ce droit.

“ liberté à plusieurs vitesses : la nature et la technique de contrôle doivent être semblables ”³⁴⁹.

Ceci nous amène tout naturellement à la façon dont les arrêts de la Cour sont rendus.

- L'obtention des décisions de la Cour.

L'incohérence de la jurisprudence est devenue une critique de plus en plus acerbe de la part des observateurs et le deviendra sans doute de la part des Etats et nuira à terme à ceux qui sont les plus vulnérables : les requérants victimes.

La critique est notamment élevée à propos de la manière dont les arrêts sont rendus à la majorité des juges. Les arrêts, s'ils doivent être motivés, doivent également reproduire les opinions individuelles, éventuellement dissidentes des juges³⁵⁰. Cette obligation³⁵¹ renforce la fragilité de certaines décisions. En effet, l'unanimité de la Commission a pu être mise en échec par des arrêts de la Cour rendus à une voix de majorité³⁵². Par ailleurs les opinions dissidentes peuvent être très convaincantes et semer doutes et réticences chez ceux qui sont chargés de respecter la chose jugée : les Etats parties³⁵³.

Sur le fond, il semble, au vu de ces faibles majorités, que la Cour n'a pas une doctrine homogène sur des problèmes essentiels³⁵⁴.

En ce qui concerne le droit au silence dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour, il est trop tôt

³⁴⁹ Gérard COHEN-JONATHAN, “ Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ”, in *Liber amicorum*; op. cit., p.59, à propos de la définition de la marge d'appréciation par la Cour et la Commission.

³⁵⁰ article 51 CEDH.

³⁵¹ Règlement 53 du Règlement intérieur de la Cour.

³⁵² CEDH, *Jacobowski c. Allemagne*, 1994, A, 219-A.

³⁵³ CEDH, *Poitrimol c. France*, 1993, A, 277-A. La Cour de Cassation a eu une attitude de refus suite à une opinion dissidente du juge PETTIT.

³⁵⁴ Gérard COHEN-JONATHAN, op. cit., p.56.

pour dire que ces critiques sont applicables aux décisions et arrêts qui s'y rapportent. Elles sont cependant à prendre en compte en tant que risques potentiels et doivent entretenir notre vigilance pour l'avenir. Mais l'arrêt *Funke* a été l'occasion de découvrir la position de la Cour sur le point précis du droit au silence; et ce, de façon non équivoque : la majorité est large. C'est à huit voix contre une que la violation de l'article 6§1 a été constatée faute de procès équitable³⁵⁵. Par ailleurs des précédents implicites autorisent que l'on puisse compter sur une constance de la Cour³⁵⁶. Quant à la soumission de la Commission, elle semble acquise d'après ses rapports dans les affaires *Saunders* et *Murray*, puisqu'elle réaffirme l'existence du droit au silence sur le double fondement de l'équité du procès et de la présomption d'innocence³⁵⁷.

Nonobstant ces réserves de dispersion et de limitation de l'effet des droits garantis, la Cour détient le monopole du pouvoir de *jurisdictio*. C'est donc sa jurisprudence qui définira le contenu des droits conférés en vertu d'une disposition expresse de la Convention ou déduits implicitement de cette dernière.

L'autoritarisme de la Cour.

Le mécanisme de protection des droits des individus parvient donc à ce recentrer grâce à cette compétence souveraine de la Cour.

Quant au droit au silence, la Cour a imposé son existence en même temps que ses limites.

³⁵⁵ "La Cour consacre le principe de non-incrimination en des termes particulièrement nets", Commentaire des arrêts *Funke* par MM. GARNON, JCP, 1993, II, 22073, p.244.

³⁵⁶ CEDH, *Schöneberg et Durmaz c. Suisse*, 20 juin 1988, A, 137.

³⁵⁷ Com., *Saunders*, op. cit., §68 et 72; Com., *Murray*, op. cit., §53 et 65.

- Les espèces relatives au droit au silence.

Ces espèces sont au nombre de trois. Elles concernent la France (une)³⁵⁸ et le Royaume-Uni (deux)³⁵⁹. Mais nous ne les classerons pas en fonction des pays qu'elles concernent; mais plutôt en fonction des matières qu'elles mettent en jeu.

En effet, deux de ces affaires ont pour contexte le "droit économique"³⁶⁰.

Le sieur Funke avait refusé de fournir des informations aux officiers des douanes à propos de ses intérêts dans de nombreux comptes en banque étrangers. Aucune procédure pénale distincte n'avait été engagée contre lui. Il fut pourtant poursuivi et condamné au paiement d'une astreinte journalière (50 francs par jour de retard dans un jugement confirmé par la Cour d'Appel de Colmar). La Cour de Cassation rejeta le pourvoi de M. Funke qui était fondé notamment sur les articles 6§1 et 6§2 de la CEDH. Le requérant alléguait l'existence d'un droit de ne pas témoigner contre soi dans l'ordre juridique des Etats contractants, de la Convention et du Pacte. En dépit du décès du requérant, la veuve reprit la procédure qu'elle porta devant la Cour EDH. Le gouvernement insistait sur le caractère déclaratif du régime douanier et cambiaire français, qui épargne au contribuable une inquisition dans ses affaires mais comporte en contrepartie des devoirs, comme ceux de conserver pendant quelque temps les documents relatifs à ses revenus et à son patrimoine ainsi que de les tenir à disposition de l'administration³⁶¹. Strictement contrôlé par la Cour de Cassation, ce droit de l'Etat à communication de certaines pièces, n'impliquerait pas, pour les intéressés, une obligation de

³⁵⁸ L'affaire *Funke*, précitée.

³⁵⁹ Les affaires *Saunders* et *Murray*, précitées.

³⁶⁰ L'affaire *Funke* est un litige en matière douanière et cambiaire; l'affaire *Saunders* relève du droit de la fraude fiscale.

³⁶¹ Morten ERIKSEN, "The Privilege against self-incrimination in Criminal Cases and the Saunders Case", *Co.Law.*, vol.17(2), 1996, p.55, sur le principe de confiance entre administration et citoyens.

s'auto-incriminer, prohibée par le PIDCP (art.14) et censurée par la CJCE³⁶². Ce droit ne se heurterait pas aux lignes directrices de la jurisprudence des organes de la Convention en matière de procès équitable. En l'espèce, les services des douanes l'auraient simplement invité à donner des précisions sur des éléments constatés par leurs agents et reconnus par lui (des relevés bancaires et des chèquiers découverts lors de la visite domiciliaire). La Commission est arrivée à la même conclusion en s'appuyant principalement sur le particularisme des procédures d'enquête en matière économique et financière³⁶³. La Cour EDH, elle, a constaté que les douanes provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines informations, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de vouloir ou de pouvoir 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. Or les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte.

Dans l'affaire *Saunders*, les pouvoirs, légalement conférés par le *Companies Act* de 1985, des inspecteurs du Ministère du Commerce et de l'Industrie (*investigators of the DTI*) étaient en cause. Ernest Saunders, directeur de la Société Guinness au moment des célèbres prises de contrôle contesta l'utilisation à son procès de transcriptions d'interrogatoires par les inspecteurs. Cette utilisation aurait violé l'article 6 CEDH. Saunders se fonde sur le fait qu'il était forcé de répondre aux questions des inspecteurs dans la mesure où la loi qui fondait leurs pouvoirs prévoyait des poursuites pour outrage (*contempt*) en cas de refus de coopérer. Dès lors, le cas *Saunders* a trait à une obligation de répondre à des questions au sens véritable,

³⁶² *Orkem c. Commission*, précité.

³⁶³ Rapport de la Commission EDH §64 et 65 : Le devoir de produire des relevés bancaires refléterait la confiance de l'Etat envers le citoyen, par la renonciation à l'usage de mesures de surveillance plus strictes. L'imposition d'astreintes correspondrait à la responsabilité du préjudice causé à la charge du justiciable dès lors qu'il refuse de collaborer avec l'administration.

plus qu'au sens d'une coercition ou d'une incitation³⁶⁴. La Commission EDH décida par quatorze voix contre une que l'article 6§1 de la Convention avait été violé lors de la condamnation de Saunders grâce à une preuve forcée obtenue par les inspecteurs au mépris du droit de ne pas s'incriminer³⁶⁵. Le gouvernement britannique avait soulevé l'inadéquation de l'affaire *Funke* à la résolution de l'espèce *Saunders*, car le requérant avait été sanctionné pour avoir refusé de s'accuser alors qu'Ernest Saunders avait, pour sa part, coopéré avec les inspecteurs sans être soumis à aucune sanction. Mais la Commission répond que " toute personne qui s'incrimine sous la menace d'une sanction [...] et fournit des preuves à sa décharge utilisées à l'audience peut se voir causer un sérieux préjudice, peut-être plus grand que la personne qui aura subi une sanction pour avoir refusé de parler à son détriment "

Ainsi la position de la défense a été gravement mise à mal puisque l'accusé a été forcé de s'auto-incriminer. Le gouvernement a cherché à tirer argument du caractère relatif du droit au silence ou du droit de ne pas s'accuser soi-même au regard du " statut spécial des personnes à la tête d'entreprises publiques et jouissant d'une position fiduciaire vis-à-vis du public "³⁶⁶. La Commission, analysant la position entière de la Cour dans *Funke*, rejette avec détermination l'argument de la confiance en matière fiscale pour étayer le champ de l'article 6.

Il est vrai que la spécificité du domaine de ces deux arrêts³⁶⁷ aurait pu faire penser que l'affirmation du droit au

³⁶⁴ James MICHAEL et Ben EMMERSON, " Current topic : the Right to Silence ", EHRLR, 1996, p.12.

³⁶⁵ Com., *Saunders*, précité.

³⁶⁶ *ibid.*, §65. Notons que le Gouvernement dans son mémoire utilise les guillemets pour, notamment, le droit au silence et se réfère à la jurisprudence *Smith* de 1992. Les fameuses immunités de Lord MUSTILL montrent leurs potentialités dans la réduction de l'effectivité du droit au silence et par là même révèlent l'intention mortifère des juges; voir A.A.S. ZUCKERMANN, " The inevitable demise of the Right of silence ", NLJ, Vol.144(6659), 1994, p.1104.

³⁶⁷ " Les dispositions répressives du droit douanier passent en France pour

silence ne valait que pour des espèces très particulières. Mais l'allusion de la Commission dans *Saunders* relative à l'impératif d'application égale du droit au silence quels que soient les types de crime³⁶⁸ et l'analyse de la position de la Cour dans *Funke* laissent présager une reconnaissance générale. L'affaire *John Murray* en est l'illustration.

Qualifié comme étant peut-être l'affaire la plus importante de la trilogie³⁶⁹, l'arrêt *Murray* fait état d'un recours contre la mise en oeuvre de l'*Order* de 1988 (applicable seulement en Irlande du Nord mais reproduit quasi-intégralement par l'*Act* de 1994 sur l'Ordre Public et la Justice Pénale). M. Murray a été arrêté avec d'autres lors d'une descente de police dans une maison de Belfast. Pour l'accusation, Murray et ses coaccusés faisaient partie de l'IRA et auraient kidnappé un " indic " (indicateur de police) qu'ils interrogeaient, en s'enregistrant sur bande magnétique, dans ladite habitation. L'" indic " avança comme preuve qu'à l'arrivée de la police, M. Murray retira la cassette des aveux de la machine. Quand la police fit irruption, M. Murray se trouvait en haut des escaliers et les agents retrouvèrent la cassette détruite dans une salle de bain à l'étage. Lors de sa garde à vue, le suspect Murray refusa de répondre en dépit de l'avertissement. A l'audience, il décida de ne pas déposer. En conséquence, il fut condamné pour " détention arbitraire " (*false imprisonment*) sur les déductions du Juge Brian Hutton³⁷⁰. Murray invoqua la violation de l'article 6 de la Convention par l'*Order* de 1988, tel qu'appliqué à son cas. Il en appela donc au droit d'une personne accusée de ne pas

former un droit pénal spécial ", obs. GARNON, *ibid.*, p.241; une loi spéciale s'applique en Grande-Bretagne pour régir le domaine des entreprises et leurs infractions.

³⁶⁸ Com., *ibid.*, §71.

³⁶⁹ MICHAEL et EMMERSON, *op. cit.*, p.13.

³⁷⁰ Sir Brian HUTTON, Lord Chief Justice : " *I also draw very strong inferences against [the applicant] under article 4 of the 1988 Order by reason of his refusal to give evidence in his own defence when called upon by the Court to do so* ", Com., *Murray*, §32.

s'incriminer elle-même comme principe de droit international généralement reconnu. L'argument principal était que le droit au silence ainsi conféré à une personne devenait sans effet si l'exercice de ce droit pouvait constituer une preuve contre elle. *Amnesty International*, dans ses observations adopta la même opinion³⁷¹. Le Gouvernement répondit que le droit au silence de Murray ne lui avait pas été retiré puisque celui-ci a eu la possibilité de rester silencieux et n'encourait aucune sanction pour cela. Et les dispositions de l'*Order* de 1988 ne privaient pas le requérant de la garantie du procès équitable dans la mesure où l'*Order* prévoyait en même temps des garanties suffisantes. Ces garanties résident notamment dans la possibilité que le juge du fait a de tirer des conclusions dictées par le bon sens (*common sense*). Retenant que le droit au silence n'est pas absolu (*is not unqualified*), la Commission conclut que les garanties apportées par le droit interne étaient suffisantes en l'espèce et que le droit au silence de M. Murray n'avait pas été bafoué. Tenant compte des "circonstances particulières de l'espèce"³⁷², la Commission a pu identifier des critères visant à déterminer l'existence d'une violation du droit au silence.

- Le droit au silence dans la jurisprudence de Strasbourg.

Après avoir énuméré les risques que courait le droit au silence à Strasbourg ainsi que les circonstances de son

³⁷¹ Comments of Amnesty International, 1er avril 1995 : "[...] a system which permits such compulsion -and permitting adverse inferences to be drawn is an effective means of compulsion -is also inconsistent with the right not to be compelled to testify against oneself or to confess guilt because the accused is left with no reasonable choice between silence which will be taken as testimony against oneself- and testifying."

³⁷² Com., *ibid.*, §56 : "Whether a particular applicant has been subject to incriminate himself in such a way as to render the criminal proceedings unfair or as to deprive him of the presumption of innocence will depend on an assessment of the circumstances of the case as a whole".

introduction dans la jurisprudence, attaquons le coeur du problème; à savoir la conception de ce droit et ses évolutions possibles.

Le principe de non-incrimination et le droit au silence, tels que distingués par la Cour, apparaissent, d'après l'analyse de la Commission, comme des composantes inhérentes du procès équitable³⁷³. C'est bien ce qu'a voulu faire comprendre la Cour dans son jugement bref. Cet élément essentiel de l'équité de l'accusation pénale relève donc des droits de la défense et échappe aux exigences des politiques économiques, financières ou pénales des Etats. La Cour reconnaît ainsi une garantie fondamentale qui ne figure pas *expressis verbis* dans la Convention. Quoi que les corollaires apparaissent clairement, les fondements du droit au silence, eux, ne sont pas mentionnés dans l'arrêt *Funke*. Ce droit est fondé sur le principe général qui impose la charge de la preuve au demandeur, un fardeau qui doit être plus lourd dans les instances pénales que dans les instances civiles, en raison du principe de la présomption d'innocence en matière pénale inscrit à l'article 6§2 CEDH³⁷⁴. La distinction entre présomption d'innocence et droit au silence est faite mais l'on ne saurait semble-t-il les séparer trop longtemps, ce qui soutient l'éventualité d'une limitation du droit au silence aux affaires pénales. L'exclusion des "droits et obligations de caractère civil" semble acquise.

³⁷³ Com., *Saunders*, *ibid.*, §59. "La Commission dans l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni* (rapport du 10 mai 1994, §71-73) et la Cour dans l'affaire *Funke c. France* (arrêt du 25 février 1993, série A n° 256-A, p.22, § 44) auraient admis qu'ils font intrinsèquement partie du droit à un procès équitable au sens de l'article 6", Cour., *John Murray c. Royaume-Uni*, Aff. 41/1994/488/570 du 8 février 1996, § 41.

³⁷⁴ Stephan N. FROMMEL, "The European Court of Human Rights and the Right of the accused to remain silent : Can it be invoked by taxpayers?", *Intertax*, 1993, p.538; Cour., *Murray*, *ibid.*, § 41 : "Une deuxième composante, tout aussi essentielle, du droit de garder le silence serait que l'exercice de ce droit par l'accusé ne doit pas être utilisé comme preuve à charge lors du procès".

L'objet du "droit à non-incrimination"³⁷⁵ semble être double d'après la rédaction de l'arrêt *Funke*. Ce serait d'une part le droit de se taire; d'autre part, le droit trouverait son prolongement naturel dans celui de "ne point contribuer à sa propre incrimination", de demeurer passif. Une telle attitude ne peut constituer un délit d'opposition à poursuites ou justifier une condamnation. Dès lors le droit au silence (expression générique) s'impose au juge dans son appréhension des espèces. De même le législateur devrait être tenu de le mettre en oeuvre et d'interdire sa violation.

Le domaine du droit au silence est lié par la Cour à l'"accusé" au sens autonome de l'article 6. Ce lien est le moyen pour la Cour d'indiquer qu'elle entend le droit au silence d'une façon large puisque l'"accusé" est la personne appelée à répondre de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Or l'accusation pénale ne se réduit pas à un concept purement formel³⁷⁶. Ainsi l'accusation ne peut être enfermée dans la notion étroite d'une procédure pénale aboutissant à la déclaration définitive de culpabilité. Une procédure indépendante de celle-ci, préparatoire ou conservatoire, destinée à établir des charges contre cette personne est régie par la Convention. L'arrêt *Funke* implique dans sa rédaction que le champ du droit au silence soit soudainement devenu fluide tant en ce qui concerne son contenu que son application dans le temps.

En définitive, les termes de l'arrêt *Funke* sont trop imprécis pour tenir de directive efficace pour les Etats. Mais cette décision ne peut être entendue comme bannissant à jamais les menaces de sanctions. Les rapports de la Commission relatifs aux affaires *Saunders* et *Murray* sont là pour rappeler que la Cour ne devrait pas s'en tenir à ce point de la reconnaissance du droit en question.

³⁷⁵ obs. GARNON, *ibid.*, p.244.

³⁷⁶ CEDH, 1er juillet 1967, *Lawless*; CEDH, 27 février 1980, *Deweert*.

En effet, la découverte d'un droit implicite entraîne avec elle la découverte de limitations implicites³⁷⁷. Cette théorie des droits implicites trouve son origine dans l'affaire *Golder*³⁷⁸ et est utilisée par la Commission pour appuyer son assertion selon laquelle le droit au silence ne peut être absolu. Les limitations, qui doivent se concilier avec l'exigence de procès équitable, servent un but légitime propre à chaque espèce. L'éternelle balance entre la nécessaire protection de la défense et l'exigence de la vérité et de la répression au nom de la société fait également partie du raisonnement de la Commission dans les affaires *Saunders* et *Murray*, notamment. On peut y voir plus généralement un principe directeur de la jurisprudence de la Cour et de l'esprit de la Convention qui s'efforcent de satisfaire habituellement les intérêts de l'individu et ceux de l'Etat. N'est-ce pas ici le souci par excellence de la justice que celui de la conciliation la meilleure entre des intérêts divergents?

Après avoir posé le principe de la nécessité de "faire la balance", la Commission entame l'examen de l'espèce³⁷⁹. Il s'agit d'appliquer le principe au cas. Dans *Murray*, la Commission a l'occasion de déterminer trois critères valables pour des évaluations futures. On mesure alors l'importance informative du rapport de la Commission, en dépit de la grande

³⁷⁷ J.G.MERRILLS, op. cit., p.88, sur les *implied limitations*.

³⁷⁸ CEDH, *Golder*, précité, §38. : "The right [...] is not absolute. As this is a right which the Convention sets forth [...] without in the narrower sense of the terms defining, there is room, apart from the bounds delimiting the very content of any right for limitations permitted by implication"; CEDH, *Ashingdane*, 28 mai 1985, A, 18, §57; "[...] dans l'intérêt d'une justice exigeant l'effectivité du système pénal, [on réclame] certaines limitations des droits fondamentaux, y compris la limitation du droit de garder le silence qui est impliqué dans la présomption d'innocence", Bohumil REPiK, "Réflexions sur la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme concernant la présomption d'innocence", in *Liber amicorum*, ibid., p.340.

³⁷⁹ Com., *Saunders*, §74; Com., *Murray*, §57. L'expression consacrée est "in the present case" pour commencer le paragraphe examinant le détail des circonstances de fait.

spécificité des faits de l'espèce (des membres d'une organisation terroriste, un tribunal spécial, etc.). Il faut d'abord vérifier le poids des charges existant contre l'accusé. Y-a-t'il "prima facie case"; c'est-à-dire un dossier où la condamnation devrait être prononcée étant donnée l'abondance des preuves et notamment l'absence d'alibi? Pour maintenir la force du droit au silence, il ne doit pas non plus y avoir de garanties importantes compensant sa limitation. La privation de conseil, par exemple, doit faire obstacle aux déductions à charge tirées du silence du suspect. Enfin, la composition du tribunal doit être prise en compte. En particulier, le tribunal sans jury imposé en Irlande du Nord en cas de terrorisme avait été une condition importante de la limitation du droit au silence de Murray. La différence entre ces deux types de cour est que le juge sans jury doit motiver solidement son jugement et son expérience est de nature à réduire voire anéantir les risques d'injustice³⁸⁰.

Ainsi, les quelques arrêts de la Cour ou rapports de la Commission sont venus éclairer progressivement une situation lacunaire. Une position précise de la Cour est vivement attendue dans les prochains arrêts (*Saunders* et *Murray*), seules décisions revêtues de l'autorité de chose jugée dans le cadre de la Convention.

2. LES EFFETS REELS ET ESCOMPTES DE LA JURISPRUDENCE DE STRASBOURG.

Issue d'une organisation très intégrée et unique en son genre, la jurisprudence, entendue largement, des organes institués par la CEDH, ne peut laisser indifférents les Etats

³⁸⁰ Cette dernière justification est le résultat de l'opinion individuelle de M.Nicholas BRATZA, juriste anglais (*Queen's Counsel*) peu favorable au droit au silence.

contractants au risque de vouer le système à sa déliquescence. Aussi bien exposerons-nous l'état actuel de la perception de la jurisprudence et de la Convention elle-même par les Etats, pour ensuite faire part de nos espoirs quant au droit au silence.

Les effets réels.

L'ambition légitime mais colossale de toute organisation internationale de protection des droits de l'Homme est de disposer d'un pouvoir suffisant, d'une capacité de contrainte suffisante, pour faire "plier" des Etats qui attendraient aux droits garantis de leurs occupants nationaux ou non. Idéalement, seule une organisation supranationale en serait capable puisqu'il s'agit de se placer au-delà de la souveraineté des Etats. La réalisation du projet suppose que des principes d'autorité soient clairement établis et qu'ils soient acceptés par les entités qu'ils prétendent soumettre.

Un montage théorique...

Les instruments mis au service du projet de "garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle"³⁸¹ sont institués à l'article 19 de la Convention : une Commission et une Cour³⁸². La jurisprudence de ces organes est le corollaire indispensable du texte de la Convention; ce par quoi la Convention est un instrument vivant. Nous avons analysé le contenu de cette jurisprudence à propos du droit au silence. Il faut en mesurer les effets à l'aune de trois règles fondamentales applicables aux arrêts de la Cour.

³⁸¹Dernier alinéa du préambule de la CEDH.

³⁸²En vertu du protocole 11, non encore ratifié par un nombre suffisant d'Etats, la Commission devrait disparaître au profit de la Cour permanente divisée en une Grande Chambre, et des Comités chargés d'examiner les affaires déférées.

• L'autorité de la chose jugée.

La Cour a traditionnellement et en vertu de l'article 53 qui consacre l'autorité (relative) de la chose jugée, le pouvoir de *jurisdictio*. Les arrêts de la Cour ont donc un caractère obligatoire. Sont revêtus de l'autorité indispensable, le dispositif autant que les motifs, explication nécessaire rendant logique le raisonnement et le résultat.

Pourtant, cette autorité est relative : aucun effet *erga omnes* ne renforce l'aura des jugements de la Cour. Par conséquent, un Etat non partie au litige ayant donné lieu à une jurisprudence particulière, ne peut se voir opposer, lors d'une instance nationale, l'autorité de cet arrêt de la Cour. L'exigence d'être partie au litige vaut également pour les particuliers invoquant l'autorité de l'arrêt, "déclaratoire pour l'essentiel"³⁸³, les arrêts ne sont pas exécutoires. La Cour ne peut que déterminer l'existence ou non d'une violation d'un des droits contenus dans la Convention, mais ne dispose d'aucun moyen propre à imposer l'exécution de ses arrêts dans les Etats visés. Dès lors, toute injonction de faire ou de simples directives concernant la façon de mettre en oeuvre le jugement sont inconcevables dans l'ordre normatif actuel³⁸⁴. L'Etat a le choix des moyens à utiliser pour s'acquitter de son obligation d'exécuter l'arrêt.

Un tempérament à l'impuissance "de principe" de la Cour est à rechercher dans l'article 50 de la Convention. De façon subsidiaire, la Cour peut décider que soit versée directement à la victime qui en fait la demande, une indemnité. Le versement est dû si l'existence d'un préjudice moral ou matériel est prouvée, "dans la mesure où le droit interne ne

³⁸³ CEDH, *Marckx c. Belgique*, 1979, Série A.31, §58.

³⁸⁴ Un arrêt ne peut ni annuler, ni modifier les dispositions litigieuses internes, ni ordonner une autre mesure. cf. CEDH, *Marckx*, précité, §58, et l'article 50 de la CEDH.

permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation³⁸⁵.

Mais ce recours doit demeurer subsidiaire et l'obligation de l'Etat de faire cesser l'acte illicite, principale. Cette obligation est issue du droit international général et prend un relief particulier en matière de droits de l'Homme. Pour y satisfaire, la cessation doit primer sur la réparation, notamment lorsque des êtres humains sont illégalement appréhendés ou détenus, souvent à la suite d'une violation du droit au procès équitable.

La Cour semble pourtant utiliser l'occasion des requêtes sur le fondement de l'article 50 afin de "prendre parti sur le caractère suffisant des mesures adoptées par l'Etat défendeur pour exécuter l'arrêt de condamnation rendu contre lui au principal et, le cas échéant, de remédier, dans le cadre de la compétence de l'article 50, aux insuffisances constatées quant à la mise en oeuvre de l'obligation de la restitution *in integrum*".³⁸⁶. Cette *restitutio in integrum* se heurte souvent à l'absence de révision des arrêts des cours suprêmes nationales, nous le verrons plus loin.

La possibilité qui est ouverte à la victime est de se prévaloir de l'infraction à l'autorité de la chose jugée sur le fondement de l'article 53 CEDH³⁸⁷.

Pour l'aider dans sa tâche, le Comité de ministres occupe un poste de surveillance. La vérification que l'arrêt est suivi d'effet lui incombe. Cette obligation tend à parachever la logique du mécanisme et à éviter la réitération du fait illicite; même si le Comité des ministres, institution politique, n'est pas l'organe le mieux équipé et le plus motivé pour effectuer ce contrôle.

³⁸⁵ CEDH, *Ringeisen c. Autriche*, 1972 (article 50), Série A, 15, §21; *Piersack c. Belgique* 1984 (article 50), Série A, 85, §11-12, par exemple.

³⁸⁶ Jean-François FLAUSS, "Actualité de la CEDH". AJDA, 20 Octobre 1995 et les arrêts CEDH *Barbera. Messegue et Jobardo*, 13 Juin 1994, A, 258-C et *Schuler-Zraggen*, 31 Janvier 1995 (article 50).

³⁸⁷ CEDH, *Olsson c. Suède* (II), 27 novembre 1992, Série A, 250.

- La non-répétition du fait illicite.

En droit international, cette obligation, difficilement réalisable, existe. Le PIDCP mis en oeuvre par le comité des droits de l'Homme tente de le faire appliquer en demandant dans ces décisions sans autorité de chose jugée, que l'Etat prenne " des mesures (y compris générales) pour garantir que d'autres violations similaires ne se reproduiraient pas "³⁸⁸.

Dans la Convention, l'article 1 a été mis à profit par la Cour pour énumérer les obligations " positives " de l'Etat.

Si le recours pour violation de la Convention est fait par un autre Etat, alors la Cour a la possibilité de procéder à un examen *in abstracto*. Elle peut décider que la violation du texte obligatoire est due au maintien en l'état d'une norme même suprême. En pareille espèce, la Cour a pu obliger l'Etat à effacer les conséquences du manquement et à y mettre fin pour le futur.

Si le recours est celui d'un particulier, la Cour n'a qu'une compétence d'examen *in concreto* de l'espèce. Dans le cas d'une atteinte confirmée par la Cour, l'Etat défendeur doit effacer les conséquences dommageables souffertes par la victime avant et après la prise de décision.

Mais pour éviter les recours trop nombreux et accomplir la mission dictée par la Convention et acceptée par les Etats, ces derniers ont tout intérêt à adapter leur droit interne aux enseignements de la Cour. En définitive, le meilleur des mondes possibles serait celui où non seulement les violations cesseraient pour le présent et l'avenir dans des occurrences soumises au contrôle européen; mais également

³⁸⁸ Constatation du 29 juillet 1981 du Comité contre l'Uruguay : "[...] le comité est d'avis que l'Etat est pour, en application de l'article 2§3 du pacte, d'offrir [...] un recours utile, y compris sa libération immédiate, l'autorisation de quitter le pays et une indemnisation pour les violations qu'elle a subies et de prendre des mesures pour garantir que d'autres violations similaires ne se reproduiront pas".

que les adaptations prennent en compte de futures victimes potentielles. Cette prophétie revient à souhaiter un effet *erga omnes* pour les arrêts de la Cour dans la mesure où même les Etats non concernés par un litige seraient à même de parer à l'éventualité d'un recours contre eux par l'adéquation préventive de leur ordre juridique et de leur action politique, administrative ou judiciaire.

...à l'épreuve des particularités nationales.

L'idéal doit pourtant se faire à la réalité avant que l'inverse puisse se produire. Prenons connaissance de l'attitude du Royaume-Uni et de la France à l'égard de la Convention et du droit jurisprudentiel qui l'accompagne. Ces réactions très différentes seront utiles à l'effort prospectif que nous produirons dans un paragraphe ultérieur et donc à la solution du problème des perspectives d'évolution du droit au silence dans ces deux Etats.

- L'insubordination de principe du Royaume-Uni.

L'attitude réfractaire du Royaume-Uni vis-à-vis de la Convention fait l'objet d'une littérature abondante où domine la réprobation.

La raison première avancée sous l'effet de l'embarras par nombre de commentateurs est le dualisme qui caractérise la Grande-Bretagne. Les ordres juridiques national et international ne se conçoivent pas sur le même plan : ils sont mis en parallèle avec une hiérarchisation en faveur de la norme légale nationale, c'est-à-dire l'acte du parlement. Ainsi, sans l'autorité d'un acte de Westminster, un traité international quel qu'il soit, ratifié régulièrement par le gouvernement, ne peut modifier une loi du Royaume. La seule alternative qui s'ouvre à ce système est l'incorporation de la norme internationale par une loi interne

qui la reprendrait intégralement³⁸⁹. Bien que le Royaume-Uni ait été le premier Etat à ratifier la Convention en 1951 et ait largement participé à sa rédaction, le gouvernement britannique n'a jamais, depuis, favorisé l'introduction de la Convention en droit interne³⁹⁰. Aussi, toute législation édictée pour satisfaire à la jurisprudence de Strasbourg n'a-t-elle concerné qu'un point de droit particulier à l'atteinte stigmatisée³⁹¹.

Mais ce type de rectification n'a lieu que lorsque la victime de l'atteinte a eu le courage et les moyens d'aller jusqu'à Strasbourg. Ainsi, les réticences à l'incorporation a déjà été expliquée par la différence de tradition quant à l'existence d'une norme supralégale. Les particuliers s'estimant victime d'une atteinte à un droit garanti par la Convention n'aurait qu'à se rendre devant la Cour et plaider leur cause, cette faculté leur étant ouverte³⁹². L'argument traditionnel réunit encore des adeptes, notamment parmi les juges.

Ceux-ci se refusent à faire une application directe de la Convention en tant que loi étrangère à celle de leur Etat. Cependant, lorsqu'elle est invoquée³⁹³ ou en dehors de toute invocation, elle peut servir de directive à l'interprétation des normes par les juges anglais³⁹⁴. Mais une limite a été posée à cette avancée remarquable de la jurisprudence britannique. Les cas de référence, parfois expresse, à la Convention doivent se limiter à la circonstance d'une ambiguïté de la loi ou de la

³⁸⁹ *Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade* [1990] 2 AC 418. 577

³⁹⁰ Anthony LESTER, "Fundamental Rights: the U.K. isolated", Pl., 1984, p.46.

³⁹¹ Les suites de l'affaire *Malone* sur la législation des écoutes téléphoniques. *Malone c. Metropolitan police Commissioner* [1979]. *Malone c. R.U.*, 1984, Série A, 82.

³⁹² H.L. Debates, 176, 1977 - 78 : Rapport du Select Committee sur une Déclaration des droits. Les deux questions ont été très liées : JANIS, KAY et BRADLEY, *European Human Rights law*, Oxford, 1995, p.459.

³⁹³ Elle aurait été invoquée pour la première fois en 1974, *R v. Miah* [1974] 1 W.L.R., 683.

³⁹⁴ L'arrêt pionnier : *Reg. v. Chief immigration Officer, Heathrow Airport. ex parte Salamat Bibi* [1976] 1 W.L.R. 979.

réglementation britannique attaquée³⁹⁵. Mais l'ambiguïté est "décidée" par le juge dans son application souveraine. Nicholas Bratza et d'autres ont alors dénoncé l'inclination irrésistible des juges pour trouver les normes nationales dépourvues d'ambiguïtés³⁹⁶... Il ressort pourtant de la jurisprudence des cours les plus haut-placées (*Court of Appeal* et *House of Lords*) une réceptivité grandissante à la Convention et à la jurisprudence de la Cour. Celles-ci deviennent un élément du processus de développement de la *common law*, qui parvient à compenser au moins partiellement les lacunes du législateur récalcitrant ou simplement négligent. Ainsi, une des questions les plus importantes est d'expliquer comment les juges réagissent et traitent des matières relatives à la protection des droits de l'Homme.

Si la bonne volonté des juges anglais a eu l'occasion de se manifester, il reste que les derniers arrêts de la Cour concernant le Royaume-Uni³⁹⁷ ont provoqué la fulmination de véhémentes menaces de retrait de la Convention de la part du gouvernement conservateur britannique³⁹⁸, coïncidant avec un malaise croissant au sein de l'Union Européenne...

Ce type de réaction tend à marquer une fragilité de l'engagement du Royaume-Uni vis-à-vis de la Convention. Le

³⁹⁵ Lord BRIDGE dans l'arrêt *Reg. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696 : " it is [...] well settled that, in considering any provision in domestic legislation which is ambiguous in the sense that it is capable of a meaning which either conforms to or conflicts with the convention, the courts will presume that parliament intended to legislate in conformity with the convention, not in conflict with it ".

³⁹⁶ N. BRATZA, "The treatment and interpretation of the European Convention on Human Rights by the English Courts" in J.P. GARDNER (eds), *Aspects of incorporation of the ECHR into domestic law*, 1993, p.68; The Honor Sir John LAWS "Is the High Court the Guardian of fundamental Constitutional Rights?", *PL*, Spring 1993, p.64; Michael K. ADDO "the role of English courts in the determination of the place of the ECHR in English Law", *NILQ*, vol.46 (1), 1995, p.7.

³⁹⁷ CEDH *McCann et autres c. R.U.*, 1995, précité et *Goodwin c. R.U.*, 27 mars 1996, aff. 16/1994/463/544.

³⁹⁸ *The Guardian*, 21 mars 1996, 2 avril 1996 et 4 Avril 1996.

concept de norme constitutionnelle supérieure n'ayant pas de prise face à la doctrine ancrée de la souveraineté du Parlement, il semble que la Convention puisse difficilement occuper une position comparable à celle d'une déclaration des droits au sens "continental" du terme. Tout au plus, faudra-t-il compter sur la compétence des juges et la bonne foi du législateur en matières de protection des droits de l'Homme pour les uns et de respect des obligations internationales pour les autres³⁹⁹.

Outre la pression des nationaux et l'exemple d'autres pays dualistes⁴⁰⁰, on ne voit pas bien ce qui pourrait inciter la Grande-Bretagne à incorporer la Convention, sachant que cette dernière n'oblige pas les Etats à le faire⁴⁰¹.

- La subordination de principe de la France.

A l'inverse de la Grande-Bretagne, la France présente *a priori* aujourd'hui toutes les qualités du "bon Etat" considérant les normes juridiques françaises organisant les rapports entre droit interne et droit international.

Ainsi donc, "sur le plans des principes, la reconnaissance de l'application directe et de la primauté de la Convention en droit interne n'ont guère posé de difficultés majeures en France (en dépit d'une certaine réticence du conseil d'Etat)"⁴⁰². En effet, en France, comme tout traité

³⁹⁹ Deryck BEYLEVELD, " *The Concept of Human Rights and Incorporation of the ECHR* ", PL, Winter 1995, p.577.

⁴⁰⁰ Les pays scandinaves qui sont tout aussi dualistes ont intégré la Convention dans leur ordre interne : Danemark (1 juillet 1992 : date de l'entrée en vigueur), Islande (30 mai 1994), Suède (1er janvier 1995), et Norvège (fin 1995).

⁴⁰¹ CEDH, *Syndicats suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976. Série A, 20, §50 : la Cour le regrette mais le constate clairement. Néanmoins, la Cour incite les Etats à " combler cette lacune " en intégrant la convention dans l'ordre national pour " éviter une inégalité de traitement entre les destinataires des dispositions de la Convention " (Avis Cour, 1974, 30).

⁴⁰² Gérard COHEN-JONATHAN, " La place de la CEDH dans l'ordre juridique français ", in *Le droit français et la CEDH, 1974-1992*, Frédéric

international régulièrement ratifié et publié, la Convention est automatiquement intégrée dans l'ordre national. Ceci est le résultat direct de l'application de l'article 55 de la Constitution française. Mais l'intégration automatique ne suppose pas l'effet direct de la Convention. Deux exigences sont requises : la norme conventionnelle doit être "self-executing"⁴⁰³ et doit engendrer directement des droits et obligations à l'égard des particuliers et pas seulement des Etats⁴⁰⁴. Par conséquent les juridictions françaises ont dû accepter que la Convention Européenne des Droits de l'Homme puisse être invoquée devant elles par des particuliers que ce soit dans un contentieux entre particuliers⁴⁰⁵ ou entre un particulier et l'Etat (sous forme d'administration)⁴⁰⁶.

Cette obligation des juges de faire application de la Convention dans leur fonction juridictionnelle est impliquée par la primauté de la Convention sur la loi interne, toujours en vertu de l'article 55 de la Constitution. Le Conseil Constitutionnel a pourtant refusé de contrôler la conformité d'une loi à la Convention sectorisant ainsi les contrôles⁴⁰⁷. Le contrôle de constitutionnalité lui est réservé (loi par rapport à la constitution, lors d'un contrôle *a priori* seulement) et le

SUDRE (ed.), 1994, p.2.

⁴⁰³ La norme doit se suffire à elle-même, ne requérir d'aucune autre norme qu'elle vienne la compléter pour être applicable, CE, *Donnez*, 20 novembre 1964. Le traité doit être examiné clause par clause.

⁴⁰⁴ Si la volonté des Etats a été de donner effet direct à ces normes, le juge national peut appliquer la règle dans des litiges entre particuliers. Le critère de l'applicabilité directe est à rechercher dans l'intention des auteurs.

⁴⁰⁵ M-A. EISSEN, "Le statut juridique interne de la Convention devant les juridictions pénales françaises" et N. PACAUD "Le statut de la CEDH devant les juridictions judiciaires non répressives" in *Droits de l'Homme en France (dix ans d'application...)*, G. COHEN-JONATHAN et alii (ed.), 1985; Réponse ministérielle du 19 mai 1980 : "[...] les justiciables peuvent donc invoquer [la CEDH] devant les tribunaux qui sont tenus de l'appliquer et l'ont déjà appliquée à maintes reprises".

⁴⁰⁶ J.F. FLAUSS, AJDA, août 1983, p.387 et s.

⁴⁰⁷ CC, 15 janvier 1975, *IVG*, précité; CC, 21 octobre 1988, *Election de la 5e circonscription du Val d'Oise*.

contrôle de conventionnalité est dévolu aux autres juridictions⁴⁰⁸. Régis de Gouttes voit dans cette nouvelle responsabilité des juges français, une consolidation de leur mission et de leur statut⁴⁰⁹. Ceux-ci doivent connaître et tenir compte de l'ensemble de la jurisprudence des organes de Strasbourg afin de compléter le droit national, de l'interpréter à la lumière de la Convention. Ils participent ainsi à l'obligation de l'Etat d'éviter la répétition de faits ou d'actes non conformes à l'esprit de la Convention.

Mais l'obéissance de principe de la France n'a pas empêché la difficulté de prise en considération effective du droit de la Convention. Cette évolution a été très progressive et a d'abord été marquée par une grande méfiance, voire une crainte des conséquences de l'introduction de ce droit et de la notion nouvelle d'ordre public européen⁴¹⁰. On retiendra un indice de la réticence de la France dans sa ratification extrêmement tardive de la Convention (1974) et dans son acceptation non moins tardive des recours individuels (1981). La méfiance a notamment été la réaction première de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation qui devait faire face à l'extension de l'application de l'article 6 postulant une série de garanties souvent inhabituelles en France, étant donnée l'inspiration plutôt anglo-saxonne de cette disposition. Ici se

⁴⁰⁸ C.Cass., 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*; plus tard CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* et CE, 29 juin 1990, *GISTI*.

⁴⁰⁹ Régis de GOUTTES, "La CEDH et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut des juges?", in *Le droit français et la CEDH*, *ibid.*, p.49.

⁴¹⁰ "La CEDH et la justice pénale française", Rapport présenté aux journées européennes de Toulouse, décembre 1980, in *La plume et la parole*, *op. cit.*, p.167 : "La CEDH occupe une place assez modeste dans les discussions des pénalistes français. Les commentaires sont rares. Les confrontations de la Convention avec notre législation interne sont discrètes. Les arrêts rendus en cette matière par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation sont généralement rassurants pour la France. Tout se passe comme si aucune disposition majeure de nos codes répressifs n'était menacée par ce Traité qui a maintenant force de loi nationale".

marque donc une conception divergente du procès pénal entre la France et le Royaume-Uni par le biais de la Convention et de la jurisprudence de ses organes de contrôle. L'idée des droits processuels semble être la plus complexe pour les juridictions répressives françaises. Les premiers arrêts de la Chambre Criminelle contiennent "une invocation purement formelle de la Convention"⁴¹¹ suivie d'une simple déclaration de conformité du droit interne⁴¹². Cette pratique du "rien-à-signaler", traduisant la propension à se protéger des dépositaires du droit national et leur noviciat, a même conduit "aux manifestations d'autosatisfaction hexagonales; voire de triomphalisme accompagnées d'un brin de condescendance envers la Convention"⁴¹³. Toutefois, la réserve de la Chambre Criminelle a parfois cédé pour faire place à des mouvements d'audace tels que soulever d'office un moyen résultant d'une disposition de la Convention⁴¹⁴. Ces signes prometteurs sont de

⁴¹¹ Renée KOERING-JOULIN et Jean-Louis GALLET, "L'application au fond de la Convention devant les juridictions répressives, in *Droits de l'Homme en France*, op. cit., p.79.

⁴¹² Crim. 3 juin 1975, affaire *Respino*, Bull. Crim. n°141, sur la présomption d'innocence. Cette attitude qui est allée décroissant se maintient pourtant d'une façon générale, Crim. 20 février 1990, Bull.Crim. n°84, jugeant que des officiers de Police Judiciaire, dans l'exercice d'une mission rogatoire, peuvent recueillir des explications de l'intéressé sur des objets illicites qu'ils viennent de découvrir à son domicile, sans qu'il y ait pour autant atteinte aux droits de la défense..., et d'une façon particulière dans le domaine le plus inquisitorial du droit français, la recherche des preuves en matière douanière et cambiaire : Crim., 25 janvier 1985, Bull.Crim. n°31 et biensûr l'affaire *Funke*, Crim., 21 novembre 1983, précitée; Jean-Paul DOUCET, "La CEDH et la jurisprudence pénale française", RTDH, 1991, p.190.

⁴¹³ M-A. EISSEN, *ibid.*, p.2 Manifestations de triomphalisme dans l'arrêt C.Sûreté de l'Etat, 6 mai 1976, JCP 1976, II, 18416, note CHAMBON : "Loin d'être incompatible avec la Convention, la loi du 15 janvier 1963 apparaît en réalité plus libérale"; Crim., 6 mars 1986, RSC 1986.

⁴¹⁴ Danièle MAYER, "Evolution de l'attitude de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation française à l'égard de la CEDH", in *Mélanges offerts à G.LEVASSEUR*, Litec, 1992, p.241; Crim., 5 décembre 1991, p.50.

nature à nous faire espérer que des répercussions auront lieu auprès des juridictions pénales françaises suite à l'arrêt *Funke*.

Ainsi, il semblerait que le droit au silence en tant qu'émanation de la jurisprudence de la Cour EDH trouve plus facilement à se frayer un chemin dans l'ordre juridique français. De même c'est parce qu'il a été affirmé par la Cour, qu'il pourra être "ressuscité" au sein des garanties procédurales anglaises. Quoi qu'il en soit, ces éventuelles réactions ne seront pas épargnées par les influences de la Convention et donneront fort probablement lieu à une sorte d'uniformisation du droit au silence en France et au Royaume-Uni, et ce d'autant plus que les arrêts à venir de la Cour approfondiront les critères et modes d'application de ce droit de la défense.

La Cour et plus largement le système de la CEDH aura gagné son pari et aura su composer avec les différences de conception des droits marquées en matière procédurale entre la France et la Grande-Bretagne.

Les effets escomptés.

L'engagement sur la voie d'une familiarisation accentuée des juges et des législateurs nationaux avec la Convention et son droit est vérifiée dans les deux Etats en dépit de leurs traditions et approches différentes. Aussi nous autoriserons-nous à rêver, pour le droit au silence, dans ces deux pays, d'un avenir prometteur. Les obstacles ne sont pas insurmontables et les remèdes existent.

L'inflexion des réformes sous l'action des juges.

- La discrétion des juges anglais.

Relativement au droit au silence, il faut d'abord préciser que la réceptivité des juridictions quant à la Convention est différente suivant que la juridiction est pénale

ou civile. L'intransigeance de la division criminelle de la *Court of Appeal* est à cet égard menaçante par rapport à la division civile. Un exemple récent est d'ailleurs probant. Le Juge Lord Taylor C.J.⁴¹⁵ rejeta une référence à l'arrêt *Murray* au motif que les décisions de la Commission ne sont pas contraignantes pour la *Court of Appeal*. Mais il alla jusqu'à dire que, bien que la Convention puisse être de quelque assistance dans l'interprétation de dispositions légales ambiguës, la section 35 [de l'Act de 1994], elle, ne présente aucune ambiguïté rendant sans objet le recours à la Convention. Cette approche est non seulement étroite mais également erronée en droit dans la mesure où les possibilités ouvertes dans l'arrêt *Brind*⁴¹⁶, participaient d'un effort des juges en faveur de la Convention⁴¹⁷. Cette tendance s'est confirmée lorsque le juge Neill L.J affirma que la Convention pouvait être invoquée si le juge avait à considérer la mesure dans laquelle une discrétion devait être exercée⁴¹⁸. C'est en vertu de ce principe que la référence à la Convention a été autorisée par la Chambre des Lords et par la *Court of Appeal*, lors de l'appréciation de pouvoirs discrétionnaires⁴¹⁹.

La voie est alors toute tracée pour l'entrée en scène des juges anglais. Ceux-ci ont le pouvoir, légitimé par la Cour suprême, de recourir à la Convention lorsque des pouvoirs discrétionnaires sont en jeu. Or le droit au silence, tel qu'il est régi par la loi de 1994 et l'*Order* de 1988 (Irlande du Nord),

⁴¹⁵ *R v. Cowan*, *The Times*, 13 octobre 1995.

⁴¹⁶ *Reg. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Brind*, précité.

⁴¹⁷ *Attorney-General v. Guardian Newspaper n°2*, [1990], 1 AC, 109, Lord GOFF : " I conceive it my duty, when I am free to do so, to interpret the law in accordance with the obligations of the Crown under this treaty ".

⁴¹⁸ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte NAIGO*, (1993), ALP, 785.

⁴¹⁹ *Rantzen v. Mirror Group Newspaper* [1994], Q.B, 670; NEILL L.J.; à propos de l'article 10 CEDH : " [...] it seems to us that the grant of an almost limitless discretion what is "necessary in a democratic society" or "justified by a pressing social need" ".

déclenche la mise en oeuvre de tels pouvoirs lors de l'appréciation des preuves⁴²⁰. Ainsi, la discrétion que permet la loi de 1994 doit être exercée conformément aux instruments internationaux de protection des droits de l'Homme que le Royaume-Uni a reconnus, et en particulier la CEDH. Le recours à la Convention comprend l'utilisation de toute la jurisprudence des organes de contrôle selon la logique de l'effet utile. Par conséquent, la décision de la Commission dans le rapport *Murray* établit les bases d'une appréciation conforme de l'*Act* de 1994, que confirme la Cour EDH :

1) Lorsque le juge décide de la mesure des déductions à décharge appropriées, il doit garder à l'esprit le fait que les membres non professionnels du jury seront moins à même d'évaluer correctement la signification du silence de l'accusé, que des juristes longuement entraînés. Les juges anglais doivent en déduire que dans des procès avec jury, une approche particulièrement prudente doit être observée dans l'optique du respect du droit à un procès équitable.

2) Le juge doit prendre en compte la force des autres preuves existant contre l'accusé. Plus le dossier de l'accusation est faible, plus les risques d'injustice seront grands lorsque le juge admettra des preuves tirées du silence de l'accusé.

3) Un recours précoce au conseil juridique constitue une garantie importante et doit jouer dans l'appréciation du

⁴²⁰ On se souvient des expressions *common sens* et *as appear proper*, caractéristiques de ces normes; John JACKSON, "Inferences from silence: from common law to common sense". NILQ, 1993, p.107.

Des arrêts décrivent la discrétion dans les déductions que les juges ou les jurés peuvent tirer du silence de l'accusé, telle que la confèrent les dispositions de 1988 et 1994 : *R v. O'Neill, Barkley and McLaughlin*, Belfast Crown Court, 17 mai 1990 et *R v. Dermott Quinn*, Northern Ireland Court of Appeal, 17 septembre 1993.

silence par le juge. Par conséquent, le juge doit s'enquérir du déroulement de la garde à vue (*police proceedings*).

Comme J. Michael et B. Emmerson⁴²¹, nous pensons que l'Act de 1994 sera bientôt déféré à la Cour de Strasbourg et avant, la Commission aura vérifié si les juridictions britanniques ont donné plein effet aux garde-fous législatifs. Mais souhaitons que les juges anglais contribuent par leur action à rétablir le privilège de *common law* dans le sens d'un procès encore plus équitable; c'est à dire accommodé de la conception européenne de la justice pénale.

Ce même souhait nous le formons pour les personnes poursuivies sous la loi française.

- L'obligation des juges français.

La possibilité que les juges anglais "se sont découverts" d'interpréter la législation à la lumière de la Convention, est une obligation pour les juges français depuis la ratification de la CEDH par la France.

Malgré cela, les hésitations de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation ont toujours cours et, nous l'avons vu, particulièrement là où les risques d'atteintes au droit au silence sont les plus probables⁴²².

Pourtant, il est bon de suggérer comme plusieurs auteurs⁴²³ que l'utilisation de la Convention est une occasion

⁴²¹ op. cit., p.19.

⁴²² Cela est particulièrement vrai pour les juges qui, lors de la qualification, s'assurent que les faits reprochés entrent dans le domaines d'application de la loi d'incrimination invoquée, cf. J-P DOUCET, op. cit., p.194 et qui cite J.BORE. La cassation en matière pénale : " En vertu de l'article 55 de la Constitution. [...] la Chambre Criminelle vérifie si les textes répressifs de droit interne dont il a été fait application au prévenu sont bien conformes à la CEDH ".

⁴²³ Danièle MAYER et Régis de GOUTTES, op. cit., p.243 et 56 respectivement.

pour la Cour de Cassation en sa Chambre Criminelle " d'asseoir son pouvoir créateur de droit ". Considérant ce nouvel attrait, la Chambre Criminelle a tout intérêt à se familiariser avec la Convention et la jurisprudence qu'elle a engendrée. Ainsi, pour faciliter la mise en compatibilité du droit interne avec les dispositions conventionnelles, on peut adopter " une interprétation dynamique non seulement de ces dispositions, mais également du droit interne " ⁴²⁴. C'est précisément ce que la Chambre Criminelle a tenté de faire depuis plusieurs années déjà en matière d'écoutes téléphoniques en appliquant les principes fondamentaux du droit et les règles générales de procédure pénale à une matière non encore réglementée par la loi ⁴²⁵. Même si la Cour EDH a considéré que les résultats obtenus n'étaient pas satisfaisants, elle n'en a pas moins reconnu et encouragé l'effort de la Chambre Criminelle dans la méthode utilisée. La Cour EDH a en effet admis que la jurisprudence puisse constituer une source de procédure pénale, même dans les pays de droit continental! Ainsi une " *common law* à la française " dans un désert légal pourrait donc créer un droit spécifique. Dès lors, si un droit français des écoutes téléphoniques a pu être créé, par la loi et la jurisprudence, à partir de l'article 8 de la Convention, un droit au silence ne pourrait-il pas émerger enfin franchement de l'article 6§1 de la Convention par la bouche du juge pénal suprême, dans le cadre d'une refonte de la procédure pénale? L'occasion a été donnée; elle n'a pas été saisie. Mais les encouragements que fournissent les arrêts de la Cour et décisions de la Commission inciteront probablement les particuliers lésés dans leur droit de se taire et de ne pas témoigner contre eux-mêmes, à oser le recours devant les juridictions répressives, sur le fondement de l'article 6§1 de la CEDH.

⁴²⁴Danièle MAYER, *ibid.*, p.245.

⁴²⁵Dans l'arrêt *Kruslin*, Crim. 23 juillet 1985, Bull.Crim. n°275, la Cour a cherché à déduire elle-même de ces principes généraux des conséquences suffisamment précises pour répondre aux exigences de l'article 8 CEDH.

D'autres occasions ne manqueront pas d'être fournies à la Cour de Cassation qui maîtrise de mieux en mieux les indications de Strasbourg.

En France, les juges judiciaires ne sont pas les seuls compétents pour affirmer des droits nouveaux. Le juge constitutionnel ne doit pas être omis dans une telle démonstration. Si cette instance se refuse pourtant à opérer tout contrôle de conformité des lois à la CEDH, elle a néanmoins le pouvoir, par un jeu de convergences d'imprimer des orientations compatibles avec la Convention à la législation française. Ces convergences sont remarquées par Gérard Cohen-Jonathan qui préfère le terme de "parenté"⁴²⁶. Ce dernier met l'accent sur la similarité des techniques d'interprétation et du contenu des droits garantis. Grâce à ces parentés, le Conseil Constitutionnel, avec ses pouvoirs de déclaration d'inconstitutionnalité et de réserves d'interprétation, aurait pu aller plus loin dans sa décision du 11 août 1993⁴²⁷. Ceci est regrettable d'autant plus qu'il existe un emprunt très net du Conseil Constitutionnel (art.6§1) quant à sa notion des droits de la défense⁴²⁸.

En général, les mouvements de jurisprudence, comme nous les avons décrits dans ces paragraphes, sont interprétés et interprétables comme des "appels du pied" au législateur.

L'inflexion des réformes sous l'action du législateur.

Ces invitations ont tout lieu d'être car finalement, il n'y a rien de tel qu'une loi dans une démocratie : le principe de légalité a suffisamment été seriné surtout en matière pénale.

⁴²⁶Gérard COHEN-JONATHAN, "La place de la CEDH dans l'ordre juridique français", op. cit., p.19.

⁴²⁷Décision précitée, supra, p.138.

⁴²⁸Regrets évoqués, supra, p.140; Voir la décision du CC du 20 juillet 1980 précisant la signification du principe des droit de la défense, PFRLR, qui "implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droit des parties".

Ce principe a d'autant plus d'importance que la loi est parfois suprême.

- “ Le Parlement peut tout faire ”.

Par ces mots, est résumée la situation en Grande-Bretagne. Le Parlement est souverain. Par conséquent, la loi qui est votée par lui n'est limitée d'aucune manière, notamment quant à la matière. Et le sujet régi par une loi n'en possède que plus de valeur, étant donné le conservatisme législatif traditionnel, pourtant, tout ce que la loi peut faire, une autre peut le défaire. *A fortiori* un principe de *common law* peut-il être modelé par une loi.

La fragilité d'un droit conféré par une loi ou la *common law* est donc démontrée. Une illustration en est fournie avec l'Act de 1994. Mais nous avons déjà exposé les tergiversations des multiples commissions offrant le spectacle d'une gestation longue et perturbée de la loi.

C'est pourtant le rôle du législateur et son intervention dans le domaine des droits et libertés au Royaume-Uni n'est pas neuve. Les *Bills of Rights* toujours en vigueur en sont les vestiges. Mais les temps changent et les influences extérieures s'amplifient, tant par leur nombre que par leurs effets. L'absence de toute référence à la jurisprudence de Strasbourg a pourtant été dérangeante dans les rapports des Commissions Royales⁴²⁹.

Ces “ oublis ” doivent servir de leçon pour l'avenir; sachant que l’“ effet boomerang ” de plus en plus probable du mécanisme de protection des droits prévu par la CEDH ternira encore plus l'image de la Couronne. L'intérêt du législateur s'y retrouve⁴³⁰.

⁴²⁹Stephan N.FROMMEL, “ The European Court of Human Rights and the right of the accused to remain silent : Can it be invoked by taxpayers? ”, *intertax*, n°11, 1993, p.549.

⁴³⁰ Les suites données à l'affaire *Malone*, précitée, sont constructives et offrent un exemple de mise en compatibilité de la législation britannique et de la

Toutefois, il est fort à parier qu'une réforme aussi visible n'aura pas lieu au Royaume-Uni : le législateur se désavouerait après trop peu de temps et dévoilerait sa faillibilité indicible.

- “ Le parlement peut tout faire, dans le respect de la Constitution ”.

A l'inverse du *Parliament*, le parlement ne revêt plus la superbe d'antan et se trouve confiné sous l'effet de la Constitution de 1958. Outre le champ de compétence limitativement conçu⁴³¹, le parlement français ne voit ses votes aboutir qu'après examen par le Conseil Constitutionnel, lorsque celui-ci est saisi ou requis⁴³².

Mais rien n'interdit qu'une loi soit modifiée ou complétée. Une telle action peut également subir le contrôle du Conseil Constitutionnel⁴³³ ce qui garantirait davantage sa conformité aux normes protectrices des droits et libertés⁴³⁴. Le droit au silence pourrait alors être précisé dans le Code de Procédure Pénale. Les débats houleux⁴³⁵ auxquels la préparation des lois de 1993 a donné lieu en France, peut présager de l'avenir de travaux préparatoires d'une nouvelle réforme.

Cette réforme est pourtant nécessaire et pourrait en tout état de cause avoir lieu dans les mêmes conditions que celle qui a suivi les arrêts *Kruslin*⁴³⁶ et *Huvig*⁴³⁷ de la Cour EDH. La matière des écoutes téléphoniques fournit l'exemple privilégié d'une mise en conformité réussie. La législation française était

Convention, à propos d'écoutes téléphoniques.

⁴³¹ article 34 de la Constitution.

⁴³² article 46, 54 ou 61 de la Constitution.

⁴³³CC, Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985 (Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie).

⁴³⁴Voir supra, p.136 à 140.

⁴³⁵Commission BOULOC sur l'introduction du conseil juridique lors de la garde à vue; Débats parlementaires précités.

⁴³⁶CEDH, 24 avril 1990, *Huvig c. France*, A, 176-B.

⁴³⁷CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, A, 176-A.

intervenue dans un domaine vierge et sur des fondements empruntés à la CEDH. Ce pourrait être le cas en ce qui concerne le droit au silence si l'on considère que rien de convaincant n'existe encore en France. En l'occurrence, le modèle pourrait être celui de la Grande-Bretagne après purge de tous les défauts causant des recours devant la Cour EDH.

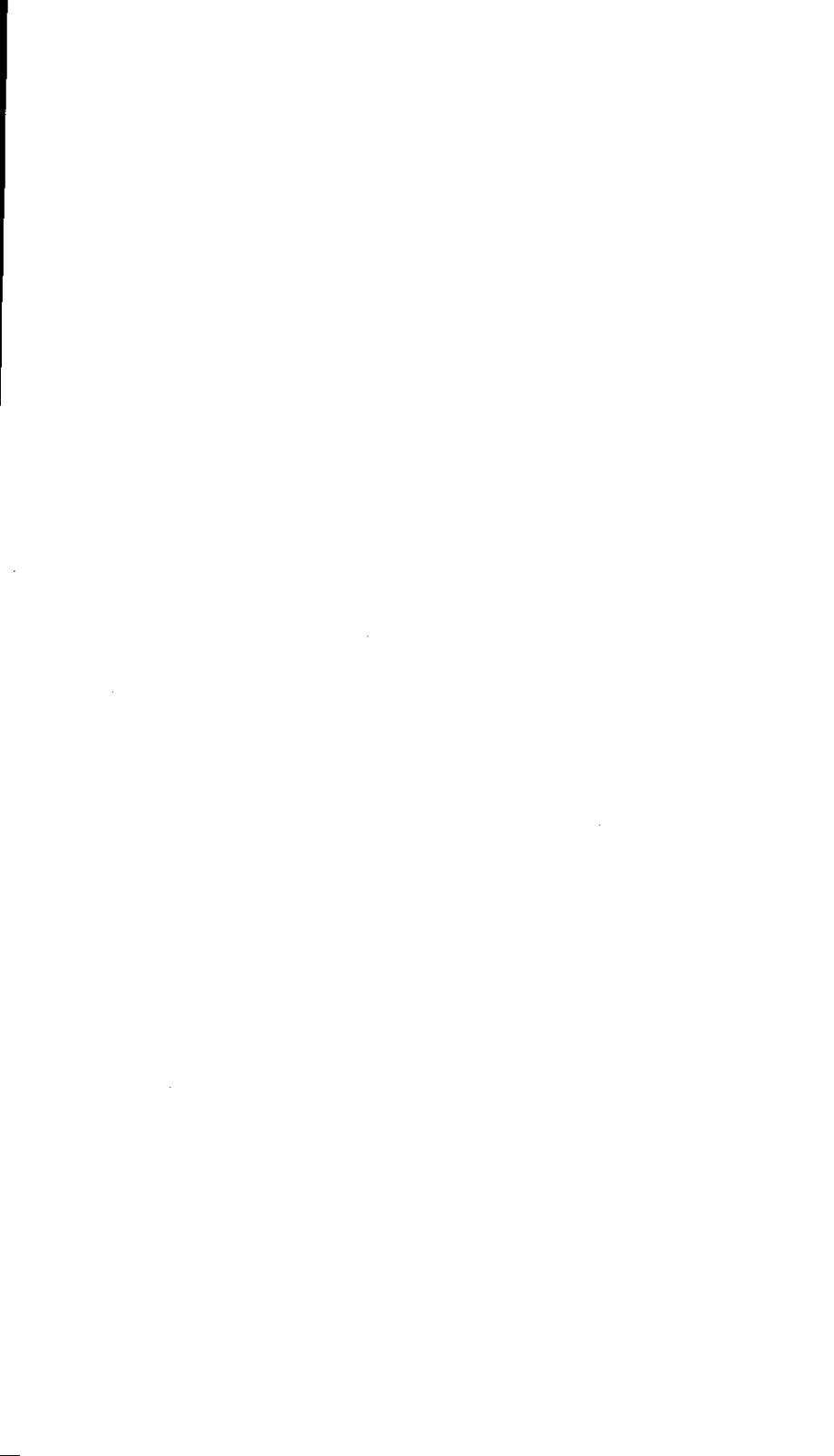
Le législateur français dispose donc d'une opportunité sans grand risque politique de désaveu pour combler les lacunes du Code de Procédure Pénale en matière de droit au silence et anticiper sur une jurisprudence européenne imminente. Michel Pezet avait d'ailleurs exprimé sa volonté de tenir compte des observations de la Cour EDH en octobre 1992⁴³⁸. Il est temps de réactualiser cette remarque même si ce rapporteur de la Commission des Lois avait exprimé son mépris pour un modèle européen de procédure pénale⁴³⁹. Il faut selon lui imaginer une "harmonisation des garanties et des droits des individus", ce qui revient au même étant donnée l'interdépendance très forte qui existe entre la forme de la procédure pénale et le type de garanties offertes aux personnes.

Dès lors, la démonstration aboutit à un truisme qui présentait pourtant l'intérêt d'être étayé; truisme selon lequel une harmonisation des droits processuels des individus entraînerait l'avènement d'une procédure pénale uniformisée comme l'avait "prédict" Mireille Delmas-Marty avec d'autres⁴⁴⁰.

⁴³⁸D.P., précité, p.3361.

⁴³⁹ "[...] il ne s'agit pas d'imaginer je ne sais quel modèle européen de procédure pénale applicable à l'ensemble des Douze [...]", *ibid.*

⁴⁴⁰M.DELMAS-MARTY, *Procès pénal et droits de l'Homme*, op. cit.



CONCLUSION

D'aucuns stigmatisaient jadis notre différence d'"esprit". Cela a été et sera encore, malgré les incitations qui se multiplient, à emprunter une voie médiane.

La différence fondamentale, nous l'avons découverte dans l'histoire des procédures pénales; leur conception, leur structure, leur finalité. Les rôles étaient pensés dans des contextes distincts, le traitement asymétrique de l'accusé au procès pénal ne surprend alors pas.

Mais en amont de ce constat, comment s'explique cette nuance encore sensible, représentée par un droit au silence séculaire, mais en voie de disparition en Angleterre et récent mais encore atrophié en France? Nous avons évoqué l'idée de droit subjectif, intérêt juridiquement protégé, et ancré apparemment plus solidement en France grâce au principe constitutionnel. Mais dans le cas particulier du droit au silence, l'embarras est décuplé pour expliquer la différence. La référence à l'essence du droit dans ces deux pays doit être développée ici. Le Royaume-Uni, pays de *common law* et la France, pays de droit civil, ne peuvent qu'adopter des conceptions, non opposées mais décalées. L'inévitabilité du droit au silence comme droit procédural est due à la démarcation volontaire de la tradition de *common law* par

rapport à la tradition civiliste⁴⁴¹. Ce départ vis-à-vis du droit romain a été caractérisé par un désir d'opposition qui s'est traduit par la domination de l'institution et un droit des juges, quant au fond, largement inconnu. "Le droit des juges, connaissable sous forme écrite, était un droit processuel"⁴⁴². En raison de l'absence de droit d'agir en justice, tous les autres droits subjectifs faisaient défaut. Seul le droit processuel, la marche à suivre se développait. Le droit substantiel ne connaissait pas de développement scientifique qui pût conférer des droits et obligations aux citoyens. Dans cette configuration qui reposait sur un droit largement contextuel; évoluant en fonction des concepts de la société, l'individu n'était pas saisi comme tel mais comme membre d'une communauté omniprésente⁴⁴³.

Les influences continentales du droit substantiel se firent ressentir. Pourtant, celui-ci se trouvait seulement "sécrété dans les interstices de la procédure"⁴⁴⁴. Le droit substantiel ne servait qu'à justifier les décisions du juge. Le juge anglais est parvenu à maintenir la substance du droit anglais. Si les droits subjectifs se sont plus affirmés en droit des biens, leur existence en droit public ne s'est en fait jamais réalisée. Cette absence n'est pourtant pas imputable seulement à la tradition de *common law* puisque beaucoup de ces pays ont su mettre en oeuvre des constitutions écrites "bardées" de droits subjectifs. Mais c'est par un attachement plus visible de l'Angleterre à cette tradition que s'explique le maintien d'une constitution informelle où l'individu n'est pas considéré comme sujet autonome de droit.

En revanche, l'abstraction favorisée dans un système de droit substantiel a conduit au mouvement français des Lumières qui, dans sa fascination pour la société a glissé vers une

⁴⁴¹H. Patrick GLENN, "La civilisation de la Common Law", RIDC, n°3, 1993, p.566.

⁴⁴²ibid., p.562.

⁴⁴³Le droit était de caractère essentiellement relationnel.

⁴⁴⁴Sir Henry J.S.MAINE, *Ancient Law*, 1861.

exaltation de l'individu. L'argument premier devient en politique celui des droits de l'Homme. Ceci serait le résultat d'une idéologie civiliste où le droit n'est pas contesté mais rabattu sur le consentement individuel; où la souveraineté n'est pas discutée mais assignée au peuple; où la loi n'est pas mise en cause mais imputée à l'individu⁴⁴⁵. L'accent était alors mis sur des droits estimés "moins formels". La conception de l'Etat comme représentation démocratique des individus, ne pouvait alors engendrer l'institution de droits présupposant un affrontement entre l'individu et l'Etat.

Ces considérations sommaires apparaissent respectivement comme les génotypes de ces systèmes juridiques. On comprend qu'en dépit des brassages multiples, des différences se constatent encore sur le fondement de données historiques.

Nonobstant le caractère irréductible de certains traits, l'évolution du droit et de ses techniques sera peut-être parvenue à faire naître l'institution par laquelle le couplage des droits de *common law* et de droit civil s'effectuera. Les expériences de la migration et de la colonisation y sont sans doute parvenues avant pour d'autres pays du *Commonwealth* et les Etats-Unis. Seule une expérience aussi ambitieuse et bouleversante que le projet de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pouvait prétendre provoquer ce mariage.

Le résultat escompté était l'obtention d'un droit, à l'origine processuel, devenu droit subjectif au sens d'un bien fictif existant préalablement au jugement et dont la violation dicte l'action réparatoire en justice.

Le droit au silence dans cette conception implique neuf propositions⁴⁴⁶ :

- 1) Le droit au silence peut-être invoqué par des personnes physiques ou morales.

⁴⁴⁵Blandine BARRET-KRIEDEL, *L'Etat et les esclaves*, Payot, 1989, p.156.

⁴⁴⁶Stefan N.FROMMEL, *op. cit.*, p.548.

- 2) Le droit au silence peut-être invoqué non seulement par la personne inculpée mais aussi par la personne subissant l'enquête préliminaire.
- 3) Le droit au silence peut-être invoqué non seulement au cours d'une procédure pénale mais aussi de toute procédure qui mènerait à une sanction pécuniaire quelconque.
- 4) Le droit au silence peut-être invoqué non seulement pour éviter l'auto-incrimination, mais aussi pour d'autres motifs tels que la protection d'autres personnes.
- 5) Le droit au silence comprend le droit de refuser de fournir toute information, même sous forme de documents.
- 6) Lorsque le suspect ou l'accusé a exercé son droit de demeurer silencieux, les autorités peuvent ne pas adopter de mesures le forçant à divulguer des informations.
- 7) Le fait qu'un accusé ou un suspect choisissent de demeurer silencieux ne peut en lui-même donner lieu à une présomption de culpabilité ou *a fortiori* à une déclaration de culpabilité.
- 8) L'accusé ou le suspect doit être informé le plus tôt possible par le procureur ou l'enquêteur de sa faculté de "garder le silence et de ne pas contribuer à s'incriminer"⁴⁴⁷.
- 9) L'accusé ou le suspect peut renoncer à son droit au silence.

La précision du contenu du droit au silence ne doit pas impliquer son amoindrissement en tant que garantie subjective protégeant le droit de toute personne à un procès équitable.

⁴⁴⁷CEDH, *Funke*, précité, §44.

BIBLIOGRAPHIE

TRAVAUX RELATIFS AUX DROITS ET LIBERTES AU ROYAUME-UNI.

sur la théorie des droits et libertés

- ALLEN Michael, THOMPSON Brian and WALSH Bernadette, *Cases and Materials on Constitutional Law and Administrative Law*, Blackstone Press Ltd, 3rd ed., 1994, p. 383-455.
- BAILEY S.H., HARRIS D.J. and JONES B.L., *Civil Liberties. Cases and Materials*, Butterworths, 4th ed., 1995.
- BENTHAM Jeremy, "Anarchical Fallacies" (1843), in John Bowring (eds.), *The collected Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh.
- CRANSTON, "What are Human Rights", in *The Human Rights Reader*, Bodley Head, 1978.
- DWORKIN Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1976.
- DWORKIN Ronald, *A Matter of Principles*, 1985.
- DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, London : Fontana Press, 1986.
- EWING and GEARTY Conor, *Freedom under Thatcher : Civil Liberties in Modern Britain*, Oxford : Clarendon Press, 2nd ed., 1990.
- FELDMAN David, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford : Clarendon Press, 1993.
- FENWICK Helen, *Civil Liberties*, London : Cavendish Publishing Ltd, 1994.
- HENKIN Louis, "The Universality of the Concept of Human Rights", in the Annals of the American Academy of Political and Social Science (eds.), *Human Rights around the World*, SAGE, Nov. 1989.

- **HOHFELD Wesley**, *Fundamental Legal Conceptions as applied in judicial Reasoning*, New Haven, Connecticut : Yale University Press, 1919.
- **MILL John Stuart**, "Of the limits to the Authority of Society over the Individual", in David Spitz (eds.), *On Liberty* (1859), A Norton Critical Edition, 1975, p. 70-86.
- **RAWLS John**, *A Theory of Justice*, Oxford : Clarendon Press, 1978.
- **ROBERTSON Geoffrey**, *Freedom, the Individual and the Law*, Penguin Books, 6th ed., 1991.
- **SIEGHART Paul**, *Human Rights in the United Kingdom*, Paul Sieghart (eds.), London and New-York : Pinter Publishers, 1988.
- **SHESTACK Jerome J.**, "The Jurisprudence of Human Rights", in Theodor Meron (eds.), *Human Rights in International Law : Legal and Policy Issues*, Oxford : Clarendon Press, 1984.
- **SHUTE Stephen and HURLEY Susan** (eds), *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Basic Books, 1993.
- **THORNTON Peter**, *Decade of Decline : Civil Liberties in The Thatcher Years*, National Council for Civil Liberties, 1989.
- **WALDRON Jeremy**, *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984.
- **WALDRON Jeremy**, *Nonsense upon the Stilts : Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London : Methuen Press, 1987.

sur le Royaume-Uni et la CEDH

Ouvrages généraux

- **BEDDARD R.**, *Human Rights and Europe*, Cambridge Grotius Publications Ltd, 3rd ed., 1993.
- **BRADLEY Anthony, JANIS Martin and KAY Richard**, *European Human Rights Law. Texts and Materials*, Oxford : Clarendon Press, 1995.
- **EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**, *A Survey of Activities 1959-1991*, Council of Europe, Jan.1992.
- **FAWCETT J.E.S.**, *The application of The European Convention On Human Rights*, Clarendon Press, 1987.
- **HARRIS D.J., O'BOYLE M. and WARBRICK C.**, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995.
- **JACOBS F.G.**, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, 1975.

- **MERRILLS John Graham**, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1988.
- **NEDJATI Z.**, *Human Rights under the European Convention*, 1978.
- **ROBERTSON A.H. and MERRILLS J.G.**, *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, 3rd ed., 1993.
- **van DIJK P. and van HOOF G.J.H.**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht : Kluwer, 1990.

Ouvrages spécifiques

- **DRZEMCZEWSKI A.Z.**, *European Human Rights Convention in Domestic Law : A Comparative Study*, Oxford, 1983, p. 177-187.
- **GARDNER J.P.**, *Aspects of incorporation of the European Convention on Human Rights into Domestic Law* (florilege d'articles), British Institute of International and Comparative Law and The British Institute of Human Rights, 1993.
- **KINLEY David**, *The European Convention on Human Rights. Compliance without Incorporation*, Dartmouth Publishing Company, 1993.

sur le débat d'un *Bill of Rights*

Ouvrages

- **Ronald DWORKIN**, *A Bill of Rights for Britain*, London : Chatto and Windus, 1990.
- **Joseph JACONELLI**, *Enacting a Bill of Rights*, Oxford : Clarendon Press, 1980.
- **Liberty**, *A People's Charter. Liberty's Bill of Rights : A Consultation Document*, London : Liberty, 1990.
- **Report of the Select Committee on a Bill of Rights**, House of Lords Paper, No.176 of 1976-1977, London : HMSO, 1977.
- **Sir Leslie SCARMAN**, *English law : The New Dimension*, London : Stevens, 1974.
- **P. WALLINGTON and J. McBRIDE**, *Civil Liberties and a Bill of Rights*, London : Cobden Trust, 1976.
- **Michael ZANDER**, *A Bill of Rights ?*, Sweet and Maxwell, 3rd ed., 1985.

sur le droit au silence

Ouvrages et études

- **Steven GREER and Rod MORGAN** (eds), *The Right to Silence Debate*. Proceedings of a conference held at the University of Bristol, on 27 March 1990, Bristol and Bath Center for Criminal Justice, 1990.
- **Susan EASTON**, *The Right to Silence*, Aldershot : Avebury, 1991.
- **David MORGAN and Geoffrey STEPHENSON** (eds), *Suspicion and Silence. The Right to Silence in Criminal Investigations*, Blackstone Press Ltd, 1994.
- **The Royal Commission on Criminal Justice**, *The right to Silence in Police Interrogation : A Study of some of the Issues Underlying the Debate* (by Roger LENG), Research Study No.10, London : HMSO, 1993.
- **The Royal Commission on Criminal Justice**, *Custodial Legal Advice and the right to Silence* (by Mike McCONVILLE and Jacqueline HODGSON), Research Study No.16, London : HMSO, 1993.

TRAVAUX RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME EN FRANCE.

Ouvrages

- **Raymond ARON**, *Essai sur les libertés*, Paris, édition revue et augmentée : Librairie Générale Française, Pluriel, 1976, 251p.
- **Blandine BARRET-KRIEGIEL**, *L'Etat et les esclaves. Réflexions pour l'histoire des Etats*, Paris, Payot, 1989, 281p.
- **Philippe BRAUD**, *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, 1968.
- **Jean CARBONNIER**, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8ème édition, LGDJ, Paris, 1995.
- **Jacques CHEVALLIER**, *L'Etat de droit*, Montchrestien, Clefs, p.59-62.
- **Mireille DELMAS-MARTY** (ed), *Raisonner la Raison d'Etat. Vers une Europe des Droits de l'Homme*, PUF, Les voies du droit, 1989.
- **Mireille DELMAS-MARTY** (ed), *Procès Pénal et droits de l'Homme. Vers une conscience européenne*, PUF, Les voies du droit, 1992.
- **Pierre LEGENDRE**, *Trésors historiques de l'Etat en France*, Fayard, 1993, p.414-418.

- **Pierre LEGENDRE**, *Le désir politique de Dieu*, Arthème Fayard, 1988, 437p.
- **Michel VILLEY**, *Le droit et les droits de l'Homme*, PUF, Questions, 1983, 169p.
- **Michel VILLEY**, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- *La philosophie et les droits de l'Homme. Une Anthologie*, Agora, 1993.
- *Le droit subjectif en question*. Archives de philosophie du droit, tome IX, Paris, Sirey, 1964.
- **Louis-Edmond PETTITI**, **Emmanuel DECAUX** et alii (eds), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995.
- **Jacques VELU** et **Rusen ERGEC**, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990.
- **Marc-André EISSEN** (Mélanges en l'honneur de), *Liber Amicorum*, LGDJ, 1995.
- *La protection des droits de l'Homme par le Comité des droits de l'Homme et des Nations Unies* (Communications individuelles), IDEDH, 1995.

sur la procédure pénale

Ouvrages d'Histoire

- **A. ESMEIN**, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, Larose, 1882.
- **André LAINGUI** et **Arlette LEBIGRE**, *Histoire du droit pénal*, tome II, *La procédure criminelle*, Paris, Cujas, coll. Synthèse, 1979-1980.
- **M. D. KNOWLES** et **D. OBOLENSKY**, *Nouvelle histoire de l'Eglise*, tome II, *Le Moyen-Age*, traduit de l'anglais par Laurent Jézéquel, Paris, Seuil, 1968, 557 pages.

Ouvrages généraux

- **Roger MERLE** et **André VITU**, *Traité de droit criminel*, tome I, 6^{ème} édition, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 1984.
- **Gaston STEFANI**, **Georges LEVASSEUR** et **Bernard BOULOC**, *Droit Pénal Général*, Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 14^{ème} édition, 1992, p.358-360.

- **Jean PRADEL**, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, Précis Dalloz, 1995, 733 pages.
- **Mireille DELMAS-MARTY (sous la direction de)**, *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, Thémis, 1995.

LISTE DES ABBREVIATIONS

ANGLAISES

<i>All E.R. Rev.</i>	All England Law Reports Annual Review
<i>Anglo-Am. L. R.</i>	Anglo-American Law Review
<i>Bus. L. R.</i>	Business Law Review
<i>BYIL</i>	British Yearbook of International Law
<i>C.L.J.</i>	Cambridge Law Journal
<i>Co.Law</i>	Company Law
<i>Crim.L.</i>	Criminal Law
<i>Crim.L.R.</i>	Criminal Law Review
<i>Crim.Law.</i>	Criminal Lawyer
<i>E.H.R.R</i>	European Human Rights Reports
<i>E.C.R.</i>	European Court Reports
<i>E.L.Rev.</i>	European Law Review
<i>H.R.L.J.</i>	Human Rights Law Journal
<i>H.R.Rev.</i>	Human Rights Review
<i>J. Crim. L.</i>	Journal of Criminal Law
<i>Jur. Rev.</i>	Juridical Review
<i>I.C.L.Q.</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>L.Q.R.</i>	Law Quarterly Review
<i>L.S.</i>	Legal Studies
<i>L.S.G.</i>	Law Society's Gazette
<i>Law & Crit.</i>	Law and Critique

<i>M.L.R.</i>	Modern Law Review
<i>N.I.L.Q.</i>	Northern Ireland Legal Quarterly
<i>N.L.J.</i>	New Law Journal
<i>O.J.L.S.</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>P.L.</i>	Public Law
<i>S.J.</i>	Solicitors Journal
<i>S.L.R.</i>	Student Law Review
<i>Stat. L.R.</i>	Statute Law Review

FRANÇAISES

<i>AFDI</i>	Annuaire Français de Droit International
<i>Bull. Crim. Com.</i>	Bulletin Criminel Commission Européenne des Droits de l'Homme (rapports)
<i>CJCE</i>	Cour de Justice des Communautés Européennes
<i>C.C.</i>	Conseil Constitutionnel
<i>C.Cass.</i>	Cour de Cassation
<i>Crim.</i>	Chambre Criminelle
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DP</i>	Débats Parlementaires
<i>JCP</i>	La semaine juridique
<i>RFDC</i>	Revue Française de Droit Constitutionnel
<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit Comparé
<i>RIDP</i>	Revue Internationale de Droit Pénal
<i>RSC</i>	Revue de Science Criminelle Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
<i>RUDH</i>	Revue Universelle des Droits de l'Homme
<i>S.</i>	Recueil Sirey

TABLE DES MATIERES

PREFACE	7
INTRODUCTION	15
PREMIERE PARTIE Les circonstances historiques de l'apparition du "droit au silence"	23
CHAPITRE I La tradition inquisitoriale contre le "droit au silence"	27
1. Droit canon et "droit au silence".....	28
2. La solitude de l'accusé.....	44
CHAPITRE II L'introduction d'éléments de la procédure accusatoire et l'évolution du "droit au silence"	65
1. Une transition rapide et mystérieuse en Angleterre.....	67
2. Evaluation de la tradition inquisitoriale en France.....	78

DEUXIEME PARTIE	OBSERVATION D'UN	
"DROIT" EN ACTIVITE.....		97
CHAPITRE I	L'affirmation d'un "droit au silence"	
en droit interne.....		101
1. Les fondements juridiques du "droit au		
silence".....		103
2. Le "droit au silence" en procès.....		140
CHAPITRE II	L'éruption du droit au silence en droit	
international des droits de l'Homme.....		165
1. Inscription et reconnaissance nébuleuses du droit au		
silence.....		167
2. Les effets réels et escomptés de la jurisprudence de		
Strasbourg.....		189
CONCLUSION.....		211
BIBLIOGRAPHIE.....		215
LISTE DES ABREVIATIONS.....		221

MISE EN PAGES FOURNIE

Achevé d'imprimer par Corlet, Imprimeur, S.A. - 14110 Condé-sur-Noireau (France)
N° d'imprimeur : 24109 - Dépôt légal : mai 1997 - *Imprimé en C.E.E.*