



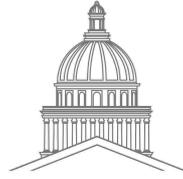
BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit pénal et sciences pénales
Dirigé par M. Conte et M. Rebut
2022

***La preuve testimoniale en droit français et
en droit britannique***

Hélène Trividic

Sous la direction de M. Edouard Verny



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Droit pénal et sciences pénales

LA PREUVE TESTIMONIALE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT BRITANNIQUE

Mémoire présenté par Hélène TRIVIDIC

Sous la direction de Monsieur le Professeur Édouard VERNY

Remerciements

Pour sa bienveillance et ses précieux conseils dans cet exercice, je souhaite remercier en premier lieu le Professeur Edouard Verny.

Pour la transmission du goût de la réflexion et de la contradiction, je souhaite également remercier le Professeur Philippe Conte.

Pour leur aide et leur patience, je souhaite remercier mes camarades de promotion et mes proches.

Principales des abréviations

ABE	Achieving Best Evidence	JCPG	La semaine Juridique Générale
AC	Law Report Appeal Case	Jur Rev	Juridical Review
AJ Pénal	Actualité juridique du droit pénal	KB	Kings Bench
All ER	All England Law Reports	NLJ	New Law Journal
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle	<i>obs</i>	observations
Cass.	Cour de cassation	<i>op. cit.</i>	<i>Operere citato</i>
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme	OUP	Oxford University Press
CJA	Criminal Justice Act de 2009	PACE	Police and Criminal Evidence Act de 1984
Colum L Rev		Pol J	Police Journal
CPR	Criminal Procedure Rules	PUF	Press Universitaire de France
CPS	Crown Prosecution Service	QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Cr. App. R.	Court of Appeal Review	RSC	Revue de Sciences criminelles
Crim L R	Criminal Law Review	SOCPA	Serious Organised Crime and Police Act de 2005
crim.	Chambre criminelle	UKHL	United Kingdom House of Lord
CSDHLF	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	WLR	Weekly Law Review
EWCA	Court of Appeal of England & Wales	WLUK	Westlaw United Kingdom
		YJCEA	Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999

Sommaire

INTRODUCTION	1
TITRE Ier - L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE TESTIMONIALE	12
Chapitre 1 – La place de la preuve testimoniale dans le régime de la preuve	12
Section 1 – Le principe de liberté de la preuve comme pierre angulaire du droit de la preuve	12
Section 2 - Le droit au témoin	25
Chapitre 2 – La définition du statut du témoin	33
Section 1 – Le témoin défini par ses obligations.....	33
Section 2. Un statut restreint dans son acquisition	40
TITRE 2 nd – LA MISE EN ŒUVRE DU LA PREUVE TESTIMONIALE	53
Chapitre 1 – La protection du témoignage.....	53
Section 1 ^{ère} – Les règles d'audition du témoin	53
Section 2 nd – les mesures de garanties contre le témoin faillible	68
Chapitre 2 – Les règles de protections du témoin.....	78
Section 1 – La protection du témoin par le droit	78
Section 2 – Les garanties de sécurités du témoin	83

INTRODUCTION

1. « Il y a trois sortes de témoins. Celui qui a bien vu mais doute de ce qu'il a vu. Celui qui a mal vu et croit avoir vu. Celui qui n'a rien vu et jure avoir tout vu ». ¹ Est ainsi soulignée la faillibilité du témoin, lequel peut être trahi tant par son doute et par sa certitude. Par cette phrase, André Prévot met en évidence toute la difficulté de la preuve testimoniale.

2. Selon le dictionnaire le Petit Robert, le témoin est une chose qui, par son existence, sa présence, atteste, permet de constater, de vérifier. ² Ce terme est utilisé en de nombreuses matières : en reliure, c'est le feuillet non rogné attestant que les marges ont été épargnées ; en science, c'est un élément de repère qui permet la comparaison dans l'expérience menée. ³ Néanmoins, le terme de témoin revoit surtout à son aspect légal.

3. Cette définition légale est délicate à apporter car celle-ci diffère d'un système juridique à l'autre. Si l'on prend l'exemple des deux systèmes opposés classiquement – le *common law* et le droit continental – les distinctions ne peuvent se comprendre que par l'étude de deux critères de définition du témoin : un critère positif d'abord – ce qu'il est – et un critère négatif ensuite – ce qu'il n'est pas –.

4. Les deux juridictions de rejoignent dans la définition positive du témoin. En *common law*, et particulièrement au Royaume-Uni, le témoin est « celui qui, par une déclaration sous serment ou affirmation, conformément à la loi, dépose sur sa connaissance des faits en litige entre les parties sur une cause ». ⁴ Cette définition du témoin, basée sur sa connaissance des faits, est assez large et pour cause, elle englobe non seulement ce que celui qui a assisté à la scène mais aussi les experts, les accusés, les victimes. De façon similaire, en droit continental et plus particulièrement en droit français, le témoin est celui qui rapporte en justice ce qu'il a vu ou entendu *personnellement*. ⁵ Cette dernière condition est la première requise pour le témoin et c'est ce qui a d'ailleurs conduit les juridictions britanniques à exclure, en partie, la preuve par

¹ André PREVOT, tel que cité par Robert PLICHON, « Témoin assisté » in *Glossaire impertinent des droits de l'Homme*, 2018 p.124

² A. Rey & J. Rey-Debove, *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Millésime, 2022; III 2

³ *Ibid*

⁴ “Witness”, *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, 12e ed, 2013

⁵ Coralie AMBROISE-CASTERIT & Philippe BONFILS, *Procédure pénale*, PUF, Thémis droit, 2011

ouïe dire. Le témoin peut alors déposer non seulement sur ce qu'il a perçu lui-même de l'infraction poursuivie, sur des faits qui ont précédés l'infraction ou tout ce qui est utile à l'appréciation de la genèse du crime ou sur le coupable en ce qui concerne sa personnalité ou sa psychologie. Cette première condition est insuffisante à qualifier le témoin puisqu'elle ne permet, dans aucune des juridictions, d'exclure personnes.

5. Le témoin se définit alors nécessairement par ce qu'il n'est pas. Ainsi, en droit français, le témoin est dit « témoin véritable » lorsqu'il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction.⁶ La qualité de témoin s'oppose donc à celle de suspect. En des termes plus communs, le témoin est le tiers à l'infraction dont les déclarations sont recueillies parce qu'il a eu connaissance directe ou indirecte des faits. Par ailleurs, en droit français, le témoin se définit aussi plus largement en opposition aux parties au procès. Ainsi, il n'est non seulement pas le suspect, mais il n'est pas non plus la partie civile. Il en va de même pour le droit britannique puisqu'une personne ne peut être témoin d'un acte dont elle est partie.⁷ Partant, la personne poursuivie dans un procès pénal ne peut être témoin.⁸ Pourtant, le point de friction entre les deux systèmes survient dans cette définition négative du témoin. En *common law* contrairement au droit français, la victime ne peut jamais être partie au procès pénal. Elle est alors considérée comme un simple témoin.

6. Si le statut du témoin ne sera pas uniquement attribué à celui qui témoigne dans les formes prescrites par la loi mais aussi à celui qui concourt à la justice par de simples renseignements,⁹ il s'agit de se rappeler que le témoin est surtout celui qui procède à un témoignage.¹⁰ C'est en réalité par ce témoignage que se matérialise la preuve au sens de ce qui sert à démontrer que quelque chose est vrai.¹¹

7. Dans le langage courant, le témoignage renvoie « aux déclarations de ce que l'on a vu, entendu, perçu, servant de l'établissement de la vérité ».¹² Plus précisément, dans sa tentative de définition du témoignage, Paul Ricoeur identifie trois critères du témoignage. Celui-ci est

⁶ Muriel GIACOPELLI & Yannick JOSEPH-RATINEAU, « Témoin », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, (Septembre 2015)

⁷ *Re Parrot ex parte Cullen* [1891] 2 QB 151

⁸ *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999, section 53(5)

⁹ Jérôme LEROY, *Procédure pénale*, 6^e ed, LGDJ, Manuel, 2019 p. 223 para 362

¹⁰ A. Rey & J. Rey-Debove, op. cit. (n. 2)

¹¹ *ibid*

¹² *ibid*

d'abord le partage d'un vécu. Toutefois, selon Ricoeur, ce partage se fait toujours dans une situation de procès, c'est-à-dire que le témoignage n'existe que là où il y a contestation.¹³ Enfin, et c'est là qu'une distinction s'opère entre le témoignage « ordinaire » et le témoignage en littérature, l'accent est porté respectivement sur l'auteur du témoignage ou sur le « témoin ». ¹⁴ Ainsi, tel qu'il sera démontré dans ce mémoire, bien que le témoignage juridique ait pour unique but de rapporter la preuve d'un fait, une attention toute particulière sera portée à l'auteur du témoignage. En ce sens, Bernard Bouloc considère que le témoignage constitue les déclarations « émanant de personnes étrangères à l'infraction ». ¹⁵ De même, pour la doctrine britannique, le témoignage est la preuve rapportée par témoin. ¹⁶

8. En droit, la preuve testimoniale désigne, selon les Professeurs Merle et Vitu, « le récit fait par une personne de ce qu'elle a vu ou entendu des faits délictueux ». ¹⁷ Ce récit pourra être fait à un juge ou à un officier de police judiciaire. ¹⁸ Le témoignage est alors une notion très large qui englobe tout récit, de toute personne, y compris des parties à l'affaire. Dans ces définitions, aucun critère autre que celui du contenu du récit n'est retenu. En ce sens, on peut séparer deux catégories de témoignage : celui qui concerne ce qui a été vu ou entendu directement et le récit d'ouïe dire. Pourtant, le lexique juridique Dalloz retient une autre définition et considère que le témoignage est l'« acte par lequel une personne atteste l'existence d'un fait dont elle a eu personnellement connaissance, et non indirectement par ouï-dire ». ¹⁹ La doctrine britannique précise encore davantage cette notion, en érigeant le serment en condition *sine qua non* de l'existence du témoignage. Apparaît alors le lien entre le témoignage et la vérité, la déposition consistant en l'affirmation de quelque chose de vraie. ²⁰ Le témoignage est alors tant que le contenu que le contenant. On ne peut s'empêcher de noter que le droit britannique, et plus globalement le langage courant, exclu le témoignage de la phase pré-sentencielle dans sa définition. Cette notion paraît alors être, de prime abord, plus limitée qu'en France.

¹³ Paul RICOEUR, « Herméneutique du témoignage » in *Lectures : aux frontières de la philosophie*, Seuil, Tome III, 1994, p. 109 et suivantes

¹⁴ Françoise MIES, « Herméneutique du témoignage en philosophie : Littérature, mythe et bible », *Revue de Sciences philosophiques et théologique* (Janvier 1997) Vol 81 n°1, p. 5 et 6

¹⁵ BOULOC B., *Procédure pénale*, 28^e ed, Paris, Dalloz, 2021, p. 137, para 153

¹⁶ Ian DENNIS, *The law of evidence*, 17th ed, Thomas Reuters, 2020

¹⁷ R. MERLE & A. VITU, *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e ed, Paris, Cujas, 2001, p. 214, para 171

¹⁸ Jean PRADEL, *Procédure pénale*, 20^e ed, Cujas, Référence, 2019, p. 521

¹⁹ Serge GUINCHARD & Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 28^e ed, Dalloz, 2020-2021, p. 1027

²⁰ *Cambridge dictionary online* accessible < <https://dictionary.cambridge.org/fr/> >

9. Enfin, la preuve testimoniale est une preuve orale, exprimée par le biais d'une audition *viva voce* (de vive voix) selon l'expression consacrée au Royaume-Uni.²¹ Ce caractère oral de la preuve lui donne une importance particulière en matière pénale, elle-même régie par le principe de l'oralité. Tel n'est pas le cas en matière civile qui non seulement a une nature écrite, mais est-elle régie par un système de preuve légale qui ne laisse qu'une place limitée au témoignage.

10. L'efficacité de ce mode de preuve est garantie par un certain formalisme. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que les informations apportées par le témoin ne seront pas prises en compte.

11. En ce sens, si certains récits ne peuvent être entendus comme témoignage, ils peuvent être essentiels à l'avancée d'une enquête ou encore à la compréhension du dossier. Ils constituent alors « de simples renseignements ». Selon Roger Merle et André Vitu, deux situations peuvent amener à ce phénomène. Tout d'abord, ces simples renseignements concernent certaines auditions informelles notamment en enquête de police. En outre, les professeurs Merle et Vitu mentionnent le cas des dépositions viciées par la qualité du déposant engendrant une certaine méfiance à son égard. Ces déclarations seront en théorie accueillies avec des réserves. Toutefois, cette distinction avec le témoignage n'est pas fondamentale, le juge gardant la possibilité d'attribuer à ces simples renseignements la valeur probante qu'il souhaite.

12. Une telle précaution revêt une pertinence particulière en ce qui concerne les preuves par ouï-dire. Tel que nous l'avons vu, le témoignage tient en une déclaration de ce qui a été perçu directement par le témoin. Toutefois, il arrive que la pertinence d'un témoignage doive être renforcée par l'usage de propos tenus par une autre personne, hors de la juridiction et sans qu'elle n'ait prêté serment. Le Royaume-Uni est particulièrement sensible à cette problématique ; de telles preuves ont longtemps été exclues des prétoires. Si cette exclusion n'est plus automatique, l'inadmissibilité de tels propos reste le principe, l'admissibilité l'exception. Cela s'explique par le fait que les témoignages sont, par nature, traités avec méfiance car *errare humanum est*. Le processus judiciaire, et notamment au Royaume-Uni le système du contre-interrogatoire permet d'identifier les faiblesses d'un témoin et de donner à son témoignage la

²¹ Daniel GREENBERG, *Jowitt's Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell, 5e ed., 2019

force probante adéquate. Ainsi, la section 114 du *Criminal Justice Act* de 2002 pose des règles très strictes d'admissibilité, la subordonnant à quatre conditions alternatives. Trois circonstances légales sont prévues dont l'autorisation par l'ensemble des parties, et une circonstance d'opportunité laissant à la juridiction le soin de déterminer si cette dernière doit être admise selon de multiples critères. Au titre de ces derniers, pourront être pris en compte par exemple la force probante de cette déclaration ou son apport à la compréhension globale des faits, les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite, ou encore la fiabilité de l'auteur de cette déclaration. En somme, il s'agira pour le juge d'apprécier la déclaration dans sa globalité avant de décider de l'admettre ou non. En tout état de cause, la méfiance à l'égard de ce type de preuve, qui n'est pas un témoignage, est grande. La section 114 prévoit alors *in fine* que l'admissibilité d'une telle preuve ne signifie pas pour autant qu'elle sera admise. Cette dernière pourra toujours être exclue pour la seule justification qu'elle n'a pas été énoncée comme une preuve orale, selon les règles du témoignage.

13. En dépit de certaines divergences, parfois de taille, les définitions de la preuve testimoniale dans le droit continental et dans le *common law* semblent proches. Pourtant, ces deux systèmes sont opposés tant dans l'esprit que dans la forme. Une précision est ici nécessaire. Il a été fait le choix d'étudier la preuve testimoniale dans les modèles, archétypes de ces deux systèmes que sont respectivement le système français et le système britannique. S'il est aisé de définir le domaine de la loi pénale française, laquelle s'applique en principe sur le territoire de la République, la tâche est plus complexe au Royaume-Uni puisqu'il n'y existe pas un droit britannique, mais des droits britanniques. En effet, le Royaume-Uni est un État divisé en quatre nations – l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande du Nord –, organisé par un système de dévolution inégale. Ainsi, chaque nation a son propre Parlement, à l'exception de l'Angleterre, lequel érige des lois spécifiques dans des domaines précis. Dans ce système, la nation qui s'est vu accorder le moins de domaines dévolus est le Pays de Galles. Alors que ce dernier a créé son propre Code sous le règne de Hywel Dda autour de 940, les *Acts of Unions* de 1536 et 1543 ont aboli ce Code et unifié les systèmes gallois et anglais. Aujourd'hui, il n'existe pour l'Angleterre et le Pays de Galles qu'un seul et même système légal et judiciaire, archétype choisi pour représenter le droit britannique. Il ne sera alors pas fait mention des spécificités du droit des autres nations.

14. Ainsi, les deux systèmes, français et britannique, s'opposent en de nombreux points. Outre le fait qu'ils représentent l'opposition classique entre un droit écrit et codifié et un droit jurisprudentiel, c'est l'esprit du procès, et particulièrement du procès pénal, qui diffère.

Tout d'abord, le but recherché par le processus pénal n'est pas le même. La loi énonce qu'en France, le procès pénal a pour but premier la manifestation de la vérité. Le droit britannique, imprégné par le système de l'équité, attribue au processus pénal l'objectif du procès équitable. Si l'un et l'autre de ces objectifs ne sont pas radicalement opposés, l'incorporation par le biais de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF) de cet objectif du procès équitable montre les entorses à certains principes fondamentaux du droit français nécessaire à la cohabitation de ces deux principes.

De plus, le procès pénal prend une forme tout à fait différente. La justice française trouve ses garanties dans le statut des juges en charge de trancher les affaires. Le système français, plus largement, fait un usage très poussé de ses juges professionnels avec une magistrature composée de façon très singulière de nombreux magistrats spécialisés à chaque étape, ou presque, de la procédure. Cela montre l'importance donnée à ce corps du pouvoir judiciaire en France, lequel va jouer un rôle actif. Au contraire, le système britannique offre au juge un rôle de simple arbitre, en retrait. Plus encore, les juridictions britanniques, comme les juridictions françaises, ont recours pour les infractions les plus graves à la justice du peuple représentée par un jury populaire. Toutefois, et c'est une particularité du droit britannique, le juge professionnel connaît le droit seulement, alors que le jury connaît des faits. Le juge professionnel n'a donc pas la possibilité de guider le jury lors des délibérations, si ce n'est pas le biais de questions écrites. Ce rôle d'arbitre, en retrait dans la conduite du procès pénal, est surprenant connaissant la force légale *lato sensu* des décisions de justice.

15. Ces particularités ont nécessairement une incidence sur l'appréhension de la preuve testimoniale. L'histoire en a fait la démonstration puisque, ayant traversé les siècles et les cultures, cette preuve s'est vue tanto encensée, tanto dénigrée.

Elle apparaît dès les premières sociétés civilisées. Aux origines de l'histoire judiciaire, cette preuve orale avait une particulière importance puisque peu de personnes pouvaient écrire.²² Durant l'empire romain, le témoin, appelé *tristis* (le tiers à une situation donnée) pouvait être

²² Auteur inconnu « History of the law of evidence », *jurid Rev*, (1899) vol 11, p. 1

n'importe qui, allant de la personne juridiquement autonome (*sui juris*) ou celles étant sous le contrôle du *pater familias* (*alieni juris*). À l'époque, toutefois, les personnes frappées d'infamies étaient exclues. Avec elles, les femmes et les enfants ne pouvaient témoigner. Déjà le témoignage par « ouïe dire » n'avait aucune valeur.

16. Pourtant, la preuve testimoniale commence à connaître un déclin. Une certaine méfiance de la parole du témoin naît. Au début de l'Empire un seul témoignage pouvait avoir une valeur probante suffisante. Le développement du christianisme au cours du Bas-Empire introduit les préceptes de la morale dans le processus judiciaire. Ainsi, l'ancien testament²³ et l'évangile de Matthieu²⁴ prescrivent que le témoignage ne peut être unique. Alors, selon l'adage, *testis unus, testis nullus*, c'est-à-dire que le témoignage d'un seul n'est pas suffisant.

17. Si cette période marque le début du déclin de l'importance donnée à la preuve testimoniale, les francs placent cette preuve sur un second plan au profit du *justicium dei* (la justice de Dieu), qui prendra au VI^{ème} siècle le nom d'ordalie. Il n'est alors pas nécessaire de déterminer si les faits sont avérés sur la base de preuves rationnelles, ces ordalies permettant de vérifier si l'accusé est resté pur lorsqu'il a juré. Cette pratique, issues de rite païen, s'est christianisée, sans que l'église ne la voit d'un bon œil, car elles peuvent être d'une grande cruauté. En témoigne, par exemple, l'ordalie du cadavre, et notamment sa variante dans laquelle l'accusé est accroché au cadavre de la victime pendant trois jours, à l'issue desquels il sera déclaré pur s'il est toujours sain. À cette époque, la preuve par témoignage existait mais elle pouvait être « faussée » par l'accusé, ce qui signifie qu'elle était contredite, résultant en un duel entre le témoin et l'accusé.²⁵

18. À côté de ces preuves irrationnelles se développent des preuves « semi-rationnelles » consistant dans le fait pour l'accusé de jurer qu'il n'a pas commis le crime, serment soutenu par des témoins, lesquels constituent alors seulement une garantie du serment, sans témoigner personnellement.²⁶ En France, elle est appelée purgation.

²³ Deutéronome 17.6

²⁴ Matthieu 18 : 16

²⁵ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e ed, PUF, 2014, p. 200 para 97

²⁶ Encyclopédie *Britannica online* tiré de *Encyclopedia Britannica*

19. En 1215, le Pape Innocent III a aboli le recours aux ordalies et met en place un système inquisitoire orienté à nouveau vers la recherche des faits.²⁷ Si l'accusé choisit l'inquisition à la purgation, une enquête est ouverte. À l'époque, l'audition des témoins se fait dans le secret, l'accusé ne pouvant assister qu'à la prestation de serment. Dans cette nouvelle procédure, la preuve contraire des dires du témoin ne peut être rapportée que par un autre témoin, évitant ainsi de recourir au duel judiciaire.²⁸ Toutefois, le témoignage reste au second plan puisque l'aveu est la reine des preuves ou *probatio probatissima* ; le témoignage ne sera considéré que faute d'aveu.²⁹ Cette hiérarchie des preuves et le secret de l'audition des témoins pendant l'inquisition conduit à des abus et notamment au recours à la torture afin d'obtenir les aveux.³⁰

20. Le modèle inquisitoire gagne enfin les juridictions laïques par l'ordonnance de Colbert sur la procédure criminelle du 26 août 1670. Pour certains, ce passage d'un système accusatoire à un système inquisitoire marque le gouffre entre le droit continental et la *common law*.³¹ En Europe continentale le juge prend la responsabilité de procéder à la fois à la recherche de la vérité et au jugement des faits. Ce travail est divisé en *common law* entre les avocats qui procèdent à la recherche des faits d'une part, et le juge professionnel et le jury qui jugent d'autre part. Le système britannique repose toujours sur ce modèle accusatoire, dans lequel la police réunit les preuves, le *Crown prosecution service* utilise ces preuves pour soutenir son accusation devant un juge qui statuera sur la base des éléments présentés devant lui. Au contraire, la France, tirant les leçons de l'échec de l'adoption de l'un ou l'autre de ces systèmes, a fait le choix d'un système mixte. Chaque phase de la procédure se voit attribuer le système qui semble correspondre le mieux à son objectif. Globalement, ce système de transition va apparaître en 1808 avec le Code d'instruction criminelle qui va faire le distinguo entre la phase préparatoire du procès pénal et la phase sentencielle. La première, écrite et secrète, se rapproche du système inquisitoire, tandis que la seconde est orale et fait, dans le cas des procès criminels, participer le peuple.

21. Plus encore, il semblerait que la preuve testimoniale ait trouvé, dans la procédure orale du procès pénal, une place toute particulière. André Vitu considère à ce propos que « le

²⁷ IV^e Concile de Latran, 1215

²⁸ Jean-Marie CARBASSE, *op cit.* (n. 25) p. 200 para 97

²⁹ *Idem*, p. 201

³⁰ Encyclopédie *Britannica online* tiré de *Encyclopedia Britannica*

³¹ John H LANGBEIN, « Historical foundation of the law of evidence : a view from ryder sources » *Colum L Rev.*, (1996), p. 1168

magistrat peut se passer d'écrits, d'aveux, d'indices ; il peut difficilement juger sans des témoins, qui sont pour lui les yeux et les oreilles de la justice ». ³² Pourtant, cette preuve n'a jamais pris la place de l'aveu en tant que reine des preuves. Aujourd'hui, une telle qualification a été accordée à de nouveaux modes de preuves, scientifiques, et particulièrement la preuve par acide désoxyribonucléique (ADN). ³³ Et pour cause, face au silence des accusés, ou l'absence de témoin, la preuve ADN a permis de faire la lumière sur des affaires restées sans réponse, tel que ce fut très récemment le cas avec Nordhal Lelandais. ³⁴ À côté de cette preuve objective, non soumise aux aléas de la personne humaine, la preuve testimoniale fait l'objet de nombreux reproches, notamment quant à sa fiabilité.

22. Ce manque de fiabilité peut d'abord être tout à fait involontaire, naturelle et intrinsèque à la personne humaine. En ce sens, en 1999, Daniel Simons et Christopher Chabris se sont intéressés à l'attention sélective. ³⁵ L'expérience imaginée prend la forme d'une vidéo dans laquelle deux équipes de trois personnes se passent une balle de basket. Le spectateur doit compter le nombre de fois que les joueurs portant un haut blanc se passent la balle. Se concentrant sur le nombre de passes, aucun spectateur ne remarque le gorille qui traverse la pièce. ³⁶ Ainsi, le phénomène d'attention sélective empêche le témoin oculaire de voir des détails, même aussi gros qu'un gorille.

23. La faillibilité du témoin, même direct, mise en exergue ici, semble décuplée lorsque la scène est complexe et engage une implication morale, psychique plus importante. C'est ce que montre l'expérience menée par la *BBC two*, chaîne de service public britannique. Dans cette expérience, plusieurs volontaires sont trompés et deviennent témoins d'un faux meurtre commis à seulement quelques mètres d'eux. Quelques semaines plus tard, il leur ait demandé d'identifier l'auteur de l'homicide à partir de photos. Aucun des témoins ne fut capable de reconnaître le meurtrier et seul un témoin put le placer dans le *pub* au moment du crime. Plus

³² Roger MERLE et André VITU, *op. cit.* (n. 17) p. 214-215 para 171 citant Jeremy BENTHAM, *The rationale of evidence*, Londres, Vol. I, 1827

³³ Mathieu MARTINELLE, « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », *AJ pénal* (2018) p. 69180

³⁴ Matthieu CHAVANNE, « L'ADN, « reine des preuves », une place à redéfinir » *AJ pénal* (2021) p. 180

³⁵ Daniel SIMONS et Christopher CHABRIS, *The invisible gorilla : how our intuitions deceives us*, New York, HarperCollins, 2011

³⁶ Vidéo disponible : <https://www.youtube.com/watch?v=vJG698U2Mvo&t=67s>

inquiétant encore, plusieurs témoins ont identifié un innocent comme le meurtrier.³⁷ Ces deux expériences montrent la fragilité de la perception humaine.

Ainsi, contrairement à des preuves réelles, objectives, le témoignage ne peut être séparé de la personne du témoin, et de ses fragilités. De surcroît, bien que, selon la loi, le procès pénal a pour objet la manifestation de la vérité, cette dernière n'est souvent pas unique. Chaque vérité, chaque réalité est dépendante de l'esprit de celui qui l'énonce, si bien que tout est une question de perspective. Ne dit-on pas que ce sont les vainqueurs qui écrivent l'histoire ?³⁸ De plus, l'analyse d'une situation, la perception de l'environnement, est dépendante des connaissances et de la subjectivité de chacun.

24. Cette subjectivité oblige les juges, *lato sensu*, à toujours garder une certaine méfiance envers les propos tenus. Mais peut-être est-ce là la force du témoin. En effet, aucune preuve n'est sans défaut. Malgré de multiples efforts pour la trouver, la preuve parfaite n'existe pas. L'aveu n'est rien d'autre que la parole d'un seul, une vidéo n'est que l'image en une dimension d'un instant, sans qu'elle ne renferme pour autant une vérité absolue. Même la preuve ADN, actuelle reine des preuves, ne permet que de placer une personne à un endroit, et encore. Dans un effort de montrer les limites de cette nouvelle reine des preuves, Me Reviron donne l'exemple d'un homme que les analyses ADN plaçaient sur le lieu d'un crime qu'il n'avait pas commis, et manquaient de le placer sur la scène du crime qu'il avait effectivement commis.³⁹

25. Enfin, et malgré tous ses défauts, la preuve testimoniale reste une composante essentielle au système pénal dans le monde entier. Tel que le souligne François Poirié, « une histoire non racontée n'existe pas ». ⁴⁰ La parole amenant la dénonciation est alors essentielle. Cet enseignement peut être tiré de la situation de l'Italie du Sud notamment, territoire sur lequel la mafia continue de prospérer grâce à *l'Omertà* (loi du silence). Sans aller chercher aussi loin, la France connaît une telle loi du silence en matière de violences conjugales et familiales qui, selon des spécialistes, s'est intensifiée pendant le confinement dû au covid-19.⁴¹ Or, bien souvent, ces situations ne sont pas inconnues du voisinage qui devine les violences, mais choisit

³⁷ BBC, *Eyewitness*, épisode 1 - accessible sur le site de la BBC et sur youtube < https://www.youtube.com/watch?v=v_QbTX2qS10 > & < <https://www.youtube.com/watch?v=VZhcp6dOKds> >

³⁸ Robert BRASILLACH, *Frères ennemis* (1944)

³⁹ Patrice REVIRON, « ADN : la preuve parfaite ? », *AJ Pénal*, (2012) p.590

⁴⁰ François Poirié, *Comme une apparition*

⁴¹ William ROUMIER, « Violences sexuelles : le confinement renforce la « loi du silence » pesant sur les victimes », *Droit pénal* n° 6, (2020), p. 58

de les ignorer. Ce sont pourtant ces dénonciations qui, dans la majeure partie des cas, permettent que justice soit faite.

26. Il s'agit alors de se demander comment le droit britannique et français s'est saisi de ces enjeux. Plus précisément, il conviendra de déterminer dans quelle mesure ces deux systèmes, radicalement différents, ont adopté des modèles permettant une utilisation fiable et adéquate de cette preuve en droit pénal.

27. Les dispositions prévues dans les deux juridictions pour garantir l'usage le plus efficient possible de ce mode de preuve sont prévues à deux niveaux. Tout d'abord, la fiabilité de la preuve est assurée par les règles d'admissibilité de la preuve devant les juridictions (Partie I). Toutefois, ces règles sont loin d'être suffisantes si bien que les législateurs français et britannique ont poursuivi leurs efforts de garanties par l'édiction de règles protectrices dans la mise en œuvre de cette preuve testimoniale (Partie II).

TITRE Ier - L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE

TESTIMONIALE

28. L'ambivalence de la preuve testimoniale amène les législateurs français et britannique à rechercher un équilibre dès la phase d'admissibilité de la preuve testimoniale. Cela constitue alors un réel filtre permettant de desceller et d'exclure les témoignages non-fiables. En effet, ce qui n'est pas produit devant la Cour ne peut pas vicier la procédure. Il est alors procédé à une balance tant dans la place que prend la preuve testimoniale dans le régime de la preuve (Chapitre 1) que dans l'acquisition du statut de témoin (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La place de la preuve testimoniale dans le régime de la preuve

29. Afin de saisir les enjeux de la preuve testimoniale et de la comprendre, il est d'abord nécessaire de s'intéresser à la place qu'elle tient dans le procès pénal. Plus précisément, la preuve testimoniale ne peut être comprise que lorsqu'elle est mise en confrontation avec la pierre angulaire du droit de la preuve pénale : le principe de liberté de la preuve (Section 1). Si cette preuve est admissible au même titre que tout autre mode de preuve, elle a néanmoins une place toute particulière puisqu'il existe un droit au témoin particulièrement important en matière pénale (Section 2).

Section 1 – Le principe de liberté de la preuve comme pierre angulaire du droit de la preuve

30. Le régime de la preuve constitue un premier rempart contre la preuve faillible. Les législateurs français et britannique ont choisi de consacrer le principe de liberté de la preuve, lequel se traduit en deux grands principes : la preuve est libre en droit pénal (§1) et l'appréciation du juge est souveraine (§2).

§1. Le système de la preuve libre

31. La recherche de la preuve est régie, en droit pénal français et britannique, par le système de la preuve libre (A). Toutefois, une telle liberté pouvant résulter en des abus, la libre administration de cette preuve n'est pas sans limite (B).

A/ Le principe de preuve libre

32. Le système de la preuve libre est la première conséquence du principe de liberté de la preuve. S'opposant au système de la preuve légale, il signifie que tout mode de preuve est admissible. En d'autres termes, « tous les moyens employés pour faire la preuve » sont admissibles.⁴² À l'inverse, le système de preuve légale est celui dans lequel la preuve ne peut être rapportée que par des modes spécifiques définis par la loi.

33. Le législateur français a choisi de faire la distinction entre le système consacré pour la matière pénale, gouverné par la liberté de la preuve, et celui consacré pour la matière civile, par la preuve légale. Ainsi, l'article 427 du Code de procédure pénale dispose que : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. ».

34. Pourtant, un tel principe n'est pas consacré de façon aussi claire au Royaume-Uni. Bien que la preuve soit libre en principe, la doctrine britannique considère que les modes de preuves peuvent prendre seulement trois formes : orale, écrite et réelle.⁴³ Néanmoins, cette classification est très large ce qui permet d'incorporer tous les modes de preuves utilisés dans les procédures françaises. Il est à remarquer que la preuve orale est toujours traitée en premier. En toute hypothèse, cela suggère l'importance particulière de cette forme de preuve dans le système britannique.⁴⁴

35. Toujours est-il qu'en droit français comme en droit britannique, la preuve de l'infraction peut être rapportée par n'importe quel mode de preuve sans que cela ne préjuge de la force probante de celui-ci. Comme le soulignent les Professeurs Merle et Vitu, diverses raisons expliquent cette liberté de la preuve. Tout d'abord, le procès pénal consiste à établir les faits et

⁴² S. GUINCHARD & J BUISSON, *Procédure pénale*, 11^e ed, LexisNexis, Manuels, 2018, para 519.

⁴³ Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*, 13^e ed, Oxford, OUP, 2020, p. 11

⁴⁴ Andrew L-T CHOO, *Evidence*, 5^e ed, Oxford, OUP, 2018 p. 7 ; *ibidem* p. 11 ;

non des actes juridiques. Il n'est pas possible, ou alors très rare (et surtout jamais de façon intentionnelle), que la preuve soit préconstituée contrairement à la pratique en matière civile. Les coupables agissent rarement à visage découvert et « s'efforcent de masquer leurs agissements et de faire disparaître les traces qui pourraient les compromettre ». ⁴⁵ Ainsi, exiger du Ministère public, sur lequel repose la charge de la preuve, de rapporter la preuve d'une infraction selon un système légal de preuve reviendrait souvent à lui imposer de rapporter une preuve impossible.

36. Néanmoins, une liberté de la preuve sans aucune limite ne serait pas viable. Des restrictions ont alors été consacrées quant à l'admissibilité de la preuve.

B/ L'admissibilité restreinte de la preuve

37. Les deux systèmes admettent des restrictions dans l'admissibilité de la preuve. Néanmoins, les moyens employés sont différents. Le Royaume-Uni adopte principalement des restrictions tenant au contenu de la preuve par la nécessité pour celle-ci d'être en rapport avec les faits (1). À l'inverse, la France se concentre sur ses modes d'obtention, notamment par les principes de loyauté et de dignité de la preuve (2).

1. Exclusion de la preuve sans rapport avec les faits (*relevance*)

38. Au Royaume-Uni, que ce soit en matière civile ou pénale, l'admission d'une preuve sera conditionnée principalement à l'intérêt qu'elle représente pour l'affaire. Plus précisément, le critère retenu par la jurisprudence est celui de la *relevance*, ou de la pertinence en français.

39. La définition classique de la pertinence ou *relevance* en anglais, a été donnée à l'article premier du *Digest of the law of evidence* :

deux faits quelconques auxquels elle s'applique sont liés entre eux de telle sorte que, selon le cours commun des événements, l'un, pris isolément ou en relation avec les autres, prouve ou rend probable l'existence ou la non-existence passée, présente et future de l'autre. ⁴⁶

⁴⁵ Roger MERLE & André VITU, *op. cit* (n. 17) p. 193 para 152

⁴⁶ Sir James FITZJAMES STEPHEN, *Digest of the Law of Evidence*, 12e ed, Londres, 1936 : "any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the common course of events one either taken by itself or in connection with the other facts proves or renders probable the past, present and future existence or non-existence of the other."

40. James Fitzjames Stephen considère que le principe de la pertinence procède en réalité d'un syllogisme, un lien de déduction entre l'élément de preuve et le fait à prouver. Curieusement, l'exemple donné par la doctrine pour expliquer le principe de la preuve est celui de mobile : à choisir entre deux personnes qui ont possiblement commis un meurtre, c'est celle qui a un mobile qui est le plus probablement coupable.⁴⁷ Ce raisonnement par syllogisme, classique pour les juristes français, est peu connu des britanniques qui ne l'utilisent que ponctuellement, selon une méthode qui, semble-t-il, se rapproche d'une présomption.

41. À côté de cette définition doctrinale, la Chambre des Lords a donné une définition jurisprudentielle, peut-être plus pertinente. Lords Simon of Glaisdale dans *l'affaire DPP v Kilbourne* [1973] AC 729 tel que :

Un élément de preuve est pertinent s'il est logiquement probant ou réfutant pour une question qui doit être prouvée. [...] Il suffit de dire, même au risque d'une tautologie étymologique, qu'une preuve pertinente est une preuve qui rend plus ou moins probable ce qui doit être prouvé.

Au regard de cette définition, il est possible de dire que le système britannique se rapproche alors grandement du système français puisque la définition de la pertinence reste très large.

Toutefois, tous les juges n'ont pas la même interprétation de ce critère. La doctrine, notamment soutenue par John Henri Wigmore, considérait que cette pertinence ne se résume pas la seule pertinence de l'élément, dite « logique », mais devait être accompagnée d'une plus-value.⁴⁸ Lord Hoffmann en a fait la même analyse.⁴⁹ Mais cette définition reste très obscure et a souvent été critiquée, notamment parce qu'elle résulte d'une confusion entre le principe de l'admissibilité de la preuve et de sa force probatoire. S'interroger sur le degré de probabilité qu'ajoute cette preuve à l'existence de l'infraction ne revient-il pas à s'interroger sur sa force probante ? Or, l'admissibilité est une question de droit, là où la force probante est une question de fait. En ce sens, par une définition moins attentatoire à cette distinction, Lord Steyn dans *l'affaire R v Randall* considère que « la pertinence est une question de degré déterminée, en grande partie, par le bon sens et l'expérience ».⁵⁰

⁴⁷ Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op. cit.* (n. 43) p. 23.

⁴⁸ JH WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, Vol 1A, 1974 in Choo, *op. cit.* (n 44) p. 3.

⁴⁹ L H HOFFMANN, « Similar Facts after *Broadman* », *Law Quarterly Review* (1975), vol 91, p. 204 à 206.

⁵⁰ [2004] 1 WLR 56, para 56.

42. Cette distinction est particulièrement importante en droit britannique puisqu'elle permet de délimiter l'office des juges des faits – le jury – et des juges du droit – le magistrat professionnel –. Alors, une appréciation du juge du droit sur l'admissibilité de la preuve ne pourra pas préjuger de l'appréciation qu'en auront les juges des faits. Ce système permet alors une certaine étanchéité entre admissibilité et force probante dont on présume capables les juges professionnels en France.

Ainsi, une preuve pourra être refusée non seulement lorsqu'elle n'est pas pertinente, mais aussi lorsqu'elle ne l'est pas suffisamment.

43. Cela a un impact important sur la preuve testimoniale puisque certains témoignages seront considérés comme non-pertinent par principe. Le juge pourra décider d'exclure certains témoignages superflus et ainsi ne pas s'encombrer d'une preuve d'une fiabilité incertaine. Par exemple, en France comme au Royaume-Uni, une grande place est donnée à la personnalité de l'auteur d'une infraction. Cela participe du principe de personnalisation des peines.⁵¹ Néanmoins, la pratique du jeu judiciaire au Royaume-Uni va plus loin, et il arrive que, pour corroborer les dires d'un témoin, une partie soit tentée d'appeler un autre témoin à la barre afin d'attester de la fiabilité du premier. Ce témoignage de « good character » n'est, en règle générale, pas admissible car considéré comme non-pertinent.⁵² C'est le cas aussi lorsque le procès concerne une incrimination de responsabilité stricte (*offense of strict liability*) pour laquelle il n'est nullement exigé que soit démontré le *mens rea*, c'est-à-dire l'intention de l'auteur. Dans ce cas, toute preuve tendant à la démonstration de son intention ou, au contraire, à son absence d'intention sera considérée comme non-pertinente et donc non-admissible.⁵³ Ce critère de la pertinence complexifie nettement l'appréhension de la preuve : une preuve pourrait être admissible pour un fait mais pas pour un autre. De même, il arrive que la preuve ne soit rendue admissible que sous certaines conditions, c'est notamment le cas lorsque la pertinence d'une preuve n'est révélée que par l'existence d'une autre preuve.

44. Si le critère de la pertinence a une place prédominante en droit britannique, il n'est pas étranger au droit français. En ce qui concerne les témoins plus précisément, le Code de procédure pénale pose des limites à leur intervention en précisant que le témoin ne peut déposer

⁵¹ Code pénal, articles 132-24 et suivants

⁵² Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op. cit* (n 6) p.25

⁵³ *R v Sandhu* [2002] 2 Cr App R 311

que sur les faits reprochés à l'accusé, sur la personnalité ou sur la moralité de ce dernier.⁵⁴ Il a alors été admis que le président de la juridiction pourra mettre fin à un témoignage lorsque, lors de sa déposition, il devient clair que le témoin ne pourra apporter des éléments l'un ou l'autre de ces thèmes.⁵⁵

45. Outre cette condition tenant au contenu de la preuve, certaines limites sont apportées aux modes de collecte de la preuve.

2. Exclusion de la preuve déloyale ou indigne

46. En droit français, la plus importante limite à la liberté de la preuve est celui de la nécessaire loyauté de la preuve. En effet, si tout mode de preuve peut être admissible, la jurisprudence a de longue date admis que les autorités publiques ne devaient procéder au recueil de la preuve que par des procédés loyaux.⁵⁶ Ainsi, de manière générale, la Cour de cassation sanctionne tout procédé qui « élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense »⁵⁷ ou a eu un tel effet. La jurisprudence, très fournie en la matière, réprime globalement tout stratagème, mais plus particulièrement les provocations à la commission de l'infraction, la provocation à la constatation de la preuve d'une infraction faisant l'objet d'une tolérance.

47. Ce principe ne s'applique cependant pas aux parties privées, quelles qu'elles soient. C'est ainsi que la jurisprudence a admis des preuves, qui pourtant auraient pu être considérées comme déloyales venant des autorités publiques au motif qu'elles émanaient d'un témoin.⁵⁸

48. De façon tout à fait surprenante, alors que le principe d'équité irrigue le système britannique, la même règle ne s'applique pas au Royaume-Uni, du moins pas de façon aussi stricte. En droit britannique, les modes de recueil de la preuve sont, de prime abord, sans incidence sur l'admissibilité de la preuve. Ce principe a été établi depuis la célèbre expression du juge Crompton dans l'affaire *Leatham* : « la façon dont vous l'obtenez n'a pas d'importance ; si vous le volez, il sera admissible comme preuve ».⁵⁹

⁵⁴ Code de procédure pénale, article 331 alinéa 4

⁵⁵ Cass. crim, 31 janvier 1979, n°78-92.140

⁵⁶ Chambres réunies, 31 janvier 1888, Wilson ; Cass Crim, 12 juin 1952, Imbert

⁵⁷ Cass crim, 16 décembre 1997, *Bull crim* n°427

⁵⁸ Cass crim, 30 mars 1999, *Bull crim* n°59

⁵⁹ *Leatham* (1861) 8 Cox CC 498, 501.

49. La doctrine britannique est assez critique d'un tel principe. Daté du XIX^{ième} siècle, ce principe continue d'être appliqué, alors que le rôle et les pouvoirs de la police ont radicalement évolués. Les forces de police ont été rapprochées du ministère de la Justice et se sont vues octroyer de plus en plus de pouvoirs notamment depuis le *Police and Criminal Evidence Act* de 1984.⁶⁰ Le policier n'est plus aussi indépendant qu'auparavant.

50. Néanmoins, le juge pourra toujours prendre la décision d'exclure de telles preuves, et cela sur la base de quatre grands principes. Le premier, le *reliability principle*, regroupe les cas dans lesquels la preuve a été obtenue d'une manière qui a méconnu les garanties créées spécialement pour préserver l'intégrité de la déclaration. Le juge peut aussi exclure une preuve au motif qu'elle a méconnu le principe d'intégrité. Par-là la Cour se dissocie de la façon dont a été acquise cette preuve afin de maintenir l'intégrité du procès pénal. Ensuite, la Cour peut également exclure une preuve obtenue de façon illégale ou de façon indigne de la « discipline » policière, et par la même décourager les policiers d'utiliser de tels procédés. Enfin, selon le *right based principle*, la Cour devra exclure les preuves obtenues en méconnaissances des droits de la défense de l'accusé.⁶¹ Par ces quatre grands principes, le système britannique se rapproche du système français. Toutefois, une distinction subsiste. Là où de telles preuves seront, par principe, inadmissibles en droit français, l'exclusion de celles-ci en droit britannique sera laissée à l'appréciation du juge.

51. Au-delà de la preuve déloyale, la jurisprudence en France comme au Royaume-Uni s'accorde à exclure les modes de preuves obtenues par la torture. C'est ainsi quand dans une décision *A v Secretary of State for the Home Department (No. 2)*, la Chambre des Lords a exclu les preuves obtenues par la torture.⁶² De même, la France consacre le principe de dignité de la preuve. Toutefois, elle a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour méconnaissance de ce principe, notamment dans l'affaire *Darraj c/ France* concernant un mineur ayant subi des violences policières.⁶³ Si les affaires concernées portent en générale sur les suspects eux-mêmes, afin de leur soutirer des aveux, de tels procédés sont évidemment interdits à l'encontre des témoins.

⁶⁰ Ian DENNIS, *op cit* (n 15) para 8-004

⁶¹ Adrian KEAN & Paul MCKEOWN, *op cit*. (n 43) p. 321 et 322

⁶² *A v Secretary of State for the Home Department (No. 2)* [2005] UKHL 71 dans [2006] 1 All ER 575 : perpétrée par des autorités étrangères, sans la complicité des autorités britannique

⁶³ CEDH, 4 novembre 2010, n°34588/07

52. En outre, tel qu'évoqué précédemment l'admissibilité de la preuve ne préjugera pas de sa force probante, laquelle est, en principe, laissée à l'appréciation du juge du fond.

§2. L'attribution de la juste force probante par le juge.

53. Le principe d'appréciation souveraine de la force probante par les juges est la deuxième composante de la liberté de la preuve. L'attribution de la force probante adéquate constitue une nouvelle occasion de prévoir des remparts contre les mauvais témoignages. Il est alors fait confiance à l'appréciation souveraine du juge du fond (A). Toutefois, ces derniers n'étant pas sans failles, ce principe n'est pas absolu et connaît des limites (B).

A/ Le principe de l'appréciation souveraine de la force probante par le juge

54. Il y procédera de façon directe en prenant ou non en compte cette preuve dans la constitution de son intime conviction (1) mais aussi par une appréciation indirecte de cette force probante dans l'analyse de l'admissibilité de la preuve (2).

1. La norme de « l'intime conviction » et du « doute raisonnable »

55. L'article 427 du Code de procédure pénale dispose que le juge décide selon son intime conviction, ce qui implique qu'il apprécie librement la force probatoire des éléments présentés devant lui.⁶⁴ Comme nous l'avons vu, la loi ne se borne qu'à régler les conditions de recherche et de production de preuve.

56. En France, la norme de l'intime conviction donne une certaine latitude au juge professionnel qui, par son expérience, pourra desceller les imperfections d'un témoignage et donc y attribuer la valeur probante adéquate. Toutefois, ce système ne devrait pas dispenser d'une certaine logique, méthode, appliquée par le juge, sans laquelle on basculerait dans l'arbitraire.

57. Cette façon de juger pose des problèmes en particulier en ce qui concerne les affaires dans lesquelles interviennent des jurés. En effet, ceux-ci n'ont pas le privilège de l'expérience afin de déterminer la fiabilité d'une preuve et de son poids par rapport à une autre. Or, la seule indication qui leur est donnée par le président de la Cour d'assises est celle prévue à l'article

⁶⁴ Roger MERLE & André VITU, *op. cit* (n. 17)

353 du Code de procédure pénale qui doit être prononcée avant que les jurés se retirent pour délibérer, leur expliquant que, « sous réserve de l'exigence de motivation de la décision », les jurés n'ont qu'à se poser une question, en leur âme et consciences, « Avez-vous une intime conviction ? ».

58. Cette peur de l'arbitraire est renforcée par le fait qu'il n'existe pas d'obligation de motivation des décisions de Cour d'assises. Cela procède de l'idée que, pour protéger le juré et son intime conviction, il doit nécessairement exister un secret des délibérés. Néanmoins, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2018 a considéré que l'application jurisprudentielle de l'article 365-1 du Code de procédure pénale interdisant la motivation des peines criminelles,⁶⁵ était contraire aux articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qu' :

il appartient au législateur, dans l'exercice de sa compétence, de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies ainsi que dans le prononcé et l'exécution des peines.⁶⁶

59. Depuis lors, l'alinéa 2 de cet article 365-1 prévoit la motivation des peines criminelles. L'intime conviction n'est alors pas seulement un sentiment général persistant à l'issue de la présentation des preuves mais doit s'appuyer sur des éléments factuels.

60. Outre cette obligation de motivation qui constitue une première garantie contre l'arbitraire, l'inexpérience du jury est, en droit français, contrebalancée par la composition de la Cour, laquelle n'est pas constituée que du jury mais aussi de magistrats professionnels. Forts de leur expérience, ils pourront guider les jurés lors des délibérés.⁶⁷

61. Cette garantie n'est pas présente en droit britannique puisque le juge professionnel n'étant que le juge du droit, l'appréciation de la véracité des faits est alors laissée à la seule discrétion du jury et d'après un standard qui est aujourd'hui largement remis en cause, celui de l'absence de doute raisonnable. Plus particulièrement, le danger est que les jurés procèdent par un raisonnement par analogie en créant des faits qui n'existent pas afin de remplir des situations

⁶⁵ Cass. crim., 8 févr. 2017, n° 15-86914, n°16-80389 et n°16-80391

⁶⁶ Conseil constitutionnel, 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC

⁶⁷ Alain BLANC, « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction », *AJ pénal* (2005), p. 271

restées encore inconnues.⁶⁸ En outre, même lorsque la preuve leur est présentée, et plus particulièrement celle d'un témoin, des recherches ont démontré que les jurés étaient le plus souvent incapables de déterminer si le témoin mentait ou s'il disait la vérité.⁶⁹

62. Cette difficulté est augmentée par le choix du standard de la preuve. En effet, au Royaume-Uni, les jurés doivent décider de la véracité des faits lorsqu'ils sont convaincus de la culpabilité « au-delà d'un doute raisonnable ». Cette formule interpelle nécessairement en France. De prime abord, les normes de la preuve sont opposées puisque, selon le Petit Robert, l'antonyme de la conviction est le doute. Plus encore, selon l'adage *in dubio pro reo*, l'existence d'un doute, quel qu'il soit, doit profiter à l'accusé. Le système britannique raisonne de façon plus pragmatique en considérant que parvenir à une certitude absolue est impossible. En ce sens, certains auteurs souhaitent le remplacement de ce standard par celui de l'exclusion de doutes réalistes.⁷⁰

63. Ces discussions sur les termes de la norme de la preuve choisie sont révélatrices de ce que les jurés ne semblent pas comprendre ce que signifie ce palier du « beyond reasonable doubt » ou même des autres expressions utilisées par les juges. Cela a été confirmé par deux études sur la compréhension du jury de la norme de preuve. Selon ces études, une majorité de jurés considère effectivement que la norme de la preuve exige d'être certain à cent pour cent de la culpabilité de l'accusé.⁷¹ Néanmoins, et cela est souligné par les auteurs, ces études ont été réalisées avec des jurés fictifs, seuls et sans contexte réel. Ainsi, il n'est pas certain que les jurés auraient appliqué un standard aussi élevé dans un procès réel.

64. Bien que la majorité de la doctrine s'accorde sur l'impraticabilité de ce standard, ce n'est pas le cas de tous. Le professeur Heffer explique qu'il existe deux visions de la certitude. Dire qu'il est impossible d'être sûr à cent pour cent de quelque chose relève de la « certitude formelle ». Cette certitude formelle s'oppose à la « certitude fonctionnelle » pour laquelle on recherche une certitude pratique ou subjective. Dans ce cas, les jurés n'auraient besoin d'être

⁶⁸ Adrian KEAN & Paul MCKEOWN, *op cit* (n 43) p. 321 et 322

⁶⁹ Aldert VIRJ, *Detecting lies and deceit: Pitfalls and opportunities*, John Wiley & Sons, 2008

⁷⁰ Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, « Time to abandon “beyond reasonable doubt” and “sure”: the case for a new direction on the criminal standard and how it should be used », *Crim LR*, 2019, p. 505

⁷¹ John W MONTGOMERY, « The criminal standard of proof », *NLJ* (1998), vol 148, p. 582 ; voir aussi M ZANDER, « The criminal Standard of proof », *NLJ*, (1998), vol 150, p. 1517 ; ou encore Lily TRIMBOLI (Bureau des statistiques criminelles et de recherche du *New South Wales*) « Jurors understanding of judicial instructions in criminal trials » *Crime and Justice* (2008) *Bull n°119*, p. 10

convaincus que par l'histoire globale.⁷² Pourtant, avec cette vision, nous pourrions une fois de plus aboutir à un seuil de conviction trop faible. Dans tous les cas, le standard prévu par les juridictions britanniques n'est pas approprié à la tâche dévolue aux jurés, qui n'en comprennent pas le sens.

65. Dans le même esprit que ce qui est fait par les juridictions françaises mais de façon plus extensive, le juge professionnel clôture les débats par un résumé de l'affaire et des preuves présentées à la Cour et explique ce qu'est un doute raisonnable. Toutefois, il semblerait que les juges professionnels britanniques ne comprennent pas non plus toujours le sens de cette expression. Ce fut la réflexion de Lord Gobbard à l'occasion de sa décision dans l'affaire *Summers* : « Je n'ai encore jamais entendu un tribunal donner une définition satisfaisante de ce qu'est un doute raisonnable, et il serait bien préférable que les résumés n'utilisent pas cette expression... ».⁷³

66. Il existe alors d'importantes lacunes en droit britannique au regard de ce seuil du doute raisonnable qui peut être particulièrement gênant au regard de l'état de droit. C'est ce qui a amené la jurisprudence britannique à développer des moyens détournés pour contrebalancer les risques d'arbitraire.

2. L'appréciation indirecte de la force probante par le juge du droit

67. Ainsi, le droit britannique distingue le juge du droit et le juge du fait. Les juges professionnels n'ont donc, en théorie, pas à porter d'appréciation sur la force probante des pièces présentées devant la Cour. Néanmoins, les notions d'admissibilité et de force probante étant très proches en droit britannique, le juge du droit sera amené à porter une appréciation sur ces preuves, et cela à deux niveaux.

68. Tout d'abord, en appréciant l'admissibilité, la juge pourra, dans sa pleine discrétion, écarter une preuve lorsque sa pertinence est supplantée par la confusion qu'elle pourrait provoquer dans l'esprit des jurés.⁷⁴ C'est ce que la chambre des Lords a admis de façon unanime. Dans l'affaire *Sang*, elle a donné au juge le devoir de veiller à ce que l'accusé bénéficie

⁷² Chris N HEFFER, « The Language of Conviction and the Conviction of Certainty: Is 'Sure' an Impossible Standard of Proof? », *International Commentary on Evidence*, (2007), vol 5 (1), p. 14

⁷³ *R v Summers* (1952) 36 Cr. App. R. 14, p. 15

⁷⁴ *R v Christie* [1914] AC 545

d'un procès équitable. Elle se doit donc de refuser d'admettre une preuve légalement admissible si, à son avis, son effet préjudiciable sur l'esprit du jury l'emporte sur sa véritable valeur probante de l'élément présenté devant eux.⁷⁵ Tel que le précise Lord Scarman, c'est alors une décision éminemment subjective qui doit se baser sur une appréciation *in concreto* des faits en présence.⁷⁶ Il est alors procédé à une balance des intérêts, laquelle doit nécessairement prendre en compte la force probante de l'élément en question. Ainsi, le témoignage incertain pourra être exclu dans le seul but d'éviter la confusion. N'existe-t-il pas là un parti-pris sur la version des faits qui sera présentée à la Cour ?

69. Toutefois, il est à noter qu'une telle exclusion discrétionnaire n'est possible qu'à l'encontre de preuves rapportées par l'accusation, et non par la défense, même lorsqu'elle consiste en une preuve d'un accusé contre son co-accusé, permettant des stratégies de défense entre les deux accusés.⁷⁷

70. En outre, le juge du droit pourra apporter son appréciation sur les preuves présentées à la Cour au moment de son résumé de l'affaire, réalisé juste avant que le jury ne se retire pour délibérer. En effet, selon la section 25.14 des *Criminal Procedure Rules* de 2020, le juge se doit de donner au jury des indications quant à la loi applicable en l'espèce ainsi que faire un résumé des preuves pertinentes qui ont été présentées devant la Cour. La jurisprudence, notamment dans la décision de la Cour d'appel *R v O'Donnell*, a admis que, lors de son résumé, le juge a le droit de commenter la pertinence des preuves admises, à condition de ne pas usurper la fonction du jury en tant que tribunal des faits.⁷⁸

71. Il est alors clair que la loi britannique *lato sensu* a une certaine méfiance dans la capacité du jury à donner aux preuves présentées devant lui la force probante adéquate, particulièrement pour les preuves testimoniales.

B/ Les restrictions légales à l'appréciation souveraine du juge

72. Si la force probante est un attribut de l'office du juge, il arrive que soit déroger à cette liberté par le jeu de présomptions légales. Cela peut être nécessaire pour faciliter le processus

⁷⁵ *R v Sang* [1980] AC 402

⁷⁶ *ibidem* p. 456

⁷⁷ *Lobban v R* [1995] 1 WLR 877

⁷⁸ (1917) 12 Cr. App. R. ; voir aussi *R v Canny* (1945) 30 Cr. App. R. 143

de recherche, ou encore pour des actes d'une importance telle que leur force probante ne peut être laissée à l'appréciation du juge.

73. Le système français comme le système britannique ont admis des présomptions, simples ou irréfragables faisant ainsi entorse à l'appréciation souveraine du juge.

En droit français, par exemple les procès-verbaux d'audition vont nécessairement avoir une force probante supérieure à tout autre mode de preuve, bénéficiant d'une présomption de bonne foi, donc de fiabilité. En effet, selon l'article 431 du Code de procédure pénale,

Dans les cas où les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire ou les fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire ont reçu d'une disposition spéciale de la loi le pouvoir de constater des délits par des procès-verbaux ou des rapports, la preuve contraire ne peut être rapportée que **par écrit ou par témoins**.

74. Il est à remarquer que ces dispositions constituent des exceptions, non seulement au principe d'appréciation souveraine du juge, mais aussi au principe du système de la preuve libre. En effet, la preuve contraire ne pourra être rapportée que sous deux formes : l'écrit et le témoin. Il en va de même pour la constatation de contravention, prévue par l'article 537 du Code de procédure pénale.

75. Néanmoins, le témoin garde une place privilégiée, faisant partie de la liste limitative des modes de preuves permettant de rapporter la preuve contraire. Dans ces hypothèses, le passage à une restriction des modes de preuves admissibles ne changera rien pour l'admissibilité de la preuve par témoin. Cette place privilégiée de la preuve par témoin a été réaffirmée dans une décision du 4 mars 2014 dans laquelle la chambre criminelle adopte une interprétation large de la loi en excluant en matière contraventionnelle les cas des témoins reprochables.⁷⁹ Ainsi, les témoins ayant un lien de parenté avec l'auteur d'une contravention pourront témoigner, contrairement à ce qui est possible en matière criminelle.⁸⁰

76. Il n'existe pas d'équivalent en droit britannique. La *common law* connaît de preuves de nature à établir un fait de façon irréfragable. L'exemple classique en la matière est la section 21 (a) du *State Immunity Act* de 1978 dans lequel il est spécialement prescrit qu'un certificat fait

⁷⁹ Cass. crim., 4 mars 2014, n°13-81.135 *Bull crim n°64*

⁸⁰ Albert MARON et Marion HAAS, « Pas de témoin reprochable en matière contraventionnelle », *Droit pénal* n° 5, (2014), comm. 82

par le Secrétaire d'État aux affaires étrangères est une « conclusive evidence » qu'un pays est un État (au regard de la partie première de cette loi) ou qu'une personne est considéré comme un chef de gouvernement à cet égard. En matière pénale, l'arrêt fondateur de ces modes de preuves admis en matière pénale en ce qui concerne la banqueroute.⁸¹ Que ce soit la présomption légale ou celle posée par la jurisprudence, il sera exigé dans les deux cas qu'un écrit soit formulé pour parvenir à cette présomption irréfragable. La preuve contraire étant exclue, la place de la preuve testimoniale dans ces procédures est réduite à néant.

77. Ainsi, malgré les restrictions à sa présentation au juge, la preuve testimoniale garde une place privilégiée dans le processus pénal laquelle s'explique aussi par l'existence d'un droit au témoin.

Section 2 - Le droit au témoin

78. Si le droit au témoin est une notion qui existe tant en droit continental qu'en *common law*, il trouve sa source dans le droit international. Plus précisément, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales stipule en son article 6§3(d) que :

Tout accusé a droit notamment à [...] interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

La Cour européenne des droits de l'Homme a alors précisé cette notion dans sa jurisprudence, laquelle divise en réalité ce droit en deux prérogatives distinctes de l'accusé que sont le droit de faire citer un témoin (§1) et le droit de confrontation au témoin (§2).

§1. Le droit de citation du témoin

79. Ce droit de citation octroie aux parties la possibilité de faire entendre les témoins qu'elles jugent utile à leur cause. En droit britannique, cette prérogative est renforcée par la forme que prend le procès pénal : le juge n'étant qu'un arbitre au débat, la jurisprudence

⁸¹ *R v Robinson* (1867) LR 1 CCR 80

britannique a développé le principe d'autonomie des parties, selon lequel ce sont les parties qui décident quels témoins comparaitront devant le tribunal.

Selon ce principe, la défense a le droit, et non l'obligation, d'appeler des témoins à leur cause.⁸² À l'inverse, le principe d'autonomie des parties n'autorise pas seulement l'accusation à faire citer des témoins, mais lui en fait l'obligation. Dans cet arrêt *Brown and Brown*, la Cour précise les circonstances dans lesquelles l'accusation peut appeler les témoins et quels témoins il a le droit, ou l'obligation de faire citer.⁸³ Les dispositions consacrées sont particulièrement ambivalentes puisque l'accusation doit, à la fois, présenter son « dossier », et donc son argumentaire contre la personne poursuivie, mais doit aussi agir dans l'intérêt de la justice. Si cette disposition peut sembler superflue, elle a pour conséquence essentielle d'interdire à l'accusation de refuser de faire comparaître un témoin simplement parce que son témoignage ne correspond pas exactement à la position défendue. Pour autant, elle pourra écarter un témoin qu'elle considère aller complètement contradictoire avec son argumentaire. La nuance n'entre « pas exactement » cohérente et « complètement » incohérente est très légère, ce qui peut engendrer des abus. Ces derniers pourront en partie être compensés par le pouvoir fait au juge d'appeler des témoins, bien que ce dernier reste limité.⁸⁴

80. Ce droit pour la défense de faire citer tous témoins qu'elle estime utiles existe aussi en France.⁸⁵ Contrairement à la procédure pénale britannique qui est essentiellement tournée vers la citation de témoin devant les juridictions, le droit de faire entendre son témoin existe dès la phase d'instruction en France. Au cours de cette phase du procès, c'est au juge d'instruction qu'il appartient de décider des témoins qu'il considère opportun d'entendre.⁸⁶ À ce moment-là de la procédure, aucune des parties n'a le pouvoir de faire entendre directement un témoin mais peuvent passer par des moyens indirects. En ce qui concerne le ministère public, en vertu du Code de procédure pénale, pouvant faire procéder à tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité, il pourra requérir l'audition d'un témoin.⁸⁷ De même, depuis 1993,⁸⁸ les autres parties à la procédure, partie civile et mis en examen ont la possibilité de solliciter le juge

⁸² Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 16) para 13-004

⁸³ *Brown and Brown* [1997] 1 Cr App R 112

⁸⁴ *R v Gratton* [1993] QB 101 & *R v Haringly JJ ex p DPP* [1996] 2 WLR 114

⁸⁵ Cass. crim., 30 mai 1995, DP 1996 n°181

⁸⁶ Code de procédure pénale, article 101

⁸⁷ Code de procédure pénale, article 82

⁸⁸ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

d'instruction afin qu'il entende un témoin.⁸⁹ Dans ces deux cas, le juge d'instruction qui refuse de procéder à une telle audition devra rendre une ordonnance motivée qui pourra être frappée d'appel.

81. Mais la phase dans laquelle le droit de faire citer un témoin prend tout son sens est la phase de jugement. En revanche, en France comme au Royaume-Uni, la personne poursuivie qui souhaite faire entendre un témoin doit sacrifier à certaines formalités. Ce formalisme est alors en France conçu pour éviter les demandes « fantaisistes ou impossible à satisfaire », constituant une stratégie de défense par entrave à l'action publique.⁹⁰ Au Royaume-Uni, il s'agit simplement de sacrifier au principe du contradictoire.

82. Les règles de significations générales se trouvent, en France, aux articles 550 et suivant du Code de procédure pénale. Ces articles prévoient des conditions de formes, la citation devant être délivrée par voie administrative par un huissier de justice, mais aussi des conditions de fond, certaines mentions étant obligatoires. Parmi ces mentions, on retrouve tous les éléments permettant d'identifier le requérant et le destinataire,⁹¹ le fait poursuivi et le texte de loi qui le réprime,⁹² la juridiction saisie, le lieu, la date et la qualité de la personne citée,⁹³ ou encore les conséquences de la non-comparution pour le témoin.⁹⁴ Au contraire, la section 6C du *Criminal Procedure and Investigation Act* de 1996 impose simplement à la défense de notifier cette intention de faire comparaître un témoin par un *Defence Witness Notice* au formalisme minimal ne contenant que le nom, la date de naissance et les moyens de le contacter.

83. Seule réelle contrainte, ce même texte impose que la notification intervienne au moins quatorze jours avant le procès devant la *Magistrates' Court* et au moins vingt-huit jours avant le procès devant la *Crown Court*.⁹⁵ Ces délais sont aussi prévues en France. L'article 281 du Code de procédure pénale prévoit par exemple que la liste des témoins que les parties entendent faire comparaître soit transmise « dès que possible et au moins un mois avant l'ouverture des débats ». En ce qui concerne le Tribunal correctionnel et le Tribunal de Police, l'article 552 du Code de procédure pénale prévoit un délai de dix jours entre le jour où la citation est délivrée

⁸⁹ Code de procédure pénale, article 82-1 alinéa 1

⁹⁰ Michèle-Laure RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e ed, Ellipses, Université Droit, 2017 p. 340

⁹¹ Code de procédure pénale, article 550

⁹² *Ibid*, article 551 alinéa 2

⁹³ *Ibid*, article 551 alinéa 3

⁹⁴ *Ibid*, article 551 alinéa 5

⁹⁵ Formulaire appelé *Defence Witness Notice*

et le jour fixé de la comparution. Cette différence de délai entre les juridictions s'explique par un formalisme et donc une inertie judiciaire moins importantes devant les juridictions connaissant des infractions les moins graves, les délais de comparutions y étant plus courts. En outre, il est à souligner que ces délais sont du même ordre devant les juridictions françaises et britanniques alors que les formalités en France sont beaucoup plus lourdes. Cela instaure une limite plus importante en France de ce droit de citation. Cela s'explique par la forme des débats, lesquels sont menés par les parties au Royaume-Uni alors qu'au contraire, le président a cette charge en France si bien que ce droit de citation n'est utilisé qu'à titre résiduel.

84. Enfin, une dernière limite à ce droit est pécuniaire. En effet, selon le dernier alinéa de l'article 281, « les citations faites à la requête des parties sont à leur frais, ainsi que les indemnités des témoins cités, s'ils en requièrent ». La citation d'un témoin tant dans sa rédaction, qui nécessite souvent l'assistance d'un avocat, que dans sa mise en œuvre, nécessitant l'intervention d'un huissier de justice, représente un coup considérable pour les parties autre le ministère public qui, lui, dispose de fond important. C'est pour cela que le législateur, dans sa rédaction du 1^{er} février 1994 de l'article 281 du Code de procédure pénale, a ajouté l'obligation pour le ministère public « de faire citer à sa requête les témoins, dont la liste lui a été communiquée par les parties, un mois et dix jours au moins avant l'ouverture des débats ». À la lecture des travaux parlementaires, il est clair que le législateur a entendu permettre aux parties de se délester du poids économique que représente la citation d'un témoin,⁹⁶ et donc de faire un plein usage de leur droit de le faire citer.

Une telle disposition est possible en droit français que parce que le témoin « n'appartient » à personne, que son témoignage est neutre, contrairement à la procédure britannique dans laquelle chaque témoin est affilié à un « camp », engendrant des règles d'auditions particulières, telle que nous le verrons plus loin dans ce mémoire. Pourtant, le droit britannique ne laisse pas pour autant à la charge de la défense ces dépenses. Afin d'éviter les problématiques précitées, le procureur général a placé à la charge du *Crown prosecution service* les dépenses de tous les témoins prenant part aux procédures dans lesquelles il intervient,⁹⁷ tout en laissant alors à la défense le loisir de les faire comparaître.

⁹⁶ Sénat, Commission des lois, Rapport n° 184, Charles JOLIBOIS, 15 décembre 1993, projet de loi relatif au nouveau code pénal et à certains de procédure pénale

⁹⁷ *The Crown Prosecution Service (Witnesses' etc. Allowances) Regulations* de 1988, section 4(1)

85. En outre, en France, cet avantage est limité à cinq noms par partie. Une telle limite a fait l'objet de vives critiques, venant *de facto* limiter le droit de citation des parties et contrevenant ainsi au principe du procès équitable. À ce sujet, la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, considérant que,

si l'article 281 du Code de procédure pénale limite à cinq, afin de prévenir les éventuels abus, le nombre de témoins que le ministère public est tenu de faire citer à la demande de l'accusé comme de la partie civile, ces derniers conservent la possibilité de faire citer tous les témoins supplémentaires dont l'audition par la cour d'assises paraît utile et sont dispensés des frais de citations dans les cas où, leur ressources financières étant insuffisantes, ils ont été admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle.⁹⁸

86. Ainsi, le droit de citation au témoin est beaucoup plus réglementé en France qu'au Royaume-Uni, ce qui peut s'expliquer aussi par le principe d'autonomie des parties, lequel s'inscrit parfaitement dans le système accusatoire. Mais ce droit de citation n'est pas la seule composante du droit au témoin, lequel consacre aussi un droit de confrontation.

§2. Le droit de confrontation du témoin

87. Selon le dictionnaire de l'Académie française, le verbe confronter vient du latin *confrontare* qui signifie « mettre front à front ».⁹⁹ Les versions des faits mises face à face, le juge peut les comparer. En ce sens, Catherine Puigelier rappelle que « la confrontation a vocation à faire apparaître la vérité ».¹⁰⁰ Le postulat de départ est que, mis face à face, témoignages laisseront d'eux-mêmes apparaître les éventuelles incohérences, ce qui explique que le droit de confrontation soit reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme comme une composante des droits de la défense.

88. Néanmoins, les contours de ce droit ne sont pas clairs. Pour la doctrine britannique, il n'existe pas un droit de confrontation mais des droits de confrontation. Ainsi, selon Ian Dennis, le droit de confrontation comprend le droit à un jugement public, un droit au face-à-face, ou encore le droit à un contre-interrogatoire.¹⁰¹ Le droit de confrontation ne se limiterait pas à ce

⁹⁸ Cass crim, 15 mars 2017, n°16-84.387

⁹⁹ Dictionnaire de l'académie française, 9^e ed, accessible < <https://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/la-9e-edition>

¹⁰⁰ Catherine PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, 2^e ed, Bruylant, 2017, n°1176.

¹⁰¹ Ian DENNIS, « The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights », *Crim LR*, (2020), vol 4 p. 255

que commande l'étymologie, c'est-à-dire le face-à-face, mais s'étend plus largement au droit à une procédure contradictoire. Au contraire, et étonnamment, le droit à un face à face, appelé par les Professeurs Spencer et Flin le droit de regarder dans les yeux le témoin,¹⁰² a été développé par la Cour Suprême des États-Unis,¹⁰³ et n'existe pas en droit anglais. Ainsi, alors que la confrontation signifie littéralement une confrontation directe, le Royaume-Uni ne permet qu'une confrontation par le biais d'un contre-interrogatoire ou par la connaissance de l'identité des « accusateurs ». Toutefois, nous le verrons plus tard dans nos développements, ces deux droits connaissent des limites. La complexité et la relativité de ce droit amènent le Professeur Dennis à le qualifier ce droit de « mythe ».¹⁰⁴

89. La France a fait le choix de consacrer un droit de confrontation beaucoup plus important, dès la phase d'instruction. Christian Guéry et Pierre Chambon soulignent ici le rôle important de l'avocat, lequel va servir de vecteur à une telle confrontation, à ce stade de la procédure.¹⁰⁵ C'est en ce sens que la Cour de cassation a été amenée à reconnaître une méconnaissance de l'article 6 de la CSDHLF lorsqu'un expert est auditionné en présence du Procureur de la République mais sans les avocats des autres parties à la procédure, lesquels n'avaient pas été convoqués.¹⁰⁶

90. Au-delà de ce cas particulier, le législateur français a développé la pratique de la confrontation, laquelle peut être collective¹⁰⁷ ou individuelle.¹⁰⁸ Cette dernière, à la dénomination curieuse, a été mise en place des suites de l'affaire d'Outreau. L'analyse de la commission d'enquête parlementaire avait mis en lumière la position de faiblesse dans laquelle se trouvaient les accusés face à leurs accusateurs. En outre, les témoins à charge étant tous réunis, il est plus complexe pour l'accusateur contrit de se désavouer. On perçoit alors ici les limites de l'assimilation par Ian Dennis du droit à la publicité et le droit de confrontation.¹⁰⁹ S'il est vrai que ce droit émane de l'idée qu'il est plus difficile de mentir en public, les confrontations collectives peuvent avoir l'effet inverse. Ce n'est alors pas menti en public le

¹⁰² John R SPENCER et Rhona FLIN, *The evidence of Children: the law and psychology*, 2^e ed, Blackstone Press, 1993, p. 79; En anglais: *the right to eyeball the witness*

¹⁰³ *Coy v Iowa* [1988] 487 US 1012

¹⁰⁴ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 101)

¹⁰⁵ Christian GUÉRY et Pierre CHAMBON, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 10^e ed, Dalloz, Action, 2018-2019, para 221.01 et suivants

¹⁰⁶ Cass crim, 11 mai 2010, n°10-80.953 *Bull crim* n°78

¹⁰⁷ Code de procédure pénale, article 102

¹⁰⁸ Code de procédure pénale, Article 120-1

¹⁰⁹ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 101)

plus complexe, mais mentir droit dans les yeux de la personne que l'on accuse, ce que permet la confrontation. L'expression *right to eyeball a witness* de Flin et Spencer prend alors tout son sens.¹¹⁰

91. En la matière, la France a été condamnée par le CEDH. Dans son arrêt *Saïdi c. France* de 1993, elle a considéré que la procédure au cours de laquelle le requérant avait été renvoyé devant le Tribunal Correctionnel et condamné sur la seule base de témoignage qui n'ont pu faire l'objet d'une confrontation ni pendant la phase préparatoire du procès, ni en première instance, ni même en appel, en l'absence de conclusion demandant une telle confrontation, méconnaissait le droit de confronter son accusateur prévu par la convention.¹¹¹ En la matière, la Cour européenne des droits de l'Homme va plus loin que la Cour de cassation qui ne reconnaît le droit à la confrontation que s'il a été demandé régulièrement par la partie demanderesse.¹¹²

92. Ce droit affirmé, les conséquences sur la régularité de la procédure et sa conformité à la procédure sont très limitées. En effet, la CEDH a reconnu, dans l'affaire *Luca contre Italie*, que si le droit à la confrontation ait été méconnu, une simple compensation pécuniaire suffit. Cette décision a donné lieu à une opinion dissidente du juge Zupancic qui considère qu'une telle méconnaissance aurait nécessairement dû mener à un procès en révision. Dans cette affaire, un homme a été condamné pour trafic de drogue en grande partie sur le témoignage d'un co-accusé, lequel a décidé d'user de son droit de garder le silence au moment du procès. Cela met en évidence une nouvelle limite du droit à la confrontation, lequel sera toujours mis en concurrence avec d'autres droits prévus par la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans le processus habituel de la balance des intérêts, ce droit à la confrontation se perd afin de protéger le témoin *lato sensu* (i.e. compris la victime). Selon sa formule, « la nécessité d'une confrontation directe entre le requérant et un témoin est une question qu'il faut trancher à l'aune des faits de chaque espèce sur la base des critères dégagés par la Cour concernant l'examen de l'équité globale du procès ».¹¹³ Cette formule renvoie à l'habituelle balance des intérêts laquelle s'inscrit parfaitement dans la tradition jurisprudentielle britannique mais qui constitue un chamboulement en France.

¹¹⁰ John R SPENCER et Rhona FLIN, *op. cit.* (n. 103) p. 79

¹¹¹ CEDH, 20 septembre 1993, n°33/1992/378/452, *Saïdi c/ France*

¹¹² Pierre CHAMBON, 23 février 1994 JCPG n°8 III 22215, commentaire sur *Saïdi c/ France*

¹¹³ CEDH, 16 mars 2021, n° 53848/07, *Fikret Karahan c. Turquie*

93. Le législateur a, autant que faire ce peu, recherché cet équilibre entre les différentes composantes du procès équitables et la protection des parties. Lorsque la confrontation ne peut être réellement satisfaite, ce manque sera compensé par une adaptation des règles de procédure ou de preuves. Ainsi, si la loi du 15 novembre 2001 a permis le recours aux témoignages anonymes, la personne mise en examen aura la possibilité de demander la confrontation avec le témoin par l'intermédiaire d'un dispositif technique soit directement, soit par son avocat.¹¹⁴ En outre, aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations recueillies de la sorte.¹¹⁵ Cette dernière précision est issue directement de la jurisprudence européenne,¹¹⁶ et a été clairement introduite dans le droit britannique par la Chambre des Lords dans l'affaire *R v Iain Davis*.¹¹⁷ L'application qui est faite dans cette décision du droit de confrontation met en lumière l'importance qui est donnée à ce principe, malgré les nombreuses limites prévues par la loi et la jurisprudence, en droit britannique, laissant les commentateurs se demander si elle ne serait pas de nature à exclure toute preuve anonyme.¹¹⁸

94. Ainsi, ce droit au témoin, de prime abord, peut être perçu comme donnant une place plus importante à la preuve testimoniale malgré ses failles. En réalité, la *ratio legis* de ce droit réside dans la volonté de mettre à jour ces failles, tant en France qu'au Royaume-Uni.

95. Plus globalement, si les règles tenant à l'admissibilité générale des preuves sont plus strictes au Royaume-Uni, un droit au témoin plus large permet de contrebalancer cela. Deux équilibres ont été trouvés par des moyens distincts en France et au Royaume-Uni, permettant cependant de garantir un usage adéquat de la preuve par témoignage.

Toutefois, pour faire usage de ces témoignages, encore faut-il que la personne présentée à la juridiction ait les qualités pour être témoin.

¹¹⁴ Code de procédure pénale, articles 706-61 et suivants

¹¹⁵ Code de procédure pénale, article 706-62

¹¹⁶ Voir par exemple CEDH, 26 mars 1996, n° 20524/92, *Doorson c. Pays Bas*

¹¹⁷ [2008] UKHL 36

¹¹⁸ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 101)

Chapitre 2 – La définition du statut du témoin

96. Les enjeux entourant la preuve testimoniale ont amené le législateur à limiter l'acquisition du statut du témoin aussi par le biais de sa définition. Cela constitue un nouveau biais de sélection contre les preuves défaillantes. Cette définition peut se comprendre d'abord par la positive, par le biais des obligations du témoin (Section 1) mais aussi par la négative, par le prisme de ses restrictions à l'accession à ce statut (Section 2)

Section 1 – Le témoin défini par ses obligations

97. Si, comme il a été vu en introduction, le témoin est celui qui a constaté, par ses sens, de l'infraction ou tout fait pouvant aider à la manifestation de la justice, le témoin se définit surtout par rapport à ses obligations. Ainsi, selon Gérard Cornu, le témoin en droit pénal est « la personne qui, déposant en justice sous la foi du serment, fait connaître ce qu'elle sait au sujet des faits (...) ou sur la personnalité des personnes mises en cause [...] ».¹¹⁹

En ce sens, que ce soit en droit français ou en droit anglais, le témoin est tenu de comparaître, prêter serment et déposer (§1) dans la limite de ce que leur permet leur statut (§2).

§1. Comparaître, prêter serment et déposer

98. Si le législateur français a fait le choix de consacrer de façon explicite cette triple obligation de comparaître, prêter serment et déposer à l'article 109 du Code de procédure pénal, la loi britannique se contente d'énoncer que toute personne est compétente pour témoigner et contraignable à témoigner.¹²⁰ Moins claire que le droit français, la loi britannique impose *in fine* les mêmes obligations. Le témoin doit se présenter devant la Cour afin de déposer ce qu'il sait de l'affaire et répondre aux questions de façon honnête.

Si le terme de comparution a, dans le langage courant, la signification de se présenter devant un tribunal,¹²¹ l'obligation de comparaître du témoin est beaucoup plus générale. En effet, cette obligation s'applique dès l'enquête de police.¹²² À ce stade de la procédure, la distinction entre suspect et témoin est si poreuse qu'il est nécessaire de pouvoir garder le témoin à disposition,

¹¹⁹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e ed, PUF, 2020, (2).

¹²⁰ A L-T CHOO, *op. cit.* (n. 44), p. 337

¹²¹ Dictionnaire Larousse, accessible < <https://www.larousse.fr> >

¹²² Code de procédure pénale, articles 61 et 78 : possible interdiction faite à une personne de s'éloigner des lieux de l'infraction

permettant par la même de combattre une certaine inertie de la part du témoin.¹²³ Une telle obligation ne s'applique qu'à partir du moment où il a été régulièrement cité. En France, cette citation est obligatoire.¹²⁴ Au Royaume-Uni, seuls les témoins qui sont réticents à venir témoigner feront l'objet d'une telle mesure.¹²⁵ Une place importante est ici donnée à la volonté du témoin puisque, sans cette convocation, l'obligation de comparaître n'existe pas. Or, selon la section 2 du *Criminal Procedure (Attendance of Witnesses Act)* de 1965, la convocation ne pourra être pris que si le témoignage est d'une importance significative et que le témoin ne comparaitra pas volontairement. Cela limite pour partie l'étendue de cette obligation de comparaître puisqu'elle est restreinte aux témoins les plus importants et est soumise à l'appréciation du juge qui donnera cette convocation.¹²⁶

Une fois qu'il comparait, selon l'article 103 du Code de procédure pénale, le témoin doit jurer de dire « toute la vérité, rien que la vérité ». Plus solennel encore, devant la Cour d'assises, il prête serment « de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité ».¹²⁷ La prestation de serment ajoute la solennité rappelant au témoin l'importance de son rôle dans le procès pénal.¹²⁸ La solennité d'une telle prestation de serment est aussi liée au témoin, lequel a le choix de prêter le serment légal, ou de le substituer à la forme prévue par sa religion.¹²⁹ La logique est inverse au Royaume-Uni puisque par principe le serment sera religieux, faisant référence à « Dieu tout-puissant »¹³⁰ et, à défaut, le témoin procédera par une « affirmation ».¹³¹ Cette affirmation est un droit, mais elle peut être perçue comme une obligation,¹³² et a la même force et solennité que le serment.¹³³ Cette distinction fondamentale est révélatrice de conceptions opposées de la laïcité en France et au Royaume-Uni, ce dernier laissant une place plus importante à la religion dans l'espace public. Cela se comprend, en tout premier lieu par le fait que le Royaume-Uni n'est pas un État laïc, la reine étant à la fois le chef de l'État et le chef de l'Église anglicane. D'ailleurs, la devise de la couronne est « Dieu et mon droit », plaçant sur un pied d'égalité la religion et le droit, ce qui interpelle nécessairement tout juriste français, imprégné par une culture juridique laïque.

¹²³ Muriel GIACOPELLI & Yannick JOSEPH-RATINEAU, *op. cit.* (n. 6)

¹²⁴ Code de procédure pénale, articles 435 et 550

¹²⁵ *Criminal Procedure (Attendance of Witnesses Act)* de 1965, section 2 (1) (b)

¹²⁶ Edward RENVOIZE, « Compellability of witnesses : criminal proceedings », *Westlaw overview articles* (2018)

¹²⁷ Code de procédure pénale, article 331 alinéa 3

¹²⁸ Jean PRADEL, *op. cit.* (n. 18) para 527

¹²⁹ Cass. crim., 16 décembre 1875, *D* 1877, vol I p. 413

¹³⁰ *Oath Act* de 1978, section 1(1)(1)

¹³¹ *Ibidem*, sections 1(1)(3) et 5(1)

¹³² *Ibid.*, section 5(3)

¹³³ *Ibid.*, section 5(4) 8

99. Outre ces distinctions tenant au contenu de la preuve, le droit français et le droit britannique se distinguent par l'attitude des témoins lors de la prestation de serment. Là où le témoin français a une attitude passive, n'ayant qu'à répondre « oui, je le jure » à l'énoncer du serment par le président, le témoin britannique prononce lui-même les termes du serment. De plus, là où le témoin lèvera la main droite devant les juridictions françaises, le témoin britannique prêtera serment sur un livre sacré.¹³⁴ Cela peut être vu comme ajoutant de la solennité à la prestation.

100. En réalité, la *ratio legis* d'un tel serment étant centrée sur la personne du témoin, le droit britannique adopte une grande flexibilité. C'est ainsi qu'après avoir annoncé toute la solennité du serment à la section première du *Oath Act* de 1978, le législateur britannique admet dans sa section 4 que peu importe la forme du serment, il lie son auteur. La France n'admet pas une telle logique. Dans sa jurisprudence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la formule légale ne peut être ni modifiée ni tronquée.¹³⁵

101. Cette formalité du serment est véritablement essentielle au témoignage puisque son défaut est, en droit français, sanctionné d'une nullité. La jurisprudence a prévu qu'il pouvait être tout de même entendu, mais seulement s'il se trouve dans l'un de ces cas prévus par la loi,¹³⁶ lesquels seront plus amplement étudiés dans les prochains développements.

102. Enfin, le témoin n'a pas seulement l'obligation de comparaître et de prêter serment, il a aussi l'obligation de déposer. Comme de nombreux auteurs le soulèvent, cette obligation de déposer va au-delà du devoir général de tout citoyen de concourir à la justice en fournissant, spontanément aux autorités compétentes les éléments dont il a connaissance.¹³⁷ L'existence de cette obligation n'est pas aussi claire en droit britannique. Selon le dictionnaire juridique Jowitts, la déposition est la déclaration faite par un témoin sous serment.¹³⁸ Ainsi, s'il n'y a pas en tant que tel d'obligation de déposer, une telle obligation est impliquée par l'obligation de témoigner pour la partie qui convoque le témoin.

¹³⁴ *Ibid*, section 1(1)(1)

¹³⁵ Cass. crim., 9 décembre 1948 : D 1949.44

¹³⁶ Cass. crim., 14 décembre 1935 : DH 1935.255

¹³⁷ Voir Jean PRADEL, *op. cit.* (n. 18) para 528 ; voir aussi en ce sens Muriel GIACOPELLI & Yannick JOSEPH-RATINEAU, *op. cit.* (n. 6) para 16

¹³⁸ Daniel GREENBERG, *op. cit.* (n. 21)

103. Si ce mémoire part du postulat que ces obligations définissent le témoin véritable, c'est parce qu'elles sont soumises à de nombreux tempéraments et exceptions, certaines personnes ne pouvant y être soumises.

§2. Les restrictions au principe liées au statut de la personne

104. Si ces obligations sont le principe, la qualité de certaines personnes les dispensera de sacrifier à certaines de ces obligations. Il est alors procédé ici à une balance des intérêts, mettant en jeu les intérêts de la justice, et les intérêts protégés par ces qualités spécifiques. Sont alors prévues des spécificités pour les membres de l'exécutif (A) ainsi que pour toute personne soumise à un secret professionnel (B).

A/ Les membres de l'exécutif

105. Des règles très spécifiques entourent la comparution de ce type de témoin, à raisons de leur statut. Ainsi, leur empêchement se fera dès leur obligation de comparaître. La comparution d'un ministre est soumise à une autorisation délivrée par le Conseil des ministres sur rapport du garde des Sceaux. Néanmoins, une fois autorisé, le ministre sera tenu de témoigner dans les conditions de droit commun.¹³⁹

106. Des règles beaucoup plus strictes sont prévues le président de la République qui, lui, ne peut être amené à témoigner. Cette règle découle l'immunité présidentielle *lato sensu* prévue par l'article 67 de la Constitution de 1958. Le président de la République bénéficie d'une inviolabilité présidentielle¹⁴⁰ protégeant les actes et les décisions prises dans le cadre de ses fonctions. En outre, l'article 67 alinéa 2 de la Constitution prévoit une irresponsabilité présidentielle, le protégeant de toute mise en cause pénale le temps de son mandat, ce qui exclut les mesures de contraintes. Or, tel qu'il sera étudié plus tard dans ces développements, le défaut de comparution est sanctionné de mesures coercitives auxquelles, selon la Constitution, le président de la République ne peut pas être soumis.

¹³⁹ Code de procédure pénale, article 653

¹⁴⁰ Constitution de 1958, article 67 alinéa 1

107. La même logique préside au Royaume-Uni. Les diplomates,¹⁴¹ consuls¹⁴² et certains personnels d'organisations internationales¹⁴³ ne sont pas soumis à l'obligation de comparaître et de déposer, car ils bénéficient de l'immunité diplomatique, ou *State Immunity*, qui protège ces corps spéciaux.¹⁴⁴

Ce sont alors les intérêts de la fonction qui sont protégés par ces règles, se rapprochant de la *ratio legis* même des immunités. Toutefois, les législateurs français et britanniques ont aussi fait le choix de protéger, non plus réellement la fonction, la profession, mais le secret nécessaire à la pratique de celle-ci.

B/ Les personnes tenues au secret professionnel

108. Peu commune en France, l'exception qui ressort le plus dans lorsque l'on confronte les obligations du témoin au secret professionnel au Royaume-Uni est celui du banquier, lequel ne peut témoigner.¹⁴⁵

109. Outre cette spécificité, la culture du secret professionnel est très ancrée dans le *common law*, sous le nom de *legal professional privilege*, qui repose sur la confidentialité des communications entre un avocat et son client. Cela regroupe en réalité deux grandes règles : *legal advice privilege* et le *litigation privilege*. Ce secret est alors statutairement prévu à la section 10 du *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) de 1984 qui définit les objets, documents, soumis à ce secret. Le Royaume-Uni adopte une approche *in rem* de ce secret, n'attachant pas la protection à la fonction mais au contenu de la chose.¹⁴⁶

110. En France, le secret professionnel ne concerne pas tant la chose mais la personne si bien qu'il s'impose à l'avocat du fait de sa profession. Il s'agit au contraire d'une approche *in personam*. En outre, la même dichotomie existe entre domaine de la défense et le domaine du conseil. Toutefois, l'acceptation d'un tel secret a été, comme l'explique la doctrine, le fruit de

¹⁴¹ *Diplomatic Privilege Act* de 1964

¹⁴² *Consular Relation Act* de 1968

¹⁴³ *International Organisation Act* de 1968

¹⁴⁴ *State Immunity Act* de 1978

¹⁴⁵ *Bankers' Books Evidence Act* de 1879, section 6

¹⁴⁶ Thomas BAUDESSON, « les frontières du secret professionnel », Colloque de l'institut de criminologie et de droit pénal de Paris du 15 octobre 2021 sur le secret professionnel de l'avocat

« grandes batailles » entre les avocats et les magistrats au cours des dernières décennies.¹⁴⁷ Par la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, le législateur a réaffirmé que le secret professionnel de l'avocat devait couvrir tant l'activité de conseil que de défense.¹⁴⁸

111. Quoiqu'il en soit, en France comme au Royaume-Uni, le secret professionnel s'opposera à l'obligation de déposer puisque la violation d'un tel secret constitue une infraction.¹⁴⁹ Or, cette notion de secret professionnel va beaucoup plus loin que simplement le *legal privilege* britannique. En droit français, il n'y a pas une liste précise prévue par la législation mais la jurisprudence fixe les cas où ce secret sera absolu. C'est ainsi que la chambre criminelle, au visa de l'ancien article 378 du Code pénal, a considéré que ce secret concerne

aussi bien les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel que ceux qui lui ont été confiés sous le sceau du secret à raison d'une semblable profession.¹⁵⁰

112. La jurisprudence a reconnu ce secret non seulement aux avocats, mais aussi aux médecins,¹⁵¹ aux prêtres,¹⁵² aux huissiers de justices,¹⁵³ aux notaires¹⁵⁴ ou encore les assistantes sociales.¹⁵⁵ Toutes ces professions ont pour point commun d'être dépendante d'une certaine confiance placée dans celui qui l'exerce. Mais la jurisprudence ne met pas tous les secrets professionnels sur le même plan. Certaines professions sont liées par une obligation au secret générale et absolue qui ne peut être levée par le consentement de celui qui a fait la confiance.¹⁵⁶

113. Au contraire, la *common law* ne reconnaît pas cette immunité du simple fait de la profession. La chambre des Lords a considéré en ce sens que, si cette relation de confiance est

¹⁴⁷ Thomas BAUDESSON, « Avocat - Le nouvel article 56-1-2 du Code de procédure pénale ou l'introduction discrète en droit français de la crime-fraud exception américaine, mais sans les garanties qui l'accompagnent », *RDP*, (2022), n°1, Étude 3, para 9 à 11.

¹⁴⁸ Code de procédure pénale, article préliminaire III tel que modifié par la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire

¹⁴⁹ Code pénal, articles 226-13 et 226-14

¹⁵⁰ Cass. crim., 17 mai 1973, *Bull crim* n°228

¹⁵¹ Cass. crim., 5 juin 1985, *Bull crim* n°218

¹⁵² Cass. crim., 11 mai 1959, *Bull crim* n°253

¹⁵³ Cass. crim., 27 juillet 1936, *DH* 1936, p. 494

¹⁵⁴ Cass. crim., 7 avril 1870, S. 1870.I. 277

¹⁵⁵ Cass. crim., 14 février 1978, *Bull crim* n°56

¹⁵⁶ Cass. crim., 22 décembre 1966, *D* 1967 p. 122

une condition nécessaire à l'immunité, elle n'est pas suffisante.¹⁵⁷ Il sera alors nécessaire de caractériser des arguments supplémentaires pour obtenir cette immunité.

114. Il existe alors en droit britannique comme en droit français des « secrets relatifs ». L'exemple classique donné en la matière est le secret auquel sont soumis les éducateurs. En ce sens, il est de jurisprudence que si ces derniers n'ont pas à dévoiler spontanément des informations, ils sont tout de même soumis à l'obligation de déposer.¹⁵⁸

115. Reste encore le cas particulier de la protection des sources du journaliste. Cette protection a été dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Dans son arrêt *Goodwin* contre Royaume-Uni, elle a établi que le secret des sources est un élément essentiel du droit de la presse d'informer la population afin que cette dernière puisse user de son rôle de « chien de garde public », c'est-à-dire le contrôle démocratique.¹⁵⁹ À l'époque, le *Contempt of Court Act* de 1981 consacré le droit de ne pas révéler ses sources de façon très générale et sans les définir par rapport au statut de journaliste.¹⁶⁰ Cette section prévoyait qu'exception pouvait être portée à ce principe dans « l'intérêt de la justice et de la sécurité nationale ». L'usage de cette notion très large a engendré la condamnation du Royaume-Uni. Depuis lors, la Chambre des Lords a considéré que, dans l'appréciation de cette exception, une particulière attention doit porter au double contrôle de proportionnalité vis-à-vis de l'article 10 de la Convention et de nécessité « établit de façon convaincante ».¹⁶¹ Ce sont alors des garanties laissées à l'appréciation du juge qui ne sont pas forcément les plus pertinentes aux yeux d'un juriste français.

116. En France, il aura fallu attendre la loi du 4 janvier 2010 pour que le secret des sources du journaliste soit réellement consacré, assouplissant par la même l'obligation du journaliste de déposer en sa qualité de témoin.¹⁶² L'article 326 du Code de procédure pénale dispose alors en son alinéa deuxième que, si le journaliste a la faculté de témoigner, et de rendre compte devant la justice des éléments dont il a eu connaissance, il n'aura jamais à divulguer sa source. Si ce

¹⁵⁷ *Alfred Crompton amusement Machines Ltd v Customs and Excise Comrs (No 2)* [1974] AC 405

¹⁵⁸ Cass. crim., 4 novembre 1971, n°70-91.953

¹⁵⁹ CEDH, 27 mars 1996, n°17488/90, *Goodwin c. Royaume-Uni* para 39

¹⁶⁰ *Contempt of Court Act* de 1981, section 10

¹⁶¹ *Ashworth Hospital Authority v MGN Ltd* [2002] 1 WLR 2033 ; voir commentaire par Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op cit* (n. 43) p. 692

¹⁶² Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes

secret semble essentiel à la pratique de la liberté de la presse. La doctrine a relevé, dès l'adoption de cette loi, l'entorse qu'un tel principe peut représenter pour la protection des autres secrets. Le Doyen Bonfils explique en ce sens que « par certains aspects cette protection peut paraître excessive, notamment en ce qu'elle permet la violation d'autres secrets professionnels, pas forcément moins légitime que celui des journalistes ». ¹⁶³

117. Pour ce qui est des conséquences que ces secrets ont sur la procédure, ils sont là encore radicalement différents en France et au Royaume-Uni, le débat se plaçant à des étapes différentes du procès. Au Royaume-Uni, la question du privilège se posera au moment de l'examen de l'admissibilité de la preuve, avant que cette dernière ne soit présentée devant la Cour. Il appartiendra alors au juge de déterminer si le contenu du témoignage n'est pas de nature à violer ce *legal professional privilege*. ¹⁶⁴ Est à noter un décalage de stade de sélection en France et au Royaume-Uni. En France, le débat portera sur la nullité de l'audition, outre les éventuelles poursuites pour rupture du secret professionnel. Pour déclarer l'audition nulle, il faudra alors que la personne ait divulgué une information protégée. ¹⁶⁵

118. Ces limites permettent alors l'audition de certaines personnes en trouvant le juste équilibre entre leur nécessaire concours à la justice et d'autres intérêts fondamentaux. Toutefois, l'impact de ces règles se porte sur l'obligation de comparaître ou de déposer sans que ne soit remise en question la sincérité du témoignage. Au contraire, le législateur s'est trouvé méfiant de certaines catégories de personnes et consacra un statut restreint dans son acquisition.

Section 2. Un statut restreint dans son acquisition

119. Ainsi, en France comme au Royaume-Uni, le législateur a restreint l'acquisition du statut de témoin par l'imposition de certaines qualités (§1). Certaines personnes sont alors considérées comme inaptes de fait (§2) alors que d'autres, aptes à témoigner, seront légalement empêchés (§3).

¹⁶³ Philippe BONFILS, « Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes », *RSC* (2010) p. 457

¹⁶⁴ Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op. cit.* (n. 43) p. 22

¹⁶⁵ Cass crim, 15 septembre 1987, *Bull crim* n° 311

§1. Les qualités nécessaires du témoin

120. Le droit français comme le droit anglais limite l'accessibilité au statut de témoin aux personnes présentant certaines qualités. Pour le droit français, le témoin ne doit être frappé d'aucune incompatibilité ni d'aucune incapacité.

121. Ainsi, tout d'abord, le droit français consacre des incompatibilités avec le rôle de témoin. Ces incompatibilités sont de deux natures. Il existe des incompatibilités relatives, c'est-à-dire les cas où le témoignage pourrait être suspecté de partialité. Toutefois, ces incompatibilités sont nécessairement relatives puisqu'il existe des exceptions. C'est ainsi que les officiers de police judiciaire¹⁶⁶ ou les juges d'instruction¹⁶⁷ peuvent venir témoigner afin de relater le dérouler de l'enquête. Un exemple très récent de cela a pu être constaté au procès des attentats du 13 novembre 2015 puisque le Procureur de la République François Molins a comparu devant la cour d'assises spéciale.

122. Certaines incompatibilités sont ensuite absolues. Cela tient au principe que toute personne prenant part activement dans le procès pénal doit être impartiale ou, comme l'indique André Vitu, doit avoir « l'esprit dégagé de toute impression personnelle antérieure aux débats ». ¹⁶⁸ Ainsi ce n'est pas tant la qualité de témoin qui est exclusive des autres fonctions, telles que juge ou juré, mais bien le contraire. De même, les qualités de témoin et de partie à la procédure sont incompatibles. Cela ne signifie pas que les parties ne peuvent être entendue par la juridiction. Elles ne prêtent pas serment leur permettant une défense plus efficace. De plus, cela permet souligner la nécessité d'entendre leurs propos avec précautions car elles ne sont pas tenues de dire la vérité.

123. Dans le même esprit de méfiance, la loi a prévu des incapacités de témoigner. Ces incapacités, prévues par la loi tiennent à la personne. C'est ce qui l'on appelle les témoins reprochables. ¹⁶⁹ Ici, la liste est particulièrement longue et divisée en huit catégories.

124. Pour le droit britannique, le témoin doit être compétent et contraignable. En ce qui concerne la compétence, la section 53 du *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (YJCEA)

¹⁶⁶ Cass. crim., 6 août 1887, D 1888, p.143

¹⁶⁷ Cass. crim., 25 septembre 1902, S.1906 I p. 535 dans Roger MERLE et André VITU, *op. cit.* (n. 17)

¹⁶⁸ Roger MERLE et André VITU, *op. cit.* (n. 17) para 173

¹⁶⁹ Henri ANGEVIN & Henri-Claude LEGALL, *La pratique de la Cour d'assises*, 7^e ed, LexisNexis, Droit&Professionnels, 2020

de 1999 dispose que, sauf disposition contraire, toute personne est compétente pour témoigner. Il est à noter que ces dispositions sont applicables à toutes les étapes de la procédure, et, ce qui est rare en droit britannique, cela est expressément précisé. Cette précision est importante puisque, selon Messieurs Keane et McKeown, cela permet aux témoins de déposer en audience de *voir dire*,¹⁷⁰ c'est-à-dire l'audience durant laquelle le juge professionnel siège seul afin de déterminer si une preuve est admissible.¹⁷¹

125. En effet, la loi pose des règles de contrainte. Cela renvoi aux personnes que l'on peut contraindre à témoigner. La règle générale est que toute personne compétente est contraignable. Toutefois, là encore la loi prévoit des exceptions.

126. Bien que les qualités recherchées chez le témoin sont différentes en droit français et en droit britannique, ces dernières se recoupent dans la pratique. L'analyse des distinctions dans leur compréhension doit alors se faire par le prisme des catégories de personnes qu'elles touchent.

§2. Les témoins inaptes de fait

127. En premier lieu, le droit français considère qu'un témoin peut être incapable du fait de son jeune âge. Les articles 108 et 135 du Code de procédure pénale prévoit une incapacité pour les mineurs de 16 ans. L'idée derrière cette incapacité est celle de l'affaiblissement de la connaissance des faits au moment du procès. Les enfants peuvent alors être entendu en droit français, mais sans prestation de serment.

128. Suivant la même logique, le droit britannique consacre plus largement une incompétence pour toute personne qui n'est pas en mesure de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y répondre de façon intelligible.¹⁷² Se pose alors la question du test du *minimum intellectual qualities* qui doit être passé pour chaque témoin. En effet, avant qu'une personne puisse prêter serment, elle doit pouvoir comprendre la nature et les conséquences d'un tel serment.¹⁷³

¹⁷⁰ *R v Cowell* [1940] 2 KB 49

¹⁷¹ Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op. cit.* (n. 43) p.127

¹⁷² *YJCEA* de 1999, section 53(3)

¹⁷³ *Ibid*, section 53(1)

129. Auquel cas, lorsqu'il existe un doute sur la compétence du témoin, il appartient à la partie qui appelle le témoin de justifier, au regard d'une balance des probabilités (*on the balance of probabilities*) que ce témoin est en réalité compétent.¹⁷⁴ Cette question de la compétence étant une question de droit, les discussions à ce propos doivent se faire en l'absence des juges du faits.¹⁷⁵

130. Si l'adage énonce que « la vérité sort de la bouche des enfants », la réalité judiciaire, et extra-judiciaire, a montré que la parole de l'enfant devait faire l'objet d'une certaine méfiance. C'est pour cela qu'il est nécessaire de se pencher plus amplement sur le cas des enfants témoins.

131. Pendant de nombreuses années, la crédibilité accordée aux enfants n'était que très limitée. C'est essentiellement l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par la France et le Royaume-Uni en 1990, qui pose le principe de l'écoute de l'enfant puisqu'il stipule que :

Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

132. Ici, on comprend qu'il faudra alors donner une place toute particulière à l'enfant témoin *lato sensu*. Ainsi, la convention prévoit que l'enfant devra être entendu, sous réserve qu'il soit discernant. C'est ce point de friction qui pose le problème de l'enfant témoin puisque, précisément, il n'est pas évident qu'un mineur ait le discernement nécessaire pour comprendre non seulement l'infraction qui lui a été donnée de constater, mais aussi les enjeux de leur parole dans un procès, *a fortiori* dans un procès pénal.

133. En droit français comme en droit britannique, les enfants sont en général considérés comme incapables de témoigner.

134. Tel que nous l'avons énoncé précédemment, la condition préalable au témoignage, exposant à l'origine à une sanction à la foi divine et légale, est que la personne prêtant serment comprenne la nature et les conséquences de ce serment. Cela a posé des problèmes particuliers en ce qui concerne les enfants, et notamment les jeunes enfants. Pendant longtemps, le *common*

¹⁷⁴ *Ibid*, section 54(2)

¹⁷⁵ *Ibid*, section 53(4)

law a alors exclu le témoignage des enfants, empêchant régulièrement la bonne administration de la justice.¹⁷⁶ S'en est alors suivi une longue évolution afin de permettre l'audition d'enfant devant les juridictions.

135. L'affaire *R v Barker* a changé cette perspective.¹⁷⁷ Dans cette affaire, la cour avait à connaître de viols sur enfants perpétrés par un homme vivant avec eux. La sœur de l'enfant victime a alors été appelée à la barre afin de témoigner. L'homme a été condamné mais de nombreuses incertitudes ont été soulevées quant à la pertinence du témoignage de l'enfant, qui était d'un jeune âge, en l'espèce trois ans, et du délai qui s'est écoulé entre les événements et le témoignage, soit un an et demi. C'est à l'occasion de cette affaire qu'ont été précisées les conditions dans lesquelles la compétence, donnant un éclairage les règles prévues par le *YJCEA* de 1999.

136. Alors, deux questions se posent au regard des enfants témoins. Tout d'abord, la question de leur compréhension de la promesse et ensuite de leur capacité à se souvenir avec précision des faits dont ils ont été témoins.

137. C'est ainsi que, en ce qui concerne la question du délai, la jurisprudence et plus particulièrement Lord Justice Scott avait rappelé que les enfants n'ont pas les mêmes capacités de mémoire que les adultes.¹⁷⁸ Ce problème, qui est indéniable, n'a pas été réellement résolu par l'arrêt *Baker* puisque la Cour se contente d'une formule laconique, c'est-à-dire l'indication donnée au jury de « parvenir à une conclusion sûre sur la base de la déposition d'un seul témoin compétent, quel que soit son âge, et quel que soit son handicap. »¹⁷⁹ Autrement dit, la seule indication donnée au jury est d'entendre le témoin, quel que soit son âge et de lui attribuer la force probante adéquate. Cette appréciation *in concreto* rejoint la décision de Lord Goddard dans l'affaire *Wallwork*, dans laquelle il avait demandé au jury de n'attacher aucune valeur au témoignage d'un enfant de 5 ans, considérant qu'il était « ridicule » de penser que ses propos pouvaient avoir une quelconque valeur.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 16) para 13-021

¹⁷⁷ [2010] EWCA Crim 4

¹⁷⁸ *Powell* [2006] 1 Cr App R 468

¹⁷⁹ *R v Baker* [2010] EWCA Crim 4 à 51.

¹⁸⁰ *R v Wallwork* [1958] 4 WLUK 4 ; (1958) 42 Cr. App. R. 153

138. Alors, un long chemin a été parcouru depuis cette décision et des garanties sont maintenant prises afin de déterminer, *in concreto*, si l'enfant est capable de témoigner devant la cour. Pour cela, il devra passer ce que le *common law* appelle le « achieving best evidence interview », un entretien spécialisé, permettant au juge du droit de déterminer s'il est apte à témoigner. Cet entretien prend la forme d'une discussion informelle, durant laquelle il témoignera une première fois afin, notamment, de déterminer s'il est capable de faire la différence entre la vérité et le mensonge.¹⁸¹

139. Les règles de compétence des enfants témoins en matière pénale se trouvent alors dans les sections 53 à 57 du *YJCEA*. Les règles prévues par la section 53(3) devra alors être adaptée à l'enfant comme à un témoin normal et, une fois encore, ce sera à la partie qui convoque l'enfant de démontrer à la Cour qu'il satisfait les conditions de compétence, en procédant à une balance des probabilités.¹⁸²

140. Cet examen est alors mené par la cour en présence des parties, et des expertises peuvent être présentées au juge du droit sur ce point.¹⁸³

141. Le droit anglais, en procédant de la sorte, s'affranchit de toute limite légale d'âge de discernement en déterminant, au cas par cas, la compétence d'un enfant à témoigner. C'est ainsi que de très jeunes enfants sont présentés à la barre, notamment un enfant de deux ans.¹⁸⁴

142. La France a fait le choix d'une prise en compte plus minimaliste de la qualité particulière de l'enfant témoin. Plus précisément, le droit français prévoit que le mineur âgé de moins de 16 ans peut être entendu, mais sans prestation de serment, et cela à tous les stades de la procédure.¹⁸⁵ Selon Muriel Giacomelli, cela s'explique par le fait que le témoignage de mineurs

¹⁸¹ Ministry of Justice & National Police Chiefs' Council, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Guidance on using special measures* (2020) para 2.70 aussi appelé « ABE »

¹⁸² *YJCEA* de 1999, section 54(2) ; voir *MacPherson* [2005] EWCA Crim 3605, [2006] 1 Cr App R 30, para 25 à 29

¹⁸³ *YJCEA* de 1999, sections 54 (5) et (6)

¹⁸⁴ Chayne HODGETTS, *Criminal Law*, Cours dispensé dans le cadre de LLB, Bangor University, année universitaire 2020-2021 sur la base de Owen BOWCOTT, « Two-year-old girl gives evidence in UK abuse case », *The Guardian Online*, (10 octobre 2017) accessible <<https://www.theguardian.com/law/2017/oct/10/two-year-old-girl-gives-evidence-in-uk-abuse-case>>

¹⁸⁵ Code de procédure pénale, article 108 pour l'instruction ; Code de procédure pénale, article 335 7° pour la Cour d'assises ; Code de procédure pénale, article 447 pour le Tribunal correctionnel ; Code de procédure pénale, article 536 du tribunal de police

de moins de seize ans est d'une « grande suggestibilité ».¹⁸⁶ Ils ne seront alors entendus qu'à titre de renseignement.¹⁸⁷

143. Une règle similaire a été prévue par le législateur britannique. Seuls les mineurs de 14 ans peuvent témoigner sous serment. Le principe est que, seul le témoin qui peut apprécier la solennité et la responsabilité derrière un serment, impliquant de dire la vérité, peut effectivement prêter serment. Alors, un enfant qui n'a pas l'âge requis, c'est-à-dire 14 ans, mais qui a été reconnu compétent pour témoigner, le pourra mais sans avoir à prêter serment.

144. En réalité, la doctrine considère qu'il n'y a pas de présomption explicite de compétence. Cependant, en l'absence de disposition contraire et particulière, il ressort de la section 54(1) que l'enfant sera présumé compétent à moins qu'il n'existe de raison d'en douter.¹⁸⁸ Ce doute sera celui des parties qui devront alors le soulever au moment de l'admissibilité de la preuve.

145. Si la règle est similaire en France et au Royaume-Uni, deux problèmes principaux ressortent de cette insuffisance de règle en France. La première tient à la date de l'appréciation de l'âge du témoin. En effet, il ne sera tenu compte que de l'âge au moment de la déposition, puisque c'est à ce moment-là que le mineur est le plus vulnérable et influençable. Toutefois, il est ici fait fi de toutes les autres inquiétudes liées aux témoignages du mineur, notamment l'adéquation de ses souvenirs à la réalité, la mémoire du mineur étant encore plus faillible que la mémoire du majeur.

146. La deuxième incohérence tient à la limite choisie par le législateur, celle de 16 ans. Cette limite semble très tardive, notamment lorsque l'on sait que le Code de justice pénale des mineurs pose une présomption de discernement à 13 ans. De plus, certaines infractions sont constituées ou aggravées lorsque la victime est mineure de 15 ans, notamment dans les infractions sexuelles. Ce nouveau seuil, qualifié par la doctrine de présomption de vulnérabilité,¹⁸⁹ permet une sorte de présomption selon laquelle avant cet âge, la victime n'est pas en mesure de comprendre l'acte qu'elle subit.¹⁹⁰ Y aurait-il alors en droit pénal trois seuils de « discernement » ?

¹⁸⁶ Muriel GIACOPELLI & Yannick JOSEPH-RATINEAU, *op. cit.* (n. 6) para 45

¹⁸⁷ Cass. crim., 4 janvier 1985, *Bull crim* n°11

¹⁸⁸ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 16), para 13-024

¹⁸⁹ Farah SAFI, « art. 227-1 et 227-2 – Fasc 20 : Délaissement de Mineur », *Jurisclasseur Pénal*, (2018) para 8

¹⁹⁰ Voir notamment le viol prévu à l'article 222-23-1 du Code pénal

147. On voit alors que le Royaume-Uni a choisi la flexibilité, par le biais d'une appréciation *in concreto* de la fiabilité et donc de la contraignabilité de la déposition d'un enfant, alors que la France a choisi de mettre en place un seuil légal, à partir duquel on présume que le mineur comprend les enjeux de son témoignage et peut donc se voir opposer l'obligation de prêter serment. Dans les faits, cette distinction permettra simplement à la cour de mieux connaître le mineur permettant peut-être une meilleure appréhension de la crédibilité de sa déposition.

Outre ces inaptitudes au témoignage, certaines personnes se verront empêchées de témoigner par la loi.

§3. Les témoins légalement empêchés

148. Outre ces incompatibilités ou incompétences qui ramènent au sens premier de ces termes, c'est-à-dire l'aptitude à répondre de façon pertinente aux questions, les deux juridictions ont considéré que devaient être frappées de ces impossibilités certaines catégories de personnes en raison de leur lien avec l'infraction. Il s'agit alors d'incapacités ou d'incompétences légales.

149. Il est d'ores et déjà possible donner un exemple. Le droit français consacre à côté de cette incompétence de fait une incompétence juridique pour la personne condamnée à une peine d'interdiction civique, civils et de famille. En effet, selon l'article 131-26 4° du Code pénal, ces personnes « n'ont le droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ».

150. Toutefois, deux autres catégories de personnes pourtant aptes à témoigner, y sont empêchées par la loi et méritent de plus amples développements : les parties à la procédure (A) et leurs proches (B)

A/ Les parties à la procédure

151. Ainsi, sont incapables les personnes liées à l'infraction. En effet, nul ne peut, dans la même affaire être témoin et partie.¹⁹¹ Ces parties sont alors empêchées doublement, par

¹⁹¹ Cass. crim., 28 janvier 1958, n°57-92.261

l'incompatibilité de leur qualité avec celle de témoin, mais aussi par l'incapacité que leur attache la loi.

152. C'est le cas tout d'abord de la partie civile. Par principe, le témoin cité et notifié qui s'est constitué partie civile avant son audition, est entendue sans prestation de serment. À moins qu'elle ne se soit expressément désistée et qu'elle ait été citée et dénoncée en tant que témoin et non en tant que partie civile, elle n'aura pas déposé sous serment. Il en ira de même s'il n'a pas encore été statué sur la recevabilité de sa constitution de partie civile.¹⁹² Ce droit est personnel, donc limité à la personne de la partie civile. Ainsi, la seule extension prévue est celle du cas du représentant légal d'un mineur s'étant constitué partie civile en son nom.¹⁹³ Toutefois, cette exclusion ne s'étend pas au conjoint, parents, alliés ou préposés de la partie civile. Une telle disposition ne peut exister au Royaume-Uni puisque la victime de l'infraction n'est pas partie au procès pénal.

153. L'incapacité en droit français et l'incompétence en droit britannique de la personne poursuivie relèvent de la même logique. Plus encore, cette règle, établie de longue date, est une conséquence directe du droit de l'accusé à ne pas témoigner contre lui-même, et plus précisément de ne pas s'auto-incriminer.

154. Pourtant, étonnement, la règle déclarant incapable le coauteur de l'infraction n'a été ajoutée dans le Code de procédure pénale qu'en 2011.¹⁹⁴ Le 8° de l'article 335 du Code de procédure pénale prévoit maintenant que ne peut être entendu sous la foi du serment

toute personne qui a été accusée, prévenue ou condamnée soit pour le crime dont est saisie la cour d'assises en qualité de coauteur ou de complice, soit pour un crime ou un délit connexe ou formant un ensemble indivisible avec le crime dont est saisie la cour d'assises.

155. Cette incapacité n'est pas absolue puisque le mis en examen bénéficiant d'un non-lieu ne pourra bénéficier de cette disposition, de même que les ascendants, descendants et alliés de celui-ci. De plus, le législateur a prévu une limite tenant à la nature de l'infraction objet des débats. En effet, cette incapacité n'est admise qu'en cas de crimes et est exclue des délits connexes.

¹⁹² Cass. crim., 12 mars 1986, n°85-94.418

¹⁹³ Cass. crim., 16 décembre 1992, n°92-82.179

¹⁹⁴ Article 13 de la loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs (1)

156. De même, le droit britannique considère que la personne accusée n'est pas compétente pour témoigner pour l'accusation. La loi a prévu, à la section 53(5) *YJCEA* de 1999, une exception à cette incompétence dans les cas où il n'est pas ou plus susceptible d'être condamné pour aucune des infractions objets de la procédure, soit parce qu'il a plaidé coupable, soit pour toute autre raison.¹⁹⁵

À l'origine, cette incompétence légale était aussi étendue au témoignage pour la défense. Ainsi, si l'accusé ne pouvait témoigner contre lui-même, il ne pouvait pas non plus témoigner pour la défense de son co-accusé ou pour lui-même. Toutefois, la section première du *Criminal Evidence Act* de 1898 a renversé ce principe, et prévoit à présent que l'accusé est maintenant compétent pour témoigner pour la défense. Si ces dispositions ont pour effet de le rendre compétent, elles n'ont pas en revanche pour effet de le rendre contraignable. C'est cette deuxième condition qui apporte les limites aux personnes pouvant venir témoigner devant les juridictions. Ainsi, par dérogation au principe de contraignabilité, si l'accusé a le droit de témoigner pour sa propre défense ou celui de son co-accusé, il ne peut cependant être contraint de la faire.

En somme, la personne poursuivie est, en droit britannique, incompétent et incontraignable pour témoigner pour l'accusation, mais seulement incontraignable pour témoigner pour la défense.

157. Dans les deux juridictions, ces règles auront pour conséquence que la personne poursuivie et, en France, la partie civile ne prêteront pas serment, alertant encore la juridiction sur la nécessaire méfiance à attacher à leurs propos.

158. Si on comprend aisément la *ratio legis* de telles règles au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer, il est possible d'estimer que ces restrictions traduisent d'une certaine méfiance due à la nécessaire partialité des parties. Or, cette suspicion de partialité s'étend aux proches de la personne poursuivie.

B/ Les proches de la personne poursuivie

159. Enfin, certaines personnes ne pourront pas témoigner en raison de leur lien avec la personne poursuivie. En la matière, il existe une grande différence d'étendue de cette protection entre le droit français et le droit britannique.

¹⁹⁵ *R v McEwan* [2011] EWCA Crim 1026

L'article 335 du Code de procédure pénale dresse une liste limitative des personnes frappées par cette incapacité.¹⁹⁶ C'est véritablement cette nature du lien qui cause une présomption de reprochabilité ce qui explique qu'elle doive être précisée, à peine de nullité.¹⁹⁷

160. En premier lieu, on y retrouve les parents et autres ascendants. Ici, le droit civil joue un rôle puisque, si cette énonciation semble plutôt globale, il faut que la paternité soit légitime, naturelle ou adoptive, tant que le lien est légitimement établi et précisé. Cela explique notamment que sont exclus de cette catégorie les parents nourriciers ainsi que les parents biologiques qui ont fait une adoption plénière telle que prévue par l'article 356 du Code civil. Cette dernière disposition se comprend puisqu'aux termes de cette disposition, « l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang », tout lien familial étant ainsi rompu. Néanmoins, une réserve peut être émise ici. Si le droit pénal a la réputation de s'attacher à la réalité, les parents nourriciers ont généralement un lien très fort avec les enfants qui sont à leur charge. Une telle méfiance pourrait alors nettement être justifiée à leur encontre.

161. Puis, l'article fait mention des enfants ou autres descendants de l'accusé avec cette précision qu'il faut qu'il ait été reconnu avant de prévoir cette incapacité pour les frères et sœurs, qu'ils partagent un seul parent ou les deux, qu'ils soient légitimes ou utérins ou même consanguins.¹⁹⁸

162. Ces trois principales catégories, définissant de façon d'ores et déjà une vision assez large de la famille, est encore élargie par les alliés au même degré que les trois catégories ci-dessus évoquées. Selon la jurisprudence, l'alliance est le lien qui se contracte entre l'un des conjoints et les parents de l'autre.¹⁹⁹ Ce lien est établi au moment où l'alliance est créée (mariage par exemple) et survit au décès du conjoint.²⁰⁰ Ainsi, une rupture « naturelle » ne lèvera pas cette incapacité. En revanche, lorsque le lien a été rompu de manière volontaire par les parties, l'alliance ne survit pas. C'est ainsi que l'ex-conjoint de l'accusé, séparés par un divorce, ne sera pas considéré comme un témoin reprochable.²⁰¹ De même, un tel lien ne pouvant être étendu à l'infini, les alliés du conjoint sont exclus.

¹⁹⁶ Cass. crim., 30 mai 1895, *DP 1896 MERLE* et André VITU, *op. cit.* (n. 17); voir plus récemment Cass. crim., 15 octobre 1986, n°86-90.959

¹⁹⁷ Cass. crim., 21 juin 1995, n°94-85.159

¹⁹⁸ Cass. crim., 14 mars 1984, *D 1984 IR 314* dans Merle et Vitu *op. cit.* (n. 17)

¹⁹⁹ Cass. crim., 15 avril 1905, *DP 1905* dans Merle et Vitu *op. cit.* (n. 17)

²⁰⁰ Cass. crim., 3 septembre 1977, n°76-93.437

²⁰¹ Cass. crim., 30 juin 1993 n°93-80.497

163. Enfin, les dispositions relatives au conjoint de l'accusé ont connu une évolution très récente. En principe, l'article 335 du Code de procédure pénale protège l'époux et l'ex-époux. Mais pour cela, il faut que le mariage ait été légalement célébré. Il est alors de jurisprudence que le simple mariage religieux ne suffit pas à protéger le conjoint.²⁰² Ici, le cadre légal peut se comprendre puisque de telles unions ne sont pas reconnues en droit français. Néanmoins, jusqu'à très récemment, les concubins et les partenaires liés par un pacte civil de responsabilité n'étaient pas compris dans le terme de « conjoint » prévu par l'article 335 du Code de procédure pénale, alors que le droit civil leur reconnaît un statut particulier. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à cet égard, a déclaré cette différence de traitement contraire au principe d'égalité devant la loi.²⁰³ La loi du 24 décembre 2020 a alors procédé à une modification du 5^e de l'article 335 qui dispose maintenant que sont frappés de cette incapacité

le partenaire lié à l'accusé par un pacte civil de solidarité ou de son concubin, au sens de l'article 515-8 du Code civil, lorsque cet état a été allégué par le témoin, l'accusé ou une partie et qu'il n'est pas contesté ou qu'il est établi par les éléments de la procédure.

Sont alors mises en évidences les concessions du législateur faites à la réalité sociologique, laquelle est au recul du mariage et un développement important des pactes civil de solidarité.²⁰⁴

164. De façon assez surprenante, le droit britannique n'a pas suivi cette évolution, et la liste prévue pour consacrer une inculpabilité se limite au conjoint de l'accusé. Cela signifie que, bien que compétent, le conjoint ne pourra être forcé à témoigner ni pour l'accusation ni pour la défense du co-accusé. Une telle exclusion a pu poser de gros problèmes dans les cas de violences intrafamiliales et conjugales. La *Common law* a alors assortie ce privilège marital de limites. L'accusation pourra ainsi contraindre leur témoignage pour certaines infractions prévues à la section 80(3) *PACE* de 1984. Cette section prévoit trois types d'infractions pour lesquelles les conjoints pourront être appelés à témoigner pour l'accusation.

165. Il s'agit en premier lieu des infractions qui impliquent une agression, une blessure ou une menace de blessure à l'encontre du conjoint ou partenaire civil ou d'une personne âgée de

²⁰² Cass. crim., 16 décembre 2015, n°14-87.234

²⁰³ Conseil constitutionnel, 28 février 2020, n°2019-828/829

²⁰⁴ *Mariage & Pacs – Données annuelles de 1990 à 2021* : 294 680 mariages et 6 151 PACS en France en 1990 contre seulement 220 000 mariages et 173 894 PACS en 2021 ; données accessibles < <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498> >

moins de 16 ans au moment des faits.²⁰⁵ On retrouve alors bien ici le cas des violences intrafamiliales.

La section ajoute les infractions sexuelles dont il est allégué qu'elle ait été commise à l'égard d'une personne qui, à l'époque des faits, n'avait pas 16 ans.²⁰⁶

Enfin, la troisième infraction prévue est celle qui consiste à tenter ou à conspirer en vue de commettre, ou à aider, encourager, conseiller, procurer ou inciter à commettre une des infractions précédentes.²⁰⁷

166. Il s'agit alors bien de protéger la sphère familiale, et non pas seulement les conjoints maltraités. Étonnamment, ce cas d'incontraignabilité est le seul en droit britannique à être issu du lien familial avec l'accusé. Plus surprenant encore, il est interprété de façon très stricte puisque la jurisprudence a été très claire quant à l'exclusion de l'application de cette règle aux couples non mariés. En cela, la *Common law* rejoint la jurisprudence conventionnelle qui avait admis que ce privilège marital devait se limiter aux conjoints mariés.²⁰⁸ Peut-être cela s'explique-t-il par un attachement plus important à l'institution du mariage et à l'inexistence d'un contrat intermédiaire tel que le pacte civil de solidarité. Toutefois, il en résulte une absence de prise en compte par la loi de la partialité inévitable du conjoint même non marié.

167. Ce dernier constat permet une conclusion plus générale. La France a consacré de nombreux garde-fous légaux permettant de mettre en exergue les potentiels défauts d'un témoin. Cela résulte inévitablement en un statut de témoin légalement plus strict. Toutefois, ces garde-fous légaux sont remplacés en Angleterre et au Pays de Galles par une appréciation *in concreto* et personnalisée de ces défauts. Cette distinction fondamentale n'a rien d'étonnant puisque l'on retrouve ici l'opposition classique entre le droit écrit et le droit jurisprudentiel.

168. Ainsi, dès le stade de l'admission de la preuve, de nombreuses garanties sont mises en place afin, si ce n'est pour exclure complètement une preuve non fiable, de révéler les défauts du témoignage. Ces garanties donnent alors la possibilité au juge d'attribuer à ces témoignages, en connaissance de cause, la force probante adéquate. Toutefois, un témoin admis à témoigner n'est pour autant pas jamais sans défaut. De nouvelles garanties sont alors prévues dans la mise en œuvre de la preuve testimoniale.

²⁰⁵ *PACE* 1984, section 80(3)(a)

²⁰⁶ *Ibidem*, section 80(3)(b)

²⁰⁷ *Ibid.*, section 80(3)(c)

²⁰⁸ CEDH, 3 avril 2012, n° 42857/05, *Van Der Heijden contre Pays Bas*

TITRE 2nd – LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREUVE

TESTIMONIALE

169. Si le témoin qui se présente devant les juridictions a déjà fait l'objet d'une sorte de filtre, les risques inhérents au témoignage n'ont pour autant pas disparu. Afin de parvenir à un usage le plus effectif possible, les systèmes britanniques et français ont encadré la mise en œuvre de cette preuve par la protection tant du témoignage (Chapitre 1) que de la personne du témoin (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La protection du témoignage

170. La protection prévue par le législateur tant en droit français qu'en droit britannique est une protection générale qui se traduit par des règles d'auditions spécifiques (Section 1). Toutefois, certains témoins faillibles font l'objet d'une attention particulière (Section 2)

Section 1 – Les règles d'audition du témoin

171. L'impact que le témoignage aura sur l'issue d'une procédure n'est pas le même selon la phase du procès dans laquelle il intervient. Chacune de ces phases a des spécificités qu'il s'agit alors de préciser en se penchant sur la phase préparatoire du procès (§1) avant de s'intéresser à l'audition de témoin devant les juridictions de jugement (§2).

§1. Le témoignage en phase préparatoire du procès

172. Il est possible ici aussi de faire une distinction dans le formalisme prévue entre l'enquête de police (B) et la spécificité de la procédure française, c'est-à-dire l'instruction (C). Toutefois, avant d'étudier les spécificités de ces deux phases, des précisions sur le cadre légal sont nécessaires (A).

A/ Le cadre légal

173. La phase préparatoire du procès en France a une forme plus complexe, plus aboutie que celle prévue par la procédure pénale britannique. En effet, à titre de préambule, il est important de rappeler que la phase préparatoire du procès en France peut, pour les infractions les plus graves, faire l'objet d'une enquête de police et d'une instruction, cette dernière introduisant un

juge du siège dans la recherche de la manifestation de la vérité. Cette instruction prend tout son sens au regard des particularités de l'enquête de police, menée par le Procureur de la République qui, bien que considéré comme une autorité judiciaire, n'est pas indépendant, car elle représente la partie poursuivante.²⁰⁹ L'instruction permet alors d'insérer une sorte de tiers neutre, qui plus est une autorité judiciaire impartiale et indépendante. Cette autorité, le juge d'instruction, est une garantie permettant de procéder à des actes plus attentatoires aux libertés que ceux possibles en enquête de police.

174. De telles précautions ne sont pas prises au Royaume-Uni puisque l'instruction préparatoire est une spécificité française. Les garanties procédurales sont alors beaucoup moins développées au Royaume-Uni. Non seulement il n'existe pas un système de gradation des actes d'enquête en fonction de la gravité de l'enquête,²¹⁰ mais en plus les investigations ne sont menées que sous la direction de l'officier de Police en charge de l'affaire.²¹¹ Ainsi, bien qu'évitant les risques de partialité vis-à-vis de la future partie poursuivante, aucune autorité judiciaire n'est dédiée au contrôle de la légalité des actes d'enquête.

175. Cette distinction a une incidence directe sur les règles légales tenant aux auditions des témoins, qui sont très développées en France, beaucoup moins au Royaume-Uni. La doctrine considère qu'il existe en la matière une réelle carence dans la réglementation des pouvoirs de police et plus particulièrement les pouvoirs d'interroger.²¹² Si cette « déficience » est relevée pour les personnes à l'encontre desquelles il existe une raison de soupçonner la participation à une infraction, il en va de même pour les simples témoins. Ainsi, ce n'est pas la loi qui prévoit les règles d'auditions de témoin, absente des deux grandes lois régissant l'enquête de police.²¹³ Ce sont des normes émises par le pouvoir exécutif qui éclairent sur le déroulé de ces auditions.

176. Les règles d'auditions sont réunies dans le guide d'interrogatoire des victimes et des témoins, lequel rappelle que le but premier de l'audition est d'obtenir des informations cohérentes et fiables.²¹⁴ L'audition de témoin est alors constituée de quatre phases :

²⁰⁹ Conseil constitutionnel, 8 décembre 2017 n° 2017-680 QPC & CEDH, Grande chambre, 29 mars 2010, n° 3394/03 *Medvedyev et autres c. France*

²¹⁰ À l'exception de certains actes prévus par le *Terrorism Act* de 2000

²¹¹ *Criminal procedure and investigation Act* de 1996, section 22

²¹² Emmanouela MYLONAKI et Tim BURTON, « A critique of the deficiencies in the regulation of contemporary police powers of detention and questioning in England and Wales », *Pol. J.*, (2010), vol 83(1), p. 61

²¹³ *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 et *Criminal Procedure and Investigation Act* de 1996

²¹⁴ *Ministry of Justice & National Police Chiefs' Council*, (n. 181) para 3.1

l'établissement d'un rapport permettant d'établir les besoins du témoin, le témoignage dans une déclaration spontanée, les questions et enfin la clôture de l'audition.²¹⁵ Les règles qui sont ici posées par le Ministère de la Justice et le *National Police Chief's Council* ne sont pas juridiquement contraignante mais simplement des conseils donnés aux officiers de police permettant d'accompagner au mieux les témoins.

B/ Les spécificités de l'audition en phase d'enquête.

177. La phase d'enquête en France comme au Royaume-Uni est alors présidée par un manque de formalisme. Ainsi, le choix des témoins est fait par les officiers de police judiciaire en France²¹⁶ ou les officiers de police britannique, et leur convocation se fait sans forme spécifique.²¹⁷ Néanmoins, l'officier de police judiciaire aura plus ou moins de pouvoir en fonction du cadre d'enquête dans lequel il agit. Notamment, en droit français, l'officier de police judiciaire peut défendre à toute personne de s'éloigner du lieu de commission de l'infraction jusqu'à la clôture de ses opérations uniquement en enquête de flagrance.²¹⁸

178. En ce qui concerne la forme que prend l'audition du témoin, on retrouve ici des similitudes entre le droit français et le droit britannique puisque, dans l'un et l'autre des systèmes, il peut être prendre de multiples formes : audition classique, parade d'identification,²¹⁹ ou encore une confrontation.²²⁰

Il existe une particularité en phase d'enquête policière, le témoin ne prête pas encore serment. Cette règle vaut tant pour le droit français que pour le droit anglais. Ainsi, en France, l'article 62 du Code de procédure pénale prévoit pour le témoin une obligation de comparaître, mais ne prévoit pas d'obligation de prêter serment à ce stade. En effet, l'obligation de prêter serment n'apparaît qu'à l'article 103 du Code de procédure pénale, placé dans le Titre III concernant les juridictions d'instruction.

179. Au Royaume-Uni, il n'existe pas non plus d'obligation de prêter serment à ce stade de la procédure. Toutefois, *l'ABE* consacre le système particulier du serment rétroactif. Le

²¹⁵ *Ibidem*, para 3.4

²¹⁶ Code de procédure pénale, article 62

²¹⁷ Jean PRADEL, *op. cit.* (n. 18), para 523

²¹⁸ Code de procédure pénale, article 61

²¹⁹ PACE 1984, *Code of Practice D*, Annexe B ; Cass. crim., 10 mars 1993, n° 90-83.144 : *JurisData* n° 1993-704804

²²⁰ PACE 1984, *Code of Practice D*, Annexe D ; Article 114 du Code de procédure pénale

ministère de la Justice considère qu'un serment n'est pas nécessaire à ce stade puisque, si la personne auditionnée venait à comparaître devant les juridictions, il appartiendrait au juge de lui faire procéder à un serment rétroactif ou à l'entendre à titre de renseignement.²²¹ Ainsi, contrairement à la France, il y a bien une obligation de dire la vérité qui pourra être appliquée rétroactivement. Or, est-il légitime de sanctionner une personne pour une obligation qu'elle n'avait pas au moment des faits ? Cette procédure est d'autant plus troublante que les critères de son application ne sont pas précisés, laissant une importante discrétion au juge du droit.

180. Enfin, si le formalisme est moins fort en phase policière, un formalisme persiste en droit français, celui de l'obligation de dresser un procès-verbal d'audition. Celui-ci est rédigé et signé immédiatement par son rédacteur, puis par la personne entendue une fois qu'il lui en a été fait lecture.²²² Une telle obligation n'existe pas en droit britannique. L'ABE prévoit seulement un résumé fait au témoin de ses propos, qui n'est pas obligatoire si le témoin est trop fatigué pour l'entendre,²²³ et un document écrit concernant la préparation et la conduite de l'audition sera dressé par l'officier en charge de l'audition « tant que les événements sont frais dans son esprit ». ²²⁴ Seules les déclarations des témoins clés font l'objet d'un document plus complet.²²⁵

181. Depuis peu, le Royaume-Uni a admis la possibilité pour le *prosecutor* d'interroger un témoin afin d'obtenir des précisions sur le témoignage donné aux policiers et donc décider au mieux des suites à donner à l'affaire.²²⁶ Cette mesure étant exceptionnelle, elle ne peut être conduite qu'une fois que le témoin a été auditionné par la police soit par le biais d'un écrit signé, soit par le biais d'une audition enregistrée.²²⁷ De plus, la comparution du témoin n'est pas obligatoire et ne peut donc pas être forcée.²²⁸ Il est alors manifeste que cette procédure constitue simplement une aide pour le *Crown Prosecution Service* (CPS) mais ne peut en aucun cas être contraignante et attentatoire aux libertés. Apparaît encore une fois la différence majeure de rôle entre le CPS et le Ministère Public. En France, si ce n'est pas matériellement le procureur de la République qui procède aux auditions, les enquêtes de polices sont tout de même conduites

²²¹ ABE para 3.17 mais seulement lorsque les auditions ont été enregistrées

²²² Articles 61 et 66 du Code de procédure pénale

²²³ ABE para 3.86 et 3.87

²²⁴ *Ibidem*, para 3.112

²²⁵ *Ibid*, para 3.113

²²⁶ Crown Prosecution Service, *Pre-Trial Witness interview Code of Practice*, site officiel du *Crown Prosecution Service*, para 2.1, accessible < <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/pre-trial-witness-interviews-guidance-prosecutors> >

²²⁷ *Ibidem* para 2.4

²²⁸ *Ibid* para 6.1

sous sa direction.²²⁹ Le Code de procédure pénale prévoit explicitement qu'il procède au contrôle des actes d'enquête, y compris des auditions de témoins.

182. Ainsi, les auditions de témoin en phase policière sont souvent peu formelles. Cela a amené la doctrine britannique à dresser le funeste constat que « l'obtention de déclarations de témoins est relativement informelle, ouverte aux pressions abusives, ne produit qu'un résumé des choses dites par un témoin et est sujette aux omissions, aux malentendus et aux inexactitudes ». ²³⁰

Le formalisme semble alors être fonction de l'autorité qui procède à l'audition. Un formalisme plus poussé est alors prévu en phase d'instruction.

C/ Les auditions pendant l'instruction

183. Toutefois, le formalisme strict n'apparaît pas en France au moment de la comparution devant la juridiction de jugement mais peut apparaître dès l'information préalable. Ces auditions de témoins font d'ailleurs l'objet d'une section entière dans le titre dédié à la juridiction d'instruction. Conformément à la particularité de l'instruction, les auditions sont à la fois secrètes et par écrit.²³¹ Le caractère secret se matérialise par l'audition séparée des témoins tandis que le caractère écrit se matérialise par la consignation de l'audition, menée oralement par le témoin et le juge d'instruction, dans un procès-verbal. Le formalisme des procès-verbaux est prévu de façon très stricte par le Code de procédure pénale. Ces derniers doivent être rédigés sans aucun interligne²³² et doivent comporter les noms, prénoms, âge, état, profession, demeure, s'ils sont parents ou alliés avec les parties et à quel degré ou s'ils sont à leur service.²³³ Il contient tant les questions que les réponses et chaque rature ou renvoie doit faire l'objet d'une approbation par le juge d'instruction, le greffier et le témoin.²³⁴ Ce formalisme est prévue à peine de nullité. C'est ainsi que le procès-verbal d'audition d'un témoin qui refuse de donner son identité a dû être retiré du dossier d'instruction.²³⁵

²²⁹ Code de procédure pénale, article 39-3

²³⁰ Anthony HEATON-ARMSTRONG et David WOLCHOVER, « Recording witness statements », *Crim L R*, (1992) p. 160

²³¹ Caractère écrit de l'instruction : Cass crim, 11 avril 1959, *Bull crim* n°213

²³² Code de procédure pénale, article 107

²³³ *Ibidem*, article 103

²³⁴ *Ibid*, article 107

²³⁵ Cass crim, 26 juin 1984 : *D 1984 IR 466* ; on retrouve ici certaines caractéristiques de la procédure inquisitoire, inconnu en droit britannique.

184. C'est aussi à ce stade qu'apparaissent les obligations du témoin de comparaître, prêter serment et de déposer.²³⁶ Le témoin est entendu seul par le Juge d'instruction qui dirige l'audition. Cela s'explique par le fait que le témoin ne bénéficie pas des droits de la défense, n'étant pas partie à la procédure.²³⁷

185. Ce formalisme peut s'expliquer par le fait que le Juge d'instruction est une juridiction, appelant alors nécessairement à un formalisme plus accru. De même, il est possible de considérer qu'il est moralement plus répréhensible de mentir à une juridiction. Enfin, les faits les plus graves passent par l'instruction. Cette dernière pourra alors agir comme nouveau filtre des mauvais témoignages. Une telle protection n'existe pas au Royaume-Uni, ce qui signifie qu'un témoin faillible pourrait n'être révélé que devant les juridictions de jugements, voire pas du tout. On peut nuancer la dangerosité d'une telle absence par une remarque faite par Faustin Hélie à propos des confrontations entre témoins. Selon lui, une telle pratique prive la défense du bénéfice des variations et contradictions entre les témoins, lesquels, avertis de telles variations, pourront les faire disparaître.²³⁸ Or, toute la stratégie pénale britannique repose sur ces contradictions qui décrédibiliseront le témoignage.

186. Ce formalisme est limité en phase préparatoire afin de permettre une recherche efficace de la vérité. Toutefois, est-ce bien chercher que de chercher beaucoup ? Le risque serait se sacrifier la qualité à la quantité mais le système français semble avoir trouvé le bon équilibre en phase d'instruction. Il en va différemment devant les juridictions de jugement, puisque l'heure n'est plus à la recherche de preuve. Le formalisme est alors encore renforcé.

§2. Le témoignage devant les juridictions de jugement

187. La conduite des débats constitue le point de rupture le plus important entre les deux systèmes, les uns étant menés par la juridiction, les autres par les parties. Néanmoins, qu'importe le système choisi, le formalisme des auditions tend à la protection de l'intégrité du témoignage. Ces garanties passent par un encadrement strict de la périphérie de la déposition (A) ainsi que de la déposition en elle-même (B).

²³⁶ Code de procédure pénale, article 109

²³⁷ Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 14^e ed, LexisNexis, Manuels, 2021, p. 1099

²³⁸ Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e ed, Paris, Tome IV, 1866, p. 497, para 1869

A/ les règles périphériques à la déposition du témoin

188. Révélateur d'une distinction plus globale entre le système français et le système britannique, il existe devant les juridictions françaises une définition précise des règles qui entourent l'audition du témoin. Ces règles sont presque aussi importantes que la déposition du témoin. À l'inverse, un tel encadrement n'est que très limité devant les juridictions britanniques.

189. Toutefois, ce formalisme n'est pas toujours égal. Fonction de la gravité de l'infraction, le formalisme sera croissant, atteignant son paroxysme devant la Cour d'assises.

En effet, le Code de procédure pénale donne pouvoir au président de la Cour d'assise d'organiser les débats notamment en établissant l'ordre des dépositions.²³⁹ Au contraire, devant les juridictions britanniques, il appartient aux parties de déterminer l'ordre de passage des témoins. La seule obligation, tenant au fait que la défense a la parole en dernier, est qu'il appartiendra d'abord aux *Crown prosecution service* d'appeler à la barre ses témoins, puis à la défense.²⁴⁰

190. En outre, le formalisme de la procédure française est tourné vers le souci d'assurer le témoignage le plus fidèle possible à la réalité, ou en tout cas à la réalité du témoin. Ainsi, par principe, chaque témoin est entendu séparément et l'huissier n'appelle le témoin qu'une fois que le précédent témoin a terminé de déposer.²⁴¹

191. Puis, à l'instar de ce qui est fait devant le juge d'instruction, le témoin est interpellé par le président, lui demandant un certain nombre d'informations prescrites par la loi. Tout d'abord, le président demande au témoin d'énoncer son nom, ses prénoms, son âge, sa profession et son domicile ou sa résidence. Une fois ces éléments d'identités donnés, il lui demande ses liens avec l'accusé ou la partie civile, c'est-à-dire s'il le connaissait avant les faits mentionnés par l'ordonnance de renvoi, les éventuels liens de parentés ou d'alliances et le lien de subordination.²⁴² Si ces informations laissent penser aux incapacités et immunités familiales, la Cour de cassation a très tôt eu l'occasion d'affirmer que ces informations ont en réalité pour

²³⁹ Code de procédure pénale, article 331 alinéa 1

²⁴⁰ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 16) para 13-003

²⁴¹ Code de procédure pénale, article 331 alinéa 1

²⁴² *Ibidem*, article 331 alinéa 2

seul but d'éclairer la Cour et le jury sur le degré de confiance à accorder au témoin.²⁴³ Une fois de plus, un tel formalisme est absent de la procédure britannique. Avant de prêter serment, le témoin sera simplement tenu de donner son nom à la Cour et, si cela est pertinent aux regards des faits de l'affaire, il donnera aussi son adresse.²⁴⁴

192. Une fois ces premières déclarations achevées, dans l'une et l'autre des juridictions, le témoin prête serment selon les règles développées précédemment²⁴⁵ et procède à sa déposition. Chaque témoin comparait seul. De plus, dans les deux juridictions, le témoin n'attendra pas d'être appelé à la barre dans la salle d'audience mais dans une salle séparée.²⁴⁶ Toutefois, la *ratio legis* de cette règle diffère de l'une à l'autre des juridictions. Au Royaume-Uni, la raison de cette séparation tient en la préservation du témoin de toute intimidation.²⁴⁷ En France, cette séparation tient au fait que le témoin ne peut connaître les déclarations des témoins l'ayant précédé afin, de préserver l'authenticité de son témoignage. Toutefois, une fois sa déposition achevée, il peut demeurer en la salle d'audience jusqu'à la fin des débats, sauf à ce que le Président en décide autrement notamment dans la perspective d'une réaudition ou d'une confrontation.²⁴⁸ La même logique s'impose au Royaume-Uni.²⁴⁹ Toutefois, le maintien dans la salle d'audience ne fera obstacle ni à une réaudition, ni à une confrontation. Le principe est alors que le témoin reste jusqu'à la fin des débats mais, si les parties ne s'y opposent pas, le président peut autoriser le témoin à se retirer définitivement.²⁵⁰

193. Enfin, si au Royaume-Uni, les règles posées pour la *Crown court*, compétente pour les infractions les plus graves, et celles posées pour la *Magistrates' court* sont les mêmes. Le système français connaît une certaine gradation dans le formalisme, puisque les règles susmentionnées sont assouplies devant les autres juridictions répressives en France. Le rôle du témoin devant ces juridictions étant résiduel, leur place dans la procédure est donc elle aussi minime.

²⁴³ Cass. crim., 7 février 1896 : bull crim 1896 n°57

²⁴⁴ *Criminal Procedure Rules* SI 2020/759 de 2020, Partie 25(K)(b)

²⁴⁵ Voir Titre 1, Chapitre 2, Section 1 de ce mémoire

²⁴⁶ Pour le Royaume-Uni : *Criminal Procedure Rules* SI 2020/759, section 24.4(1); pour la France : Code pénal, article 325

²⁴⁷ Gouvernement du Royaume-Uni, « Going to court to give evidence as a victim or witness », *site officiel du gouvernement*, accessible <<https://www.gov.uk/going-to-court-victim-witness/help-and-support-in-the-court>>

²⁴⁸ Code de procédure pénale, article 334

²⁴⁹ Ministry of Justice, *The Witness Charter: a standard of care for witnesses in the criminal justice system* (Décembre 2013), standard 15

²⁵⁰ Cass. crim., 2 septembre 1897, *Bull crim* 1897 n°304 dans ANGEVIN et LE GALL, *op. cit.* (n 168), para 677

En effet, le témoin est rare devant les juridictions correctionnelles. Essayant d'expliquer ce phénomène, Christian Guéry et Bruno Lavielle évoquent la moindre importance des affaires, la nature des faits majoritairement établie, des incertitudes des horaires de passages devant les juridictions surchargées, mais aucune d'entre elles ne les satisfont.²⁵¹

194. Néanmoins, formellement, le Code de procédure pénale prévoit des règles d'auditions assez similaires à celles prévues en matière criminelle. Le témoin dépose seul,²⁵² prête serment et dépose d'abord spontanément avant d'être soumis aux questions de la Cour et des parties. Si cette précision n'est pas faite expressément par la loi comme c'est le cas devant la Cour d'assises, cette règle se déduit de l'article 454 qui prévoit la phase de question « après chaque déposition ».²⁵³

Ce sont alors globalement les mêmes garanties qui sont prévues, mais dans un formalisme moindre. On peut noter à titre d'exemple les dispositions de l'article 454 du Code de procédure pénale qui prévoit que, sauf décision contraire du président, le témoin peut se retirer une fois sa déposition achevée. Ainsi, le principe est inversé par rapport à la Cour d'assises devant laquelle, on l'a vu, le témoin ne se retire que sur autorisation du président. On peut y voir ici une place plus résiduelle de la place du témoin qui ne sera réentendu qu'à titre exceptionnel sur demande des parties.²⁵⁴

195. Par ailleurs, si le rôle du témoin est résiduel en matière correctionnelle, il l'est encore plus en matière contraventionnelle. Les audiences devant le tribunal de Police sont rares et peu complexes puisque les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire.²⁵⁵

Ainsi, de façon anecdotique, un témoin peut corroborer le procès-verbal lorsque la détermination de la responsabilité est un peu plus complexe. Ce fut le cas, notamment, dans une affaire dans laquelle un témoin avait reconnu formellement un chien ayant blessé une personne, permettant d'établir qui avait la garde de l'animal et donc la responsabilité pour la contravention de divagation de chien féroce.²⁵⁶

²⁵¹ Christian GUÉRY et Bruno LAVIELLE, *Droit et pratique des audiences correctionnelles et de police*, 3^e ed, Dalloz, Action, 2018, p. 326 para 223.12

²⁵² Code de procédure pénale, article 444

²⁵³ Christian GUÉRY et Bruno LAVIELLE, *op. cit.* (n. 251) p. 333 para 223.42

²⁵⁴ du Code de procédure pénale, article 454 alinéa 3

²⁵⁵ Code de procédure pénale, article 537

²⁵⁶ Cour d'appel d'Aix en Provence, 12 mai 1998, *jurisdata* 1998-041381

196. Pourtant, le témoin a une place particulière devant le tribunal de police puisque, tel que nous l'avons vu, la preuve contraire d'un procès-verbal ne peut être rapportée que par écrit ou par témoin.²⁵⁷ De plus, peut-être sont-ce les faibles enjeux en matières contraventionnelles ou la nécessité d'être efficace dans le rapport de la preuve contraire, mais les restrictions tenant aux témoins reprochables ne jouent pas devant le tribunal de police, si bien que les immunités familiales n'empêchent pas de rapporter la preuve contraire du procès-verbal.²⁵⁸ Pourtant souvent absent devant le tribunal de police, en cas de présence, ils sont soumis à la même procédure que devant les juridictions correctionnelles.

197. Outre ces formalités satellites, le formalisme des déclarations du témoin est poussé afin de permettre une restitution fidèle de son expérience.

B/ Les règles de dépositions du témoin

Une fois n'est pas coutume, la procédure française est moins formaliste que la procédure britannique en la matière. En effet, à l'issue de ces premières déclarations, le témoin prête serment, et procède à ce que la doctrine appelle une déposition spontanée, c'est-à-dire une déposition volontaire, « de son plein gré ».²⁵⁹ Le témoin n'est pas guidé, forcé dans ses propos et s'exprimer le plus librement et le plus spontanément possible.²⁶⁰

198. Cela se traduit par deux règles concrètes. Tout d'abord, la déclaration spontanée se fait en principe sans interruption.²⁶¹ Les professeurs Angevin et Le Gall expliquent que cette règle trouve son origine dans le fait que la déposition ne devait pas revêtir l'apparence d'un interrogatoire.²⁶² Au contraire, tel que le soulignait Faustin Hélie, le témoin doit être « libre dans son langage, libre dans ses déclarations ».²⁶³ Mais la loi du 23 mars 2019 a assoupli cette règle autorisant le président à interrompre le témoin dans ses déclarations lorsque cela apparaît

²⁵⁷ Code de procédure pénale, article 537

²⁵⁸ Cass. crim., 4 mars 2014, n°13-81.135, *Bull crim* n°184

²⁵⁹ Jacqueline PICOCHÉ, *Dictionnaire étymologique du français*, Dictionnaires Le Robert, Les usuels, 2008 ; on note toutefois l'ironie de l'utilisation de ce terme alors que précisément le témoin est contraint de déposer sous peine de sanction

²⁶⁰ Albert MARON et Marion HAAS., « Amant et victime par ricochet », *Droit Pénal* n°7 (2011) comm 97

²⁶¹ Code de procédure pénale, article 331 alinéa 4

²⁶² Henri ANGEVIN et Henri-Claude LE GALL, *op. cit.* (n. 169), para 670

²⁶³ Faustin HELIE, *op. cit.* (n. 238) p. 492, para 1866

nécessaire « à la clarté et au bon déroulement des débats », ²⁶⁴ marquant une concession à l'efficacité du témoignage.

199. Ainsi, la seule restriction concrète de la réponse du témoin dans cette phase est celle du recours aux documents extérieurs, interdit de longue date par la chambre criminelle afin de préserver la sincérité du témoignage. Il ne peut donc lire des déclarations écrites, ²⁶⁵ sauf à ce que le président l'y autorise. ²⁶⁶ Ainsi, non seulement le témoin ne doit être contraint dans ses déclarations par les parties à la procédure et la Cour, mais il ne doit pas non plus être contraint par ses propres déclarations. En la matière, le droit français et le droit anglais s'opposent radicalement puisque le législateur britannique voit avec bienveillance ces documents permettant au témoin de passer outre sa mémoire défectueuse. En effet, la section 139 du *Criminal Justice Act* de 2003 prévoit non seulement que le témoin peut se rafraîchir la mémoire avec un document qui fait état de ses souvenirs sur les faits, mais aussi les retranscriptions de ses précédentes auditions. Pendant longtemps, ces documents devaient faire l'objet d'une vérification préalable ainsi qu'être contemporains des faits ²⁶⁷ mais cette formalité a disparue. La jurisprudence considère, au contraire reconnu, qu'il n'y a aucune obligation faite au témoin de déposer seulement à l'aide de sa mémoire. ²⁶⁸

Toutefois, si les deux arguments s'entendent, l'ancienne règle de *common law* semblait parvenir à un meilleur compromis. La norme prévue le *Criminal Justice Act* semble avoir été trop libéraliste, occultant le danger que peut représenter l'utilisation d'anciennes dépositions ou de document extérieurs pouvant être facilement biaisées.

200. Cette étape de la déposition spontanée n'existe pas au Royaume-Uni. La première étape de la déposition du témoin est *le direct-examination*, ²⁶⁹ durant laquelle le témoin répond aux questions de l'avocat de la partie qui l'a fait citer. Importante distinction avec le droit français, les questions vont traduire la version des faits soutenue par la partie qui appelle le témoin, en espérant que ces réponses soutiendront cette thèse. En ce sens, Ian Dennis considère que « l'interrogatoire partisan et contrôlé est la norme, et le rapport libre du témoin l'exception ». ²⁷⁰ Ce désavantage de la procédure britannique est quelque peu compensé par la règle principale

²⁶⁴ Code de procédure pénale, article 332 alinéa 3

²⁶⁵ Cass crim, 8 novembre 1934 : *DH 1935.7*

²⁶⁶ Code de procédure pénale, article 331 alinéa 3 *in fine*

²⁶⁷ Andrew L-T CHOO, *op. cit.* (n. 44) p. 70

²⁶⁸ *R v Mangena* [2009] EWCA Crim 2535, para 7

²⁶⁹ Aussi appelé *examination-in-chief*

²⁷⁰ Ian DENNIS, *op. cit.* (n. 16) para 14-001

au stade de la *direct-examination* : l'exclusion des « *leading questions* ». ²⁷¹ *Leading* signifie mener, guider en anglais. Selon la doctrine, ce sont celles qui sont construites de façon à laisser suggérer la réponse attendue. ²⁷² L'exemple classique de question qui sera exclue est « le chapeau que vous avez vu était rouge, n'est-ce pas ? » qui implique que le chapeau était rouge.

201. Cette règle est très critiquée pour sa complexité puisque l'appréciation du caractère guidant de la question se fait de manière très subtile, y compris lorsque la question n'est pas fermée. ²⁷³ C'est pourquoi la doctrine et la pratique a révélé que le terme « *leading* » doit être entendu de façon relative et non absolue. ²⁷⁴

202. En tant qu'arbitre, il appartient alors au juge du droit de déterminer la nature de la question lorsqu'il existe un doute. Le juge pourra décider, à sa convenance d'assouplir cette règle lorsqu'il considère que cela va dans l'intérêt de la justice. ²⁷⁵ Ce rôle d'arbitre est renforcé par l'exception faite à cette interdiction des *leading questions* pour le témoin « hostile », ²⁷⁶ celui qui ne coopère pas. Cette qualité est accordée par le juge du droit au cours de l'audience ou, à titre exceptionnel, par une procédure de *voir dire*, hors la présence du jury. ²⁷⁷ Néanmoins, la partie ne peut en aucun cas remettre en cause, par ses questions, la crédibilité du témoin en faisant référence à son *bad character*, c'est-à-dire les informations sur sa réputation au sens large (condamnations, partialité, précédentes déclarations incohérentes). ²⁷⁸ Ces limitent considérablement l'intérêt d'une telle règle, ce d'autant qu'une réponse obtenue par le biais d'une *leading question* ne sera pas forcément inadmissible, seule sa force probante sera affectée. ²⁷⁹

203. Enfin, afin d'éviter la manipulation des preuves, le *common law* exclu certaines questions, et notamment la mention de déclarations faites par lui ou un autre témoin qui va dans le sens de son propos. ²⁸⁰

²⁷¹ *Maves v Grand Trunk Pacific Rail Co* (1913) 14 D.L.R. 70

²⁷² Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op. cit.* (n. 43) p. 181

²⁷³ Voir *ibid* par exemple, la question « qu'est-ce que Monsieur X vous a fait ce soir-là ? » sous-entend que Monsieur X a fait quelque chose.

²⁷⁴ William M. BEST, *Law of Evidence*, 12^e ed, Londres, 1922, p. 562

²⁷⁵ *Bottomley* 1909] 2 K.B. 14, para 21.

²⁷⁶ *R v Thompson* (1976) 64 Cr App R 96

²⁷⁷ *R v Darby* [1989] Crim LR 817

²⁷⁸ *Criminal Procedure Act* de 1865, section 3

²⁷⁹ *Moor v Moor* [1954] 1 WLR 927

²⁸⁰ *R v Roberts* [1942] 1 All ER 187, Juge Humphreys para 191

204. En France, afin que le témoignage soit le plus sincère possible, la chambre criminelle a considéré de longue date que le témoin déposant oralement, il ne peut faire des déclarations que d'après ses seuls souvenirs et ne peut donc lire des déclarations écrites.²⁸¹ Le témoin ne pourra alors avoir recours à des documents que sur autorisation du président.²⁸² Ainsi, non seulement le témoin ne doit être contraint dans ses déclarations par les parties à la procédure et la Cour, mais il ne doit pas non plus être contraint par ses propres déclarations. En la matière, le droit français et le droit anglais s'opposent radicalement. En effet, la section 139 du *Criminal Justice Act* de 2003 prévoit non seulement que le témoin peut se rafraîchir la mémoire avec un document qui fait état de ses souvenirs sur les faits, mais aussi les retranscriptions de ses précédentes auditions. L'évolution en la matière a été permissive puisqu'en réalité, pendant longtemps, le document utilisé devait faire l'objet d'une vérification préalable et devait être contemporain des faits.²⁸³ Cette formalité a disparu et la jurisprudence a, au contraire reconnu, qu'il n'y a alors aucune obligation faite au témoin de tenter de donner déposer seulement à l'aide de sa mémoire défectueuse.²⁸⁴

On trouve ici deux visions différentes du document extérieur. Si les deux sont seulement des supports de « rafraîchissement de la mémoire », ils sont vus avec méfiance d'un côté, car contraignant la mémoire du témoin, et avec bienveillance de l'autre, permettant au témoin de donner un témoignage fidèle car faisant fi d'une mémoire potentiellement défectueuse. Toutefois, si les deux arguments s'entendent, l'ancienne règle de *common law* semblait parvenir à un meilleur compromis. La norme prévue le *Criminal Justice Act* semble avoir été trop libéraliste, occultant le danger que peut représenter l'utilisation d'anciennes dépositions, lesquelles peuvent être à la fois biaisées par leur proximité avec l'action (manque de recul), mais aussi par les questions et l'orientation qu'ont pu leur donner les enquêteurs.

205. En France, ce n'est qu'une fois la déclaration spontanée achevée que le Code de procédure pénale donne la possibilité au président de poser des questions.²⁸⁵ Ces questions sont celles qu'il considère nécessaire à la manifestation de la vérité mais ne doivent pas traduire d'une opinion personnelle sur la culpabilité de l'accusé.²⁸⁶

Puis, il appartient au président, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, de déterminer l'ordre dans lequel les parties pourront poser les questions. La pratique la plus courante est de débiter

²⁸¹ Cass. crim., 8 novembre 1934 : *DH 1935.7* dans MERLE et André VITU, *op. cit.* (n. 17)

²⁸² Code de procédure pénale, article 331 alinéa 3 *in fine*

²⁸³ Andrew L-T CHOO, *op. cit.* (n. 44) p. 70

²⁸⁴ *R v Mangena* [2009] EWCA Crim 2535, para 7

²⁸⁵ Code de procédure pénale, article 332 alinéa 1

²⁸⁶ Cass. crim., 4 juin 1984 n°83-94.081

par les questions de la partie civile, puis le ministère public avant de laisser la parole à la défense en dernier. Le président peut en décider autrement. Par exemple, la Cour d'assises spéciale a décidé dans le cadre du procès des attentats du 13 novembre 2015 de faire commencer le parquet national anti-terroriste, puis les parties civiles et enfin la défense.²⁸⁷

206. Cette étape peut être rapprochée de l'étape du *cross-examination* en droit britannique, c'est-à-dire le contre-interrogatoire mené par la partie adverse de celle qui a fait citer le témoin. La logique du contre interrogatoire est inversée par rapport à l'*examination-in-chief*. Il s'agit de décrédibiliser le témoin afin d'obtenir *in fine* un témoignage favorable. Selon la doctrine, ce procédé est « sans aucun doute le meilleur procédé légal jamais inventé pour découvrir la vérité » puisqu'il permet de mettre en lumière les failles d'un témoignage²⁸⁸, contrebalançant la vérité lisse présentée en *examination in chief*. Constituant à contrepois à cette déformation de la vérité, les limites prévues pour l'*examination in chief* ne sont pas applicables ici. C'est ainsi, par exemple, que l'avocat Alderson a relevé dans l'affaire *Parkin v Moon* qu'au contraire, un avocat doit toujours faire usage des *leading questions* pendant le contre-interrogatoire, quel que soit l'état d'esprit du témoin.²⁸⁹

207. Toutefois, la pratique est tout autre, et tel que le relève Strong, ce sont souvent les témoins les plus fragiles et influençables qui sont amenés à douter, et non pas les moins sincères.²⁹⁰ Des recherches ont même montré que ce genre d'interrogatoire amène souvent à une altération, distorsion de la mémoire, plutôt que d'assister à son rafraîchissement.²⁹¹

208. En tout état de cause, les questions pourront alors porter sur les faits en eux-mêmes, ou sur des informations permettant d'établir la crédibilité du témoin. Toutefois, la jurisprudence a posé des limites à ces questions sur la crédibilité. En effet, il y a une différence entre les questions permettant de révéler que le témoin ment et celles sur la vie d'un témoin pouvant éclairer ou non sa crédibilité.²⁹² Ainsi, seules les questions qui auront un réel impact sur l'opinion des « juges du fait » sur la crédibilité du témoignage seront autorisés.

²⁸⁷ Jean REINHART, Table ronde « Procès V13 : Témoignage d'avocats des parties civiles après quatre mois d'audience » organisé par l'Institut de Criminologie et de droit pénal de Paris le 31 janvier 2022

²⁸⁸ John Henry WIGMORE (révisé par James H CHADBOURN), *Evidence in Trials at Common Law* (1974, Vol 5) p. 32

²⁸⁹ *Parkin v Moon* (1836) 7 Car & P 408, para 409 dans Andrew L-T CHOO, *Evidence* (5^e ed, OUP 2018) p. 76

²⁹⁰ John W STRONG, *McCormick on Evidence*, 4^e ed, West Group, Hornbook Series Student edition, 1992, p. 41

²⁹¹ Scottish Law Commission, *Evidence : Report on Hearsay Evidence in Criminal proceedings* (1995) Sct Law Com No 149 para 3.14

²⁹² *R v Ellis* [1998] Crim LR 660

209. Dans toute cette procédure, le juge a le rôle d'arbitre, et n'est donc pas laissé sans interventions possibles. Dans l'affaire *R v G (S)*, la Cour d'appel rappelle que la Cour a la possibilité de mettre fin à un contre-interrogatoire lorsque ce dernier est inutilement long ou que les questions posées n'ont pour seule but que d'insulter, humilier ou agacer le témoin.²⁹³ En outre, à titre résiduel, le jury, aura la possibilité de poser des questions si nécessaire.²⁹⁴

210. Enfin, si on se penche plus globalement sur le contenu des réponses données par le témoin, il est nécessaire de s'interroger sur sa capacité à donner son opinion. En effet, en droit britannique, des règles spécifiques sont prévues en ce qui concerne l'opinion du témoin. Ce dernier ne peut toutefois donner son avis que lorsqu'il est impossible de séparer ses déductions des faits dont il les tire. Messieurs Keane et McKeown considèrent une fois encore que cette règle est très complexe, les réponses jurisprudentielles défient toute classification logique.²⁹⁵ Par exemple, dans l'affaire *R v Davies*, Lord Parker a expliqué que si un témoin peut donner son opinion sur son impression que l'accusé avait bu, il ne pouvait donner son impression sur sa capacité à prendre le volant.²⁹⁶

211. En France, une telle règle n'existe pas. Ainsi, il peut être demandé au témoin de donner son avis, notamment sur la culpabilité de l'accusé. Toutefois, sur ce point, l'obligation de déposer n'est pas absolue et le témoin n'aura pas à répondre.²⁹⁷

212. Ainsi, là où il semblerait que l'intégrité du témoignage soit garantie par un formalisme important en France, le Royaume-Uni a fait le choix du contradictoire dans son sens le plus pur. Néanmoins, le danger de ce choix est que sera mis en avant une vérité, celle qui aurait été le moins malmené pendant les débats, et non pas la vérité. En ce sens, l'efficacité de cette procédure pour la protection du témoignage peut être questionnée.

213. En tout état de cause, ce processus lourd n'est pas aisé pour tous, des dispositions spéciales sont alors prévues pour les témoins faillibles.

²⁹³ [2017] EWCA Crim 617, [2017] 4 WLR 119 para 51

²⁹⁴ *R v Inns* [2019] 1 Cr. App. R. 61 para 40-41

²⁹⁵ Adrian KEANE & Paul MCKEOWN, *op. cit.* (n. 43), p. 672

²⁹⁶ *R v Davies* [1962] 1 WLR 111

²⁹⁷ Code de procédure pénale, article 331 *in fine*

Section 2 – les mesures de garanties contre le témoin faillible

214. Si les règles de procédure entourant l’audition du témoin ont pour dessein de protéger l’intégrité du témoignage, elles ont été pensées pour les témoins *lambda*, sans problème particulier. Ainsi, il arrive que ces dernières ne soient pas suffisantes. La loi est donc venue renforcer ponctuellement les garanties du témoignage en aidant les témoins présents à témoigner (§1) mais aussi en sanctionnant les manquements à leurs obligations (§2).

§1. Les mesures spéciales d’aide au témoignage

215. L’aide au témoignage est un élément essentiel du processus pénal. En la matière, le droit britannique est particulièrement riche. Une attention toute particulière est donnée aux besoins du témoin qui fait l’objet d’une évaluation avant de témoigner permettant d’identifier les mesures spécifiques nécessaires à son témoignage.²⁹⁸ De telles mesures sont prévues par le droit français mais dans une moindre mesure. Plus généralement, ces mesures sont de deux sortes : le recours à des interprètes et intermédiaires (A) et les mesures de mises en confiance du témoin (B).

A/ Le recours aux interprètes et intermédiaires

216. En droit français, le recours à l’interprète est prévu devant toutes les juridictions, que ce soit en instruction, devant la Cour d’assises,²⁹⁹ le Tribunal correctionnel³⁰⁰ ou encore le Tribunal de Police.³⁰¹

217. Selon l’article 102 du Code de procédure pénale, le témoin peut être, lorsque cela est nécessaire, assisté d’un interprète. La loi prévoit une telle assistance pour les témoins qui ne maîtrisent pas la langue française mais aussi pour ceux qui sont atteints de surdité. Très large en la matière, l’article 102 alinéa 3 *in fine* prévoit que la Cour et le juge d’instruction pourront « avoir recours à tout dispositif technique permettant de communiquer avec le témoin ».

²⁹⁸ Ministry of Justice, *op. cit.* (n. 252), standard 4

²⁹⁹ Code de procédure pénale, articles 344 et 345

³⁰⁰ Code de procédure pénale, articles 407 et 408

³⁰¹ Code de procédure pénale, article 535

218. Tel que souligné par Jean Florian Eschylle, l'interprète doit être fiable, et cette fiabilité est tirée de trois qualités : « la maturité, la compétence et la fidélité ». ³⁰² La maturité renvoie à une condition d'âge, lequel varie selon les phases du procès. Ainsi, si l'interprète doit être majeur en instruction, il doit être âgé d'au moins vingt et un ans devant les juridictions de jugement. ³⁰³ Cette distinction curieuse, que la doctrine n'explique pas, relève d'une incohérence, un reliquat du temps où la majorité fixée à vingt et un ans. ³⁰⁴

En ce qui concerne la compétence, cela renvoie à la compétence linguistique, laquelle n'est, par ailleurs, pas subordonnée à la possession d'un diplôme ou l'inscription sur la liste du traducteur. Ce manque de formalisme peut être problématique puisque, devant les juridictions, chaque mot compte. ³⁰⁵

Enfin, la fidélité renvoie au fait que l'interprète apporte « son concours à la justice en son honneur et en sa conscience ». ³⁰⁶ Cela se traduit par un serment qui est soit général, pour les interprètes assermentés, soit ponctuel par le biais d'une prise de serment avant d'apporter son concours à la justice.

219. Un dispositif similaire est prévu en droit britannique. Le recours à cet interprète est autorisé par la Cour, laquelle n'est pas liée par la seule affirmation par le témoin qu'il a besoin d'un interprète. ³⁰⁷ Néanmoins, si ce recours à un interprète est soumis à l'appréciation du juge du droit britannique, cet interprète est de droit pour toute personne qui souhaite s'exprimer en *cymru* devant les juridictions galloises. ³⁰⁸ C'est une particularité galloise puisque le *cymru* est une des langues officielles de la nation.

220. En France comme au Royaume-Uni, l'interprète doit être impartial, et ne peut donc avoir un lien avec les parties ou avec la juridiction. ³⁰⁹

221. Des dispositions similaires sont prévues par la section 29 du *Youth and Justice and Criminal Evidence Act* de 1999. Mais le champ de cette mesure est beaucoup plus large. Cela concerne non seulement les interprètes mais aussi les intermédiaires qui assistent d'autres

³⁰² Jean Florian ESCHYLLE, « L'interprète en matière pénale », *RSC* (1992) p. 259

³⁰³ Code de procédure pénale, articles 344, 407 et 535

³⁰⁴ Passage à 18 ans par la loi n°74-631 du 5 juillet 1974

³⁰⁵ Jean MICHAUD, « Le traducteur et l'expert », *RSC* (1985) p. 267

³⁰⁶ Code de procédure pénale, article 344

³⁰⁷ *R v Sharma* [2006] 2 Cr.App.R. 63

³⁰⁸ *Welsh Language Act* de 1993, section 22(1)

³⁰⁹ Pour la France : Code de procédure pénale, article 344 alinéa 3 ; Pour le Royaume-Uni : *Mitchell* (1970) 114 S.J. 86

témoins vulnérables tel que les enfants. Le rôle de l'intermédiaire sera alors de traduire en des termes que l'enfant peut comprendre les questions qui lui sont posées. Il y a alors une prise en compte par la loi plus poussée des particularités des témoins qui n'ont pas d'équivalent en France.

Ce particularisme est encore plus poussé au Royaume-Uni où la loi a prévu, pour certains témoins, des mesures spéciales de mises en confiance du témoin.

B/ Les mesures de mise en confiance du témoin

1. Les catégories de personnes éligibles

222. Ces mesures spéciales sont prévues par le *Youth and Justice and Criminal Evidence Act* de 1999. Sont prévues des mesures particulières pour deux catégories de personnes en particulier. Tout d'abord, ces mesures sont prévues pour les mineurs ou les majeurs incapables. Si la condition de l'âge est assez simple à satisfaire, il faut avoir moins de dix-huit ans au moment de l'audition. En outre, le statut de majeur incapable n'est pas celui que l'on connaît en France en droit civil, mais défini par la loi britannique, il correspond à celui qui est atteint d'un trouble mental ou physique.³¹⁰ En ce qui concerne la trouble mental, la définition est assez large puisque cela comprend non seulement l'atteinte à une maladie mentale entrant dans les prescriptions du *Mental Health Act* de 1983 mais aussi de tout autre atteinte à son intelligence et à ces capacités sociales.³¹¹

223. Outre ces catégories de personnes dont on comprend légitimement les motivations d'une telle aide, sont aussi prévus les témoins effrayés, intimidés par leurs témoignages. Ainsi, la Cour pourra décider de permettre l'usage de ces mesures spéciales lorsqu'elle considère que la qualité du témoignage sera atteinte par la peur et l'angoisse causées par l'idée de témoigner au cours de la procédure.³¹² Là encore, il appartient au juge de déterminer si une telle mesure est pertinente au regard de plusieurs critères parmi lesquels la nature et les circonstances de l'infraction supposément commise, l'âge du témoin, les particularités du témoin dont son origine socio-économique, culturelle ou ethnique, son statut marital, son emploi ou encore ses convictions religieuses et politiques et enfin le comportement de la défense et de sa famille

³¹⁰ *YJCEA* de 1999, section 16

³¹¹ *Ibidem*, section 16 (2) (a)

³¹² *Ibid*, section 17 (1)

envers le témoin. On remarque alors que les critères sont extrêmement larges et laissent une grande marge d'appréciation au juge.

2. Les mesures spéciales

224. Les mesures spéciales prévues par la loi sont au nombre de huit, allant de la plus simple à la plus complexe. Par exemple, la section 26 du *YJCEA* 1999 prévoit la possibilité pour acteurs du procès d'enlever, le temps de l'audition du témoin, leurs robes et perruques. Cela permet au témoin, notamment les enfants, d'être moins intimidé par la solennité de l'audience. Si une telle disposition n'existe pas en droit français, on peut ici faire un rapprochement avec la logique qui préside l'existence même de l'audience de cabinet du juge des enfants. Il s'agit d'une audience informelle, dans le bureau du juge des enfants, lequel ne porte pas sa robe de magistrat. Toutefois, ces dispositions concernent en premier lieu le mineur poursuivi et non d'un simple témoin. Cela met en évidence le traitement privilégié qu'ont les témoins au Royaume-Uni. De même, il est possible à la Cour de restreindre la publicité de l'audience le temps de l'audition du témoin. Pourrons alors être exclu de la salle d'audience toutes personnes autres que l'accusé, ses représentants légaux, et toute autre personne désignée pour aider le témoin dans son témoignage.³¹³³¹⁴

225. Toutefois, la solennité de l'exercice n'est souvent pas la source première de l'anxiété du témoin. Il arrive bien souvent que cette anxiété trouve son origine dans la présence de l'accusé au moment de témoigner. Le législateur anglais a alors prévu plusieurs mesures permettant de soustraire le témoin au regard de l'accusé. Une fois encore, ces mesures vont des plus simples, tel que l'installation d'un écran ou tout autre procédé entre le témoin et l'accusé, tout en assurant que les autres acteurs du procès pénal puissent le voir,³¹⁵ aux plus complexes. On trouve dans cette deuxième catégorie le témoignage à distance, en visioconférence,³¹⁶ ou encore un préenregistrement de l'*examination-in-chief*,³¹⁷ voire du contre-interrogatoire, hors la présence de l'accusé.³¹⁸ De telles mesures existent en droit français, mais elles sont exceptionnelles et n'ont pas été pensée comme des mesures d'aide au témoignage mais comme des mesures de

³¹³ *Ibid*, Section 25

³¹⁴ Un huis clos temporaire est aussi possible en France mais la *ratio legis* n'est pas du tout la même puisqu'il s'agira, seulement pour quelques-unes des infractions les plus graves, de protéger le témoin, pas son témoignage (Articles 306-1 et 400-1 du Code de procédure pénale).

³¹⁵ *YJCEA* 1999, section 23

³¹⁶ *Ibidem*, section 24

³¹⁷ *Ibid*, section 27

³¹⁸ *Ibid*, section 28; cette procédure n'est qu'à la phase d'essai et ne concerne que certaines procédures devant la Crown Court et seulement pour les témoins mineurs ou incapables.

protections du témoin.³¹⁹ De plus, ces mesures sont souvent plus radicales, permettant de préserver à l'égard de tous l'anonymat du témoin, et donc la sécurité de ce dernier.³²⁰ Ici, il est à noter que chacune de ces dispositions a pour unique but d'améliorer les conditions d'auditions du témoin, assurant *in fine*, le meilleur témoignage possible. La *ratio legis* est donc bien ici la préservation du témoignage, par le biais du confort d'audition pour le témoin.

226. Néanmoins, ces mesures permettent alors de compenser une faille intrinsèque à la personne du témoin, soit qu'il a des problèmes de communication, soit qu'il est vulnérable. Quid du témoin qui refuserait de prendre part au processus judiciaire ? Le législateur consacre en la matière des moyens de contrer, de dissuader ou de punir ce refus.

§2. Les sanctions au non-respect des obligations du témoin.

227. Si le témoin se définit par les obligations qui lui incombent, c'est aussi parce que ces dernières sont contraignantes. S'il n'y sacrifie pas, il s'expose à une réponse légale, soit qui l'y forcera (A) soit qui le sanctionnera pénalement (B).

A/ Le recours à la force publique

228. Le recours à la force publique n'est en réalité un remède qu'à la méconnaissance de l'obligation de comparaître.

229. Le droit anglais connaît plusieurs niveaux de contrainte et seul le témoin convoqué a l'obligation de comparaître. Si, malgré sa convocation, le témoin choisi d'ignorer celle-ci et ne vient pas déposer, la Cour a la possibilité de délivrer un mandat d'arrêt afin de forcer sa comparution.³²¹ Un tel mandat sera limité dans son émission puisque deux conditions doivent être réunies. Tout d'abord, il faut que les parties, sous serment, prouvent que le témoin est susceptible de ne pas se conformer à sa convocation.³²² Cette procédure est contraignante et très incertaine. Selon les *criminal procedure rules*, il revient à la partie concernée de rapporter la preuve de la possible défaillance du témoin.³²³

³¹⁹ Elles seront donc étudiées dans le prochain chapitre

³²⁰ Pour la visioconférence : voir la combinaison des articles 706-58 et 706-71 Code de procédure pénale

³²¹ *Criminal Procedure (Attendance of witnesses) Act* de 1965, section 4

³²² *Ibidem*, section 4(1)(a)

³²³ *Criminal Procedure Rules* n°2020/759, règle 17.3

230. En France, un dispositif similaire est prévu par la loi. Cela prend en réalité la forme d'un mandat d'amener. Selon l'article 122 du Code de procédure pénale, « le mandat d'amener est l'ordre donné à la force publique de conduire immédiatement devant lui la personne à l'encontre de laquelle il est décerné. » Toutefois, un tel mandat ne peut être délivré à l'encontre d'un témoin que par la Cour d'assises, les autres juridictions ne pouvant délivrer un tel mandat qu'à l'encontre de la personne poursuivie.³²⁴ En la matière, c'est le président qui a un fort pouvoir discrétionnaire, ce qui signifie que la Cour d'assises ne peut contraindre son président à user de son pouvoir.³²⁵

Des mesures moins coercitives peuvent être prises pour contraindre le témoin à comparaître, et cela dès la phase d'enquête de police, aussi bien en flagrance qu'en préliminaire.³²⁶ De même, pendant l'instruction, le Juge instructeur pourra, sur réquisitions du procureur de la République contraindre le témoin à comparaître devant lui.³²⁷ Il est à noter que cette décision n'est pas un mandat d'amener ou d'arrêt de sorte que les garanties entourant un tel acte ne sont pas applicables à cette décision.

231. En tout état de cause, cette décision appartient aux juges qui peuvent décider qu'une telle mesure n'est pas appropriée. Ainsi, s'ils peuvent recourir à la force publique, toute non-comparution ne donnera pas forcément lieu à l'usage de la force. On retrouve ici le principe selon lequel le témoin est une aide pour la justice mais sa liberté reste le principe. D'ailleurs, l'évolution tend vers la liberté puisque depuis la loi de 15 juin 2000, la garde à vue n'est plus possible à l'encontre des simples témoins. Au contraire, au Royaume-Uni, la contrainte est plus facilement possible. Le témoin qui a fait le mandat d'amener sera gardé en détention ou sous caution jusqu'à sa comparution devant le tribunal.³²⁸

B/ La réponse pénale à la méconnaissance des obligations du témoin

232. Outre le recours à la force publique, la loi a prévu en France et au Royaume-Uni des infractions venant sanctionner la soustraction du témoin à ses obligations. Ces infractions recouvrent la non-comparution, le mensonge sous serment et le défaut de dépositions.

³²⁴ Code de procédure pénale, article 310 alinéa 2

³²⁵ Cass. crim., 19 juin 1974, n° 74-90.521 ; D. 1974 p.705, note F. CHAPAR.

³²⁶ Code de procédure pénale, article 78

³²⁷ *Ibidem*, article 109

³²⁸ *Criminal Procedure (Attendance of witnesses) Act* de 1965, section 4(3)

233. En droit britannique, certains de ces comportements sont réprimés par l'infraction de « *contempt of court* » ou le mépris de la Cour. Cette infraction regroupe bon nombre de moyens de « mépriser » la cour parmi lesquels la captation vidéo d'une audience par exemple. Néanmoins, deux aspects de cette infraction intéressent particulièrement les témoins. Tout d'abord, la qualification de *contempt of court* sera la qualification retenue pour sanctionner la méconnaissance de l'obligation de comparaître. Selon la section 3 du *Criminal Procedure (Attendance of Witnesses) Act* de 1965, le défaut de comparution après avoir été convoqué constitue un acte de mépris de la Cour. Cette infraction est une *summary offence*, c'est-à-dire une infraction mineure jugée par la *Magistrates' Court*. De même, est coupable de *contempt of court* le témoin qui refuse de répondre aux questions. Il s'agit d'une infraction intentionnelle mais sans que la volonté de manquer de respect à la Cour ait besoin d'être caractérisée. C'est ainsi que, dans une décision *R. v Warner (Nicholas)*, la Cour d'appel retient la commission du *contempt of court* bien que le témoin ait refusé de répondre non pas par manque de respect envers la Cour mais pour des raisons religieuses.³²⁹ De prime abord, on pourrait croire que cette décision opère une application de la responsabilité stricte prévue par la section 1 du *Contempt of Court Act* de 1981 pour certaines infractions. Cela serait une méprise puisqu'il est possible de caractériser une intention de ne pas répondre, la question de la religion n'étant que le mobile de l'infraction et non son élément moral. Toutefois, la répression est assez faible puisque, si une peine d'emprisonnement peut être prononcée, cette dernière ne peut dépasser 2 ans et £2 500.³³⁰

234. La France a fait ce même choix d'une infraction unique pour la méconnaissance de n'importe laquelle des obligations.³³¹ Ainsi, le témoin qui ne comparait pas, ne prête pas serment ou ne dépose pas sans excuse valable encourt 3 750 euros d'amende.

Cependant, d'autres infractions viennent sanctionner la défaillance du témoin, de plusieurs niveaux de gravité. Ainsi, en ce qui concerne la sanction du défaut de déposition, deux dispositions sont à souligner. Tout d'abord, le Code pénal incrimine « Le fait, pour toute personne ayant déclaré publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit, de refuser de répondre aux questions qui lui sont posées à cet égard par un juge ».³³² Cette fois-ci, bien qu'étant limité à la matière criminelle et délictuelle, le législateur parle « d'un juge » sans

³²⁹ *R. v Warner (Nicholas)* [2020] EWCA Crim 499

³³⁰ *Contempt of Court Act* 1981, section 14

³³¹ Pour l'instruction : Code pénal, article 434-15-1; Cour d'assises : article 326 al 2 ; Tribunal correctionnel : Code de procédure pénale, article 438 ; Tribunal de police : Code de procédure pénale, article 536

³³² Code pénal, article 434-12

donner plus de précision donnant à cette infraction un champ d'application temporel beaucoup plus large (non seulement en instruction mais aussi en phase de jugement). Les peines choisies par le législateur français sont proches mais moindres que celles prévues par le législateur britannique, puisque le refus de répondre aux questions est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il est cependant à noter que le droit français prévoit une amende plus élevée, possible marqueur d'une infraction qui se veut peu privative de liberté mais véritablement dissuasive en atteignant le patrimoine.

235. Toutefois, soucieux de privilégier la coopération des témoins, le législateur a incriminé la non-dénonciation de crime³³³ qui peut être vue comme une infraction voisine du défaut de déposer. Les peines sont autrement plus lourdes puisque, le non-dénonciation de crime est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, portée à cinq ans et 75 000 euros lorsque les crimes portés atteignent aux intérêts fondamentaux de la nation ou constitue un acte de terrorisme.³³⁴ Cet écart dans le quantum des peines est révélateur de la gravité attachée à l'acte de non-dénonciation dans la politique criminelle. Si le refus de répondre aux questions constitue une entrave au bon déroulé de la procédure, la non-dénonciation tente de prévenir un danger d'un autre niveau de gravité, la commission même de l'infraction. Cela transparaît dans la place donnée à ces infractions dans le Code pénal, l'une étant une entrave à la saisine de la justice, l'autre une entrave à l'exercice de la justice.

236. Reste le cas du faux témoignage, lequel a sa propre incrimination, tant en droit français qu'en droit anglais. En droit français, l'article 434-13 ne définit pas précisément le faux témoignage mais l'utilisation du terme « faux » renvoie à l'infraction du même nom définie par le Code pénal tel que l'altération frauduleuse de la vérité.³³⁵ Le droit britannique définit le parjure tel que le fait pour une personne ayant prêté serment, soit en tant que témoin soit en tant qu'interprète, de procéder à une déclaration qu'elle sait être fausse ou qu'elle ne croit pas être vraie.³³⁶ Dans l'un et l'autre des cas, cette infraction peut être commise non seulement devant les juridictions de jugement mais plus largement devant toute personne ayant compétence pour recueillir ce témoignage, tel que les officiers de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire en France.³³⁷ La seule condition, qui est le préalable indispensable, est

³³³ *Ibidem*, article 434-1

³³⁴ *Ibid*, article 434-2 1

³³⁵ *Ibid*, article 441-1

³³⁶ *Perjury Act* 1911, section 1(1)

³³⁷ *Ibidem*, section 1(2)

que le témoin ait prêté serment. En ce sens, Garçon écrivait que « la formule du serment et le serment prêté marquent alors la distinction du simple mensonge que la loi ne peut réprimer, avec le faux témoignage qui constitue un crime ou un délit punissable ». ³³⁸ Précisant ces propos, Yves Mayaud explique que, peu importe que le serment ait une valeur pour celui qui le prononce, ce qui compte c'est la solennité qu'il consacre, rendant le mensonge « socialement plus grave ». ³³⁹ Pour lui, c'est le serment qui donne au témoignage la crédibilité qui lui manque par nature. ³⁴⁰

237. Ici, contrairement aux deux autres infractions, un acte positif est nécessaire à la constitution de l'infraction, et qui plus est un témoignage mensonger. En ce qui concerne ce caractère mensonger, François Fourment extrait de la jurisprudence une typologie tripartite des mensonges ³⁴¹ : l'affirmation d'un fait inexacte, ³⁴² la négation d'un fait véritable, ³⁴³ et le silence spontanément gardé. ³⁴⁴ En outre, tout mensonge n'est pas constitutif d'un faux témoignage mais la jurisprudence ne retient que les mensonges sur les circonstances essentielles à la cause et non sur les circonstances accessoires. La jurisprudence considère alors que seul le faux témoignage déterminant peut être incriminé. ³⁴⁵ Enfin, l'infraction de faux témoignage est une infraction intentionnelle. La jurisprudence requiert alors l'existence de la mauvaise foi et d'une intention dolosive chez son auteur. ³⁴⁶ On retrouve ce même élément dans la définition du parjure en droit britannique puisque la loi précise que l'infraction est consommée par la déclaration dont l'auteur savait qu'elle était fausse ou pensait qu'elle était fausse. ³⁴⁷ Toutefois, le droit britannique consacre, au contraire de la France, une infraction formelle puisqu'un témoin peut être condamné pour avoir fait des déclarations vraies mais qu'il pensait être fausses. ³⁴⁸ Allant plus loin, un témoin peut même être condamné s'il déclare un fait sous serment dont il ne sait pas s'il est vrai ou faux. ³⁴⁹

³³⁸ Émile GARÇON, *Code pénal annoté*, (2^e ed, Sirey 1952-1959) articles 361 à 364 n°14

³³⁹ Yves MAYAUD, « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », *AJ pénal*, (2008) p. 11

³⁴⁰ *Ibid*

³⁴¹ François FOURMENT, « Faux témoignage », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (Fev 2008) para 57

³⁴² Cass. Crim., 6 avr. 1954: Bull. crim. no 145; D. 1954 p. 572

³⁴³ *Ibid*

³⁴⁴ Cass. crim., 20 mai 1808, S. 1808.2.530

³⁴⁵ Cass. crim., 30 avril 1954: Bull. crim. n° 147; D. 1954 p. 573

³⁴⁶ Cass. crim., 31 mai 1935: Bull. crim. n°72

³⁴⁷ *Perjury Act* 1981, section 1

³⁴⁸ *Ockley & Whitleybyes Case* [1622] 1 WLUK 192

³⁴⁹ *R v Mawbey* [1796] 4 WLUK 17

238. Enfin, en ce qui concerne la répression, le témoignage mensonger est réprimé par cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Cette peine est portée à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'il est provoqué par la remise d'un don ou d'une récompense, ou lorsque le témoignage concerne une infraction est passible d'une peine criminelle.³⁵⁰ Les peines prévues par le droit anglais sont moins importantes, ne pouvant dépasser deux ans d'emprisonnement. La répression sera alors plus facile mais la peine moins sévère.

Il est à noter que le second alinéa de l'article 434-13 du Code pénal prévoit une exemption de peine lorsque le faux témoignage a été rétracté spontanément. Cela démontre qu'il s'agit de protéger la vérité et non pas seulement la confiance placée dans le témoin. Une telle exemption n'est pas prévue au Royaume-Uni, ce qui est problématique au regard de la politique criminelle. En effet, là où le témoin défaillant est incité en France à se dénoncer, il n'est pas dans l'intérêt du témoin anglais de faire savoir qu'il a menti. Une fois de plus, il est possible de se poser la question de l'efficacité d'une telle disposition dans la protection du témoignage.

239. Ainsi, le témoignage fait l'objet de nombreuses protections, soit par un formalisme important consacré par la loi française pour assurer la fidélité de son contenu, soit par une personnalisation de la procédure par de nombreuses mesures spéciales en Angleterre et au Pays de Galles. Cette particularité du système britannique s'explique d'abord par le système accusatoire mais aussi et surtout parce que beaucoup de témoins ne sont pas que témoins mais aussi des victimes.

240. Toutefois, l'intégrité de la preuve testimoniale ne peut être assurée que par ces mesures. Afin que leur utilisation dans le processus pénal soit le plus efficace possible, il est nécessaire de protéger aussi la personne du témoin.

³⁵⁰ Code pénal, article 434-14

Chapitre 2 – Les règles de protections du témoin

241. La fragilité du témoignage n'est pas toujours intrinsèque au témoin mais peut venir de son environnement. Prenant de son temps, voir des risques en témoignant, le témoin fait lui-même aussi l'objet de protection, tant par le droit (Section 1) que par des garanties de sa sécurité (Section 2).

Section 1 – La protection du témoin par le droit

242. En France comme au Royaume-Uni, le droit participe à cette protection par la reconnaissance, quoi que limitée, de certains droits au témoin (§1). Toutefois, la véritable protection par le droit du témoin tient à la saisine par le droit substantiel de la problématique de l'intimidation de témoin (§2).

§1. Les droits du témoin

243. Le témoin n'étant pas partie à la procédure, les droits qui lui sont accordés sont limités. Ce constat est posé par Nicolas Catelan : « Il résulte de la loi et de la jurisprudence que le témoin convoqué par la police ne dispose d'aucun droit ou presque. »³⁵¹

244. Est ici descellé un certain paradoxe : n'étant pas partie à la procédure, le témoin n'est pratiquement pas protégé dans ses intérêts. Seule l'obtention du statut de partie à la procédure, partie civile ou mis en examen, ou celui du témoin assisté, lui permettra d'obtenir des droits tel que le droit à l'information ou encore l'assistance d'un avocat. Si cela peut paraître contre-intuitif de prime abord, une telle situation est en réalité normale puisque, le principe étant celui de la liberté, les mesures de contraintes ne peuvent être en principe dirigées contre la personne du témoin. Ainsi, avec la contrainte vient la protection des droits, dans une logique presque physique d'équilibre des forces. Afin de garder un équilibre, plus les droits de la personne sont susceptibles d'être atteints, plus la loi va consacrer des garanties procédurales.

245. Les droits reconnus au témoin sont alors beaucoup plus universels, ce sont les droits reconnus à toute personne. Si le principe de légalité procédurale est la liberté, alors le témoin ne peut faire l'objet d'une mesure de contrainte. De même, l'objectif de la manifestation de la

³⁵¹ Cass crim, 10 octobre 2017 n°16-86.874 ; « Témoin, droits de la défense et périmètre des nullités » *AJ pénal* (2017) p. 550 obs Nicolas CATELAN

vérité n'est pas susceptible de mettre à mal le droit au respect de la dignité humaine. Ainsi, tel que souligné par Olivier Bachelet et Mikaël Benillouche, la recherche de la vérité impose une certaine contraignabilité du témoin imposant une obligation nuancée de comparaître et de déposer.³⁵² La chambre criminelle a en ce sens exclu certains procédés tels que l'hypnose.³⁵³ Moins radicalement opposé à cette pratique, la jurisprudence britannique reste tout de même très prudente et exclu ce procédé pour les témoins déposant sur la matérialité des faits.³⁵⁴

246. Le droit britannique ne diffère pas du droit français en la matière. Les droits du témoin sont très limités. Néanmoins, le pouvoir exécutif britannique a fait un effort déclaratif pour tenter de protéger le témoin. Cela prend la forme notamment d'une Charte du témoin qui prévoit un niveau minimum de prise en charge du témoin dans la procédure.³⁵⁵ On y retrouve les droits les plus basiques, tel que l'obligation faite aux acteurs de la procédure de traiter le témoin avec dignité et respect.³⁵⁶

247. Cependant, il existe une différence majeure dans le soin apporté au témoin en France et au Royaume-Uni. Le témoin à la procédure britannique se verra assigner un point de contact qui l'informerait des avancées de la procédure, ou encore la mise en place de *Witness Care Unit* qui les accompagneront tout au long de la procédure.³⁵⁷ Une telle disparité s'explique une fois encore par le fait que la victime est un « simple témoin ». Cette exclusion du procès pénal est alors compensée par un accompagnement accru et une inclusion par le biais de politiques du ministère de la Justice. En effet, tel que rappelé par le juge Green dans sa décision *R v Revenue and Customs Commissioners*, si la Charte n'a pas de force contraignante, elle a été approuvée par le *Crown Prosecution Service* (CPS). Ses membres devront alors se plier aux standards prévus par celle-ci.³⁵⁸

³⁵² Olivier BACHELET & Mikaël BENILLOUCHE, « La preuve par témoignage et le statut du témoin » dans *Les transformations de l'administration de la preuve pénale* (Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris ; Société de la législation comparée 2006) p 317 à 326

³⁵³ Cass. crim., 12 décembre 2000, *Dalloz* 2001

³⁵⁴ *R v Browning* [1995] Crim LR 227

³⁵⁵ Ministry of Justice, *op. cit.* (n. 249)

³⁵⁶ *Ibidem* standard 1

³⁵⁷ *Ibid* standards 3 et 8

³⁵⁸ *R (on the application of Privacy International) v Revenue and Customs Commissioners* [2015] STC 948 au para 116

248. Ce sont alors deux visions complètement différentes du procès pénal qui sont révélées ici. D'un côté, le droit français limite les droits du témoin puisque, n'étant pas partie à la procédure, ses intérêts ne sont que très peu en jeu et donc n'ont pas besoin de protection, mais qui donne à la victime la possibilité d'être partie à la procédure. De l'autre, le droit britannique qui fait le choix d'exclure la victime du procès de la société contre le délinquant, mais compensant cette exclusion par une inclusion tacite dans ce procès, par le biais d'information, de soutien extra-judiciaire etc. Il existerait alors une sorte de contrat tacite entre le système judiciaire et le témoin selon lequel il ferait l'objet d'une protection exacerbée en échange de son témoignage.

249. Toutefois, il est erroné de penser que le témoignage n'implique jamais une atteinte aux intérêts du témoin, lequel est la cible privilégiée d'intimidations. En cela, le droit pénal substantiel consacre une protection.

§2. La problématique de l'intimidation du témoin saisie par le droit pénal substantiel

250. Comparé par le juge Joyce à un cancer,³⁵⁹ le climat de peur qui pèse sur certains procès appelle une réponse spéciale de la loi pénale.

251. Le droit pénal britannique a réagi par plusieurs infractions, dont l'infraction d'intimidation de témoin prévue à la section 51(1) du *Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA)* de 1994. Est ainsi incriminé l'acte d'intimidation ou qui tendait à l'intimidation d'une personne que l'auteur sait être la victime ou le témoin participant à une procédure et dans l'intention d'entraver, de fausser ou de compromettre l'enquête ou la bonne marche de la justice. La *ratio legis* d'une telle incrimination n'est pourtant pas claire. Le législateur consacre une double intention permettant d'incriminer le mobile de l'infraction. Cette précision pourrait laisser croire qu'il s'agit d'abord de protéger la justice avant le témoin. Toutefois, la présomption d'intention prévue par le texte³⁶⁰ recentre la question sur l'acte d'intimidation, donc sur le témoin. Cela laissa apparaître la volonté du Parlement de remédier aux « épreuves » que subissent les témoins à la fois dans la salle d'audience et à l'extérieur simplement pour avoir sacrifié à leur devoir civique.³⁶¹ L'idée est alors de traduire de manière efficace les auteurs

³⁵⁹ *R v Mayers* [2008] EWCA Crim 2989, [2009] 1 WLR 1915, p. 1943 para 101

³⁶⁰ Section 51(7) du *CJPOA* de 1994

³⁶¹ House of Commons, deb, *Criminal Justice and Public Order bill*, Paul HOWARD, 11 Janvier 1995, volume 235 column 28

de ces infractions devant la justice.³⁶² Néanmoins, la protection du témoin est en recul puisque, contrairement à sa jurisprudence ancienne,³⁶³ la Cour d'appel exige une preuve d'une intimidation effective du témoin.³⁶⁴ Si cette solution se rapproche de la lettre de la loi,³⁶⁵ cela apporte une limite considérable à la protection du témoin.

252. Persistant dans cette volonté de protéger le témoin en réprimant les atteintes à son intégrité, la même section réprime, dans une nouvelle infraction, le fait de blesser ou menacer un témoin. Inscrit dans le prolongement de la précédente incrimination, il s'agit ici de réprimer le fait de porter atteinte au témoin après que celui-ci ait concouru à la justice.³⁶⁶ Très curieusement, le législateur consacre symboliquement une forme spécifique de menace pour les témoins, sans pour autant aggraver la peine qui y est attachée. En effet, à l'instar de la peine prévue pour l'intimidation de témoin, la section 51(2) prévoit une peine d'emprisonnement de six mois si l'infraction est peu grave, peine similaire à celles prévues pour les menaces de violences.³⁶⁷ En revanche, cette peine est portée à cinq ans lorsque l'intimidation est grave. Sans plus de précision sur cette gravité, cette disposition interroge puisque le droit britannique punit les menaces de mort par une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans d'emprisonnement.³⁶⁸ Il existe ici un manque de cohérence flagrant puisque la qualité de témoin n'aggraverait pas les peines, au contraire ?

253. Le droit français a fait le choix de plus de cohérence en incriminant l'infraction de la subornation de témoin. Prévue à l'article 434-15 du Code pénal, cette infraction réprime

le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation.

254. Le législateur français a réuni sous une seule infraction l'ensemble des infractions prévues en la matière par le législateur britannique c'est-à-dire à la fois l'intimidation de témoin

³⁶² *Ibidem*, Peter BUTLER, column 86

³⁶³ *R. v Patrascu (Andrew)* [2004] EWCA Crim 2417

³⁶⁴ *R. v N* [2013] EWCA Crim 989

³⁶⁵ David OMEROD, « *R. v N: witness intimidation - whether necessary for commission of offence that victim be put in fear* Court of Appeal (Criminal Division) », *Crim LR*, (2013), vol 11, p. 937

³⁶⁶ *Criminal Justice and Public Order Act* de 1986, section 51(2)

³⁶⁷ *Public Order Act* de 1986, section 4

³⁶⁸ *Offences against the Person Act* de 1861, section 16

et la corruption de témoin,³⁶⁹ ou encore la complicité de parjure.³⁷⁰ Curieusement, alors que l'on pourrait s'attendre à ce que cette infraction protège d'abord le témoin, sa forme révèle au contraire une certaine méfiance de la part du législateur français envers lui. D'ailleurs, comme le souligne Émile Garçon, cette infraction a été conçue comme un cas spécifique de complicité à l'infraction de faux témoignage.³⁷¹ Toutefois, une telle vision limitait l'usage de ce délit au passage à l'acte, rendant nécessaire la survenance du résultat. Il a donc été inséré dans le nouveau Code pénal une infraction autonome de subornation de témoin, plus favorable à la répression.³⁷² Là encore, la *ratio legis* est peu claire. Il s'agirait donc de protéger le témoignage, non le témoin. Au soutien de ce postulat se trouve la place de l'incrimination dans le Code pénal, au sein des entraves à la justice.³⁷³

Pourtant, en dissociant la répression de cette infraction de celle du faux témoignage, faisant donc de cette infraction une infraction formelle, le législateur sanctionne les atteintes à la sincérité du témoin, et non le mensonge.³⁷⁴

255. Ce postulat est confirmé par les moyens prévus par le législateur dans les atteintes à la sincérité du témoignage. Très variés, ils permettent de réprimer tant les atteintes à la probité du témoin,³⁷⁵ que les cas où la sincérité du témoin aurait été forcée ou trompée sont aussi prévus.³⁷⁶ Ce dernier cas se rapporte directement à la sécurité du témoin.

256. Qu'importe la véritable *ratio legis* du texte, ces incriminations tendent vers une protection étendue du témoin. En ce sens, ni le droit français ni le droit anglais ne parlent expressément de témoin mais plutôt « d'autrui », de sorte que, tel que le relève Emmanuel Dreyer, le nom de « subornation de témoin » est un abus de langage.³⁷⁷ La protection est alors

³⁶⁹ *Briberie Act* de 2010, section 1(2)

³⁷⁰ *Perjury Act* de 1911, section 7

³⁷¹ Émile GARÇON, *op. cit.* (n. 338) ancien article 365 du Code pénal

³⁷² Yves MAYAUD, « article 434-15 – Fascicule 20 : Subornation de témoin », *Jurisclasseur Pénal Code* (2019) para 7

³⁷³ Cet article se trouve dans le Livre IV : des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique ; Titre III : des atteintes à l'action de justice ; Chapitre IV : des atteintes à l'action de justice ; section 2 : des entraves à l'exercice de la justice.

³⁷⁴ Cass crim, 12 juin 2019 n°18-83.844, Droit pénal n°10 comm Ph. Conte

³⁷⁵ Ce délit n'est d'ailleurs pas sans rappeler le délit de corruption active : Jean PRADEL & Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6^e ed, Cujas, Référence, 2014, para 1206

³⁷⁶ Par exemple, aux fins de pousser une déclaration mensongère en enquête de police (Cass crim, 3 janvier 1956, *Bull crim n°5*) ou en instruction (Cass crim, 2 mars 2016, *Bull crim n°124*) ou encore des pressions exercées afin d'obtenir des dépositions ou des déclarations mensongères (Cass crim, 5 octobre 1971 : Gazette du palais 1972. 1. 137)

³⁷⁷ Emmanuel DREYER, *Droit pénal spécial*, Paris, LGDJ, 2020, para 713

étendue à toute personne qui pourrait concourir à la justice mais qui n'a pas encore acquis le statut de témoin.³⁷⁸

257. Enfin, en ce qui concerne la répression de ces atteintes, le législateur britannique est beaucoup plus sévère que le législateur français. En effet, l'article 434-15 du Code pénal prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans, contre cinq ans au Royaume-Uni pour les intimidations les plus graves.

258. La limite est alors fine entre protection du témoin et protection du témoignage. Il semblerait que les législateurs français et britannique ont, en incriminant souvent un mobile, choisi de protéger le témoignage par la protection du témoin. Toutefois, la protection offerte par le droit pénal français semble plus complète puisque le témoin est érigé en une victime spéciale dont l'atteinte sera réprimée plus sévèrement. En ce sens, il est possible de citer de façon presque anecdotique les circonstances aggravantes prévues par le droit pénal pour certaines infractions lorsque ces dernières sont dirigées à l'encontre de témoins. C'est notamment le cas de la diffamation et de l'injure lorsque ces dernières sont dirigées à son encontre « à raison de sa déposition ».³⁷⁹ Si le législateur britannique n'a pas fait ce choix somme toute symbolique, il fait preuve de plus de sévérité dans le quantum des peines attachées à ces infractions.

259. Néanmoins, la protection décrite dans ces développements est, en France comme au Royaume-Uni assez limitée puisque se limitant soit à des protections très générales, soit à des protections *a posteriori*. Ces dernières seront souvent inefficaces face à un réel danger pour l'intégrité du témoin. Des mesures spéciales ont dû être prévues.

Section 2 – Les garanties de sécurités du témoin

260. En France comme au Royaume-Uni, la protection de la sécurité du témoin connaît plusieurs niveaux avec l'anonymat d'abord (§1) et si besoin une protection physique du témoin (§2).

³⁷⁸ L'article 434-15 du Code pénal parle du « fait de déterminer autrui à.. » et la section 51(1) du *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 parle d'une « autre personne ».

³⁷⁹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, articles 31 et 33

§1. Le recours à l'anonymat

261. Mesures efficaces pour protéger le témoin, les témoignages anonymes n'ont été introduit dans la procédure pénale que relativement récemment en France comme au Royaume-Uni.

262. En France, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne a introduit plusieurs niveaux d'anonymat. Le premier niveau permet au témoin de déclarer comme adresse le commissariat ou de la gendarmerie dans laquelle il a déposé.³⁸⁰ Son adresse n'apparaît donc pas dans la procédure mais elle est gardée dans un registre ouvert à cet effet.³⁸¹ La notion d'anonymat se limite alors à la protection du domicile. Cette protection par la rétention de l'adresse du témoin existe au Royaume-Uni puisque, tel qu'il a été vu, le principe est que son adresse ne sera pas dévoilée devant la Cour, sauf à ce que ce soit essentiel à la compréhension de son témoignage.³⁸²

263. Cette même loi a prévu un deuxième niveau d'anonymisation dans les procédures concernant les infractions les plus graves. Le témoin déposera alors sans que son nom n'apparaisse dans la procédure.³⁸³

264. L'adoption des mesures d'anonymat n'a pas été aussi simple au Royaume-Uni. En l'absence de disposition spécifique, la jurisprudence a autorisé cette pratique sur le fondement des mesures spéciales d'aide au témoignage. Pourtant, ces diverses mesures n'ont pas le même objet. En effet, outre le fait que par ces mesures le témoin est parfois soustrait à la vue de la personne qu'il accuse, son identité n'est pour autant pas maintenue secrète. Au contraire, l'intégrité physique du témoin est protégée expressément par les mesures d'anonymat. Une confusion entre ces mesures n'est pas permise.

Par ailleurs, l'affaire *R v Davis* de 2008 a permis de révéler l'atteinte que cette pratique pouvait porter au droit de confronter son accusateur.³⁸⁴ Dans cette affaire, la chambre de lords a décidé que l'anonymat ne pouvait être prononcé que sur le fondement d'une législation spéciale, laquelle n'existait pas à l'époque. Le législateur a alors répondu dans la précipitation, par le *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act* de 2008, puisqu'à l'époque, une centaine d'affaire

³⁸⁰ Code de procédure pénale, article 706-57

³⁸¹ *Ibidem*, article 706-57 alinéa 2

³⁸² *Criminal Procedure Rules* SI 2020/759, Partie 25(K)(b)

³⁸³ Code de procédure pénale, article 706-58

³⁸⁴ [2008] UKHL 36

ont été mise en danger par la décision de la Chambre des Lords. Le régime complet de cette mesure est aujourd'hui prévu dans la partie III du *Coroners and Justice Act (CJA)* de 2009.

Le *CJA* prévoit la possibilité de recourir à l'anonymat d'un témoin dans trois circonstances alternatives. Ainsi, l'identité du témoin pourra être tenue secrète si cette mesure est nécessaire pour prévenir des atteintes graves à son intégrité physique ou à sa vie, si elle est nécessaire au regard de l'intérêt général ou encore si sans cette mesure le témoin ne déposerait pas ce qui porterait atteinte à l'intérêt général. Bien moins restrictive que les dispositions françaises, la section 88 du *CJA* prévoit trois conditions alternatives à satisfaire pour l'obtention de cet anonymat. La mesure doit être nécessaire à la protection du témoin ou tout autre personne ; éviter toute atteinte grave aux biens ou encore prévenir une atteinte grave à l'intérêt général. Pourra alors être prise en compte la peur raisonnable de la part du témoin des répercussions si son identité était révélée.

265. Malgré cette disparité dans le champ d'application de la mesure, les modes de l'anonymat sont très similaires en droit français et en droit britannique. Ainsi, la loi prévoit la possibilité de garder secret le nom et l'adresse du témoin lequel n'apparaîtra pas dans le dossier. Des mesures plus complexes pourront être aussi mises en œuvre tel que l'utilisation de pseudonyme, d'un écran permettant de soustraire le témoin à la vue de la personne poursuivie, ou encore d'un modificateur de voix lors de sa déposition.³⁸⁵ Ces mesures, prévues aussi en France,³⁸⁶ permettent une confrontation entre la personne poursuivie et le témoin.

Ces mesures d'anonymat sont renforcées par la prohibition de certaines questions. La jurisprudence française a considéré qu'il appartient au président de la Cour d'assises de s'opposer à ce que certaines questions sur les liens qu'entretiennent le témoin et les parties au procès soient posées.³⁸⁷ Plus largement, la section 86 (2) (c) du *CJA* interdit les questions pouvant permettre d'identifier le témoin. Ces deux dispositions permettent d'éviter le jeu du « qui est-ce ? » qui rendrait inutile le recours à l'anonymat.³⁸⁸ Toutefois, si ces mesures sont proches, le champ des questions exclues est bien plus large au Royaume-Uni à telle enseigne que le droit de confronter le témoin est amplement limité. En la matière, il semble que le système français parvienne à un meilleur équilibre entre la sécurité du témoin et le droit de confrontation.

³⁸⁵ *CJA* de 2009, section 86 (2)

³⁸⁶ Pour le modificateur de voix par exemple : Code de procédure pénale, article 706-61

³⁸⁷ Cass. crim., 28 mars 2018, n°17-82.116

³⁸⁸ Le « qui est-ce ? » est un jeu de société qui consiste à deviner et faire deviner l'identité d'un personnage en répondant simplement à des questions sur ses caractéristiques.

266. Par ailleurs, tel que le souligne la jurisprudence britannique, le recours à l'anonymat ne doit pas devenir habituel, doit rester le dernier recours.³⁸⁹ C'est pourquoi ces mesures sont cantonnées aux infractions les plus graves. Le Code de procédure pénale ne prévoit l'anonymat que pour les témoins dans la poursuite des crimes et de délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement. Pourtant, la tendance est à l'étendue de ce recours. La loi de 2001 avait à l'origine prévu un seuil de cinq ans d'emprisonnement. Dès 2002, ce seuil a été abaissé à trois ans permettant alors un recours plus large à cette procédure. De même, dans *Powar*, le juge Openshaw souligne que, bien que ne pouvant devenir le principe, le recours à l'anonymat ne doit pas être cantonné aux poursuites en matière de terrorisme ou de bande organisée puisque l'intimidation de témoin est devenue « le trait hideux de la vie contemporaine ».³⁹⁰

Seulement, même étendu, cet anonymat n'est parfois pas suffisant. Des mesures plus importantes tenant à la protection physique du témoin sont alors nécessaires.

§2. La protection physique du témoin : l'exemple du repentir

267. La protection physique du témoin est prévue là encore dans les deux juridictions. Ces mesures ont été ajoutées dans le Code de procédure pénale par la loi du 3 juin 2016 mais ces procédés sont loin d'être nouveaux. Consacrées depuis 2005 par le législateur britannique, de telles mesures existaient déjà en droit français pour un témoin particulier : le repentir. Les mesures de protection étant similaires, il est intéressant d'étudier ces mesures sous le prisme de ces témoins spéciaux. Ainsi, il s'agira de déterminer qui est le repentir (A), avant de s'intéresser à la mise en œuvre des procédés de protections prévu pour lui (B).

A/ la définition du statut du repentir

268. L'idée de départ est la suivante : qui peut avoir une meilleure connaissance de l'infraction que l'auteur de cette infraction lui-même ? Ainsi, les juridictions française et britannique ont accepté que le délinquant ayant acquis un statut particulier, communément appelé le statut de repentir, pourrait voir sa participation aux poursuites récompensée par des

³⁸⁹ [2009] EWCA Crim 594

³⁹⁰ *R v Powar* [2009] EWCA Crim 594, [2009] 2 Cr. App. R. 8 p. 134 para 63

diminutions ou exemptions de peine. Pour certain, la justice offre alors sa mansuétude comme prix de la délation.³⁹¹

Quel que soit le nom qui lui ait donné, repent³⁹² ou collaborateur de justice³⁹³ en France ; témoin de la reine ou assistant délinquant au Royaume-Uni, ce statut peut être offert à celui qui accepte de coopérer avec les autorités judiciaires ou policières et obtient différents avantages en échange de sa collaboration.³⁹⁴

269. En France, pour obtenir le statut de collaborateur de justice, il est nécessaire que les informations rapportées remplissent trois conditions ; elles doivent être intrinsèquement fiables, d'une importance notable et apporter des éléments nouveaux.³⁹⁵ Si ces critères peuvent sembler assez flou, la loi prévoit clairement les cas dans lesquels les informations délivrées sont d'une importance suffisante. Ainsi, selon l'article 132-78 du Code pénal sont suffisamment importantes les informations qui ont permis d'éviter l'infraction en se commettre, de la faire cesser, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou encore d'identifier les auteurs ou complices de l'infraction.

270. Dans ce cas, lorsque l'infraction a seulement été tentée, une exemption de peine pourra être prononcée,³⁹⁶ et seule une atténuation de peine sera possible lorsque l'infraction a été consommée.³⁹⁷ Ainsi, cette réduction étant, selon les mots de la loi, « exceptionnelle », son application est limitée à la liste des infractions fixées, à l'exclusion de toutes autres, qu'importe leur gravité. La chambre criminelle a, par exemple, exclu l'application de cette disposition pour la dénonciation de faits de viols, atteintes sexuelles aggravées et corruption de mineurs de quinze ans.³⁹⁸

³⁹¹ José Luis DE LA CUESTA, « Traitement juridique du terrorisme en Espagne », *RSC* (1987) p. 589 cité par Gildas ROUSSEL, « L'introduction du *repenti* ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ pénal* (2005) p. 363

³⁹² Le terme de *repenti* vient directement des anciens mafieux italiens appelés *pentiti* en italien. C'est sur ce modèle que la France a construit ce statut.

³⁹³ Jean PRADEL, *op. cit.* (n. 18) para 531

³⁹⁴ Sénat, *Les repentis face à la justice pénale* (Les documents de travail du Sénat série Législation comparée) juin 2003 n°LC124 p. 5

³⁹⁵ AN, Commission des lois, Rapport n°856, Jean-Luc WARSMANN, « Projet de loi n°784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 20 mai 2003, p.93

³⁹⁶ Code pénal, article 132-78 alinéa 1 tel qu'introduit par la loi du 9 mars 2004

³⁹⁷ Code pénal, article 132-78 alinéa 2 ; Cette réduction de peine est possible jusqu'au tiers de la peine prononcée mais seulement lorsque les déclarations concernaient des infractions de criminalité organisée (Code de procédure pénale, articles 706-73 à 706-74)

³⁹⁸ Cass. crim., 24 mai 2006, n°05-86.772, *Bull crim n°146*

271. Des dispositions similaires sont prévues en droit britannique. Ces influences sur la peine prennent la forme d'accords passés entre le *Prosecution service* et le délinquant appelé « SOCPA agreements » par référence au texte qui les ont introduits en droit britannique, le *Serious Organised Crime and Police Act* de 2005. Toutefois, des arrangements similaires peuvent être passés dès la phase d'enquête puisque les policiers, avec le *Prosecutor*, ont le droit de proposer des « *texts* » qui consistent à faire savoir au juge qui déterminera la peine que le délinquant a coopéré en donnant des informations. Dans tous les cas, ces accords permettront aux personnes poursuivies d'obtenir des réductions de peines, lesquelles seront accordées proportionnellement à l'aide apportée et la gravité de l'infraction dénoncée. Les proportions de réductions de peines prévues pour les *SOCPA agreements* sont d'un autre calibre que celles prévues en France puisque les réductions de peines peuvent aller jusqu'au trois quarts de la peine pour les crimes les plus graves.

272. De ces dispositions ressort une certaine méfiance à l'égard de ces témoins spéciaux. Que ce soit la nécessité d'un concours effectif à la procédure ou encore l'aspect pédagogique de l'énoncé de la peine qui aurait dû être prononcée pour l'infraction,³⁹⁹ le législateur a souhaité limiter le recours à de telles procédures. Cette méfiance se traduit plus concrètement par une entorse au principe de liberté de la preuve puisque ni le droit français ni le droit anglais n'offre à ces témoignages une force probante complète. En effet, l'article 132-78 du Code pénal précise en son dernier alinéa qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de ces déclarations. De même, de façon moins formelle, le droit britannique prévoit l'obligation pour le juge à inviter le jury à faire preuve de prudence quant à la force probante qu'il attribuera à ce témoignage.

273. En décidant de concourir à la justice, ces collaborateurs se mettent nécessairement en danger, raison pour laquelle les systèmes britanniques et français leur offrent une protection.

B/ La mise en œuvre de la protection

1. Le régime applicable

274. Tel que le soulignait le sénateur François Zocchetto, l'expérience italienne a montré que le système ne peut marcher sans mesures de protection.⁴⁰⁰ La gravité des crimes dénoncés et la dangerosité de leurs auteurs ont amené à de nombreuses éliminations physiques de ceux qui

³⁹⁹ *SOCPA* de 2005, section 73(3)

⁴⁰⁰ Sénat, deb, XI^{ième} législature, 2003-2004, 2 octobre 2003

voulaient collaborer avec la justice.⁴⁰¹ Le législateur a alors associé au régime de réduction, d'atténuation ou d'exemption de peine une protection particulière pour les collaborateurs de justice.

275. Le Royaume-Uni n'a pas fait le même choix. Bien que le *SOCPA* de 2005 prévoit aussi les mesures de protections de témoins, ces dernières sont plus généralement applicables aux personnes délimitées par l'annexe n°5 du *SOCPA* parmi lesquelles sont prévues les personnes qui ont bénéficié de la section 71 du *SOCPA*⁴⁰² mais aussi plus généralement toute personne qui est, a été ou pourrait être témoin dans une procédure.⁴⁰³ Cette liste, déjà extrêmement large, n'est de plus pas limitative. Les forces de police ont le pouvoir de proposer ces mesures de protections à toute personne qui serait en danger.⁴⁰⁴ Le législateur britannique a alors fait le choix d'une procédure de protection unique pour tous ces acteurs de la justice, là où le législateur français a pris le soin de distinguer les mesures de protections de témoins⁴⁰⁵ et les mesures de protection des repentis.⁴⁰⁶ Pourtant, si le fondement juridique n'est pas le même, la réalité des mesures de protections est, à la lecture des textes, très proche, reprenant les deux mesures phares de la protection des témoins : l'usage d'une identité d'emprunt et la recours aux mesures de sécurité. De plus, le décret venant préciser les mesures de protections vise les deux procédures indifféremment.⁴⁰⁷

276. En outre, que ce soit en droit français ou en droit britannique, la seule qualité de témoin, collaborateur de justice ou, au Royaume-Uni, d'acteur du processus pénal définit par l'annexe 5 du *SOCPA*, ne suffit pas à ouvrir droit à ces mesures spéciales. En effet, deux conditions supplémentaires doivent être réunies. Tout d'abord, le potentiel bénéficiaire doit être en danger. Le législateur français précise que les collaborateurs pourront faire l'objet de protection « en tant que de besoin » pour leur sécurité. Il existe pour le collaborateur de justice une sorte de présomption de danger puisqu'au contraire, le témoin lambda devra faire la démonstration d'un

⁴⁰¹ *Ibidem*

⁴⁰² *SOCPA* 2005, section 3 de l'annexe 5

⁴⁰³ *Ibidem*, section 1 de l'annexe 5

⁴⁰⁴ Crown Prosecution Service, *Legal Guidance on Witness protection and anonymity*, site officiel du *Crown prosecution service* accessible < <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/witness-protection-and-anonymity> >

⁴⁰⁵ Livre IV : de quelques procédures particulières ; Titre XXI : De la protection des témoins du Code de procédure pénale (articles 706-57 à 796-63)

⁴⁰⁶ Livre IV : de quelques procédures particulières ; Titre XXI : Des personnes bénéficiant d'exemptions ou de réductions de peines pour avoir permis d'éviter la réalisation d'infractions, de faire cesser ou d'atténuer le dommage causé par une infraction ou d'identifier les auteurs ou complices d'infractions du Code de procédure pénale (articles 706-63-1 et 706-63-2)

⁴⁰⁷ Décret n°2016-1674 du 5 décembre 2016 portant application de l'article 706-62-2 du Code de procédure pénale et modifiant le décret n°2014-346 du 17 mars 2014

risque pour sa sécurité.⁴⁰⁸ Le législateur britannique pour sa part précise que de telles mesures pourront être prises lorsque « la sécurité de la personne est en péril ».⁴⁰⁹ Un réel examen du danger sera alors effectué afin de déterminer si une telle mesure est nécessaire, ce qui se comprend au regard du coût que représente une procédure de protection de témoin. En outre, il est nécessaire que ce danger provienne de la collaboration avec la justice.⁴¹⁰

2. les mesures applicables

277. Les textes légaux ne donnent que peu de précisions quant aux mesures applicables. Volontaire au Royaume-Uni, le secret des mesures employées permet de préserver leur efficacité et donc la sécurité des personnes placées sous protection. De très rares éléments ont été donnés par Andy Cook, chef du service de protection des personnes.⁴¹¹ L'objectif de ces mesures, explique-t-il, est de limiter le nombre de personnes qui connaissent la personne protégée afin de limiter le risque. Très concrètement, cela prend la forme d'un éloignement du lieu de vie et d'une rupture de contact avec les proches pendant un temps, ou encore l'utilisation d'une identité d'emprunt. Si cette mesure de protection est efficace, la rupture totale avec l'entourage du témoin peut être complexe à vivre psychologiquement. Pour éviter cela, la France a prévu la possibilité pour la famille et les proches de recourir à cette procédure.⁴¹²

278. En France, les mesures ont été précisées par plusieurs textes, notamment une circulaire du 2 septembre 2004 qui prévoit deux types de protections possibles.⁴¹³ Tout d'abord, tel que prévu par l'article 706-63-1 du Code de procédure pénale, le président du tribunal judiciaire peut autoriser le recours à une identité d'emprunt.

279. Par ailleurs, le législateur prévoit que puissent être prononcées toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité du collaborateur. En ce sens, la Commission nationale de protection et de réinsertion, en charge de définir les mesures de protections adéquates, a le pouvoir de prononcer « toutes mesures proportionnées qu'elle définit, notamment la protection

⁴⁰⁸ Code de procédure pénale, article 706-62-2

⁴⁰⁹ *SOCPA* 2005, section 82(1)

⁴¹⁰ L'article 706-62-2 précise que le danger doit venir de l'audition ; l'article 706-63-1 prévoit quant à lui la nécessaire qualité de collaborateur de justice.

⁴¹¹ Andy COOK, interview donnée à la BBC newsnigth, 14 août 2015 accessible < <https://www.youtube.com/watch?v=QmrN1B02iNQ&t=387s> >

⁴¹² Article 706-63-1 dernier alinéa du Code de procédure pénale

⁴¹³ Circulaire crim 04-13 G1 du 2 septembre 2004

physique et de domiciliation ». ⁴¹⁴ Les termes de la loi ne sont que peu précis, ce qui laisse à la commission le soin de déterminer quelles sont les mesures nécessaires.

3. Le contrôle de la mesure

280. La décision de recourir à ces mesures de protections est prise au Royaume-Uni par le *protection provider*, littéralement le fournisseur de protection en français. Comme son nom l'indique, il s'agira du chef de la police de la nation dans laquelle se trouve le témoin ou, à défaut de moyen le directeur général de la *National Crime Agency*. ⁴¹⁵ Il appartient à ce *protection provider* de déterminer l'opportunité et, le cas échéant, le contenu des mesures nécessaires. Cette nécessité doit être appréciée selon cinq critères posés par la loi : la nature et gravité du risque pour la sécurité de la personne ; le coût de la mesure ; la capacité de la personne à s'adapter à la mesure ; la nature de la procédure dans laquelle il témoigne ; et l'importance de ce témoignage. ⁴¹⁶ Le contrôle de la mesure est alors minutieux.

281. Néanmoins, ce contrôle offre, semble-t-il, des garanties moindres que celles prévues en France. En effet, la Commission Nationale de protection et de réinsertion, saisie sur réquisitions du procureur de la République et chargée du prononcé et du contrôle de ces mesures, ⁴¹⁷ est composée, notamment de magistrats, de représentants de la direction générale de la sécurité intérieure et de la gendarmerie ou encore d'un représentant du ministre chargé des douanes. ⁴¹⁸ Outre leurs qualités qui, pour certains, offrent une garantie d'indépendance, cette commission a la particularité d'être composée exclusivement de membres bénévoles ⁴¹⁹ ce qui implique qu'ils ne sont pas dépendant financièrement.

282. Quant à l'autorisation de recours à une identité d'emprunt, elle est autorisée par une ordonnance motivée du président du tribunal judiciaire. ⁴²⁰ Ces autorités françaises offrent alors des garanties procédurales inexistantes en droit britannique. Toutefois, l'avantage premier du

⁴¹⁴ Décret n°2014-346 du 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes mentionnées aux articles 706-62-2 et 706-63-1 du Code de procédure pénale, article 14

⁴¹⁵ SOCPA 2005, section 82(5)

⁴¹⁶ *Ibidem*, section 82(4)

⁴¹⁷ Code de procédure pénale, article 706-96-1 alinéa 4

⁴¹⁸ Décret n°2014-346 du 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes mentionnées aux articles 706-62-2 et 706-63-1 du Code de procédure pénale, article 1^{er}

⁴¹⁹ *Ibidem*, Article 4

⁴²⁰ Code de procédure pénale, article 706-63-1 alinéa 2

système britannique est qu'il limite le nombre de personnes ayant connaissance des mesures de protection.

283. En tout état de cause, cette mesure a un coût considérable, tant financier qu'humain.⁴²¹ Il a donc été permis que soit mis fin à ces mesures dans les cas où les efforts fournis par la personne protégée ne sont pas à la hauteur de l'investissement des services de protection. C'est pourquoi il est permis à la commission de protection et de réinsertion de mettre fin à l'autorisation d'user d'une identité d'emprunt lorsque le bénéficiaire « adopte un comportement incompatible avec la mesure mise en œuvre ou le bon déroulement de cette mesure ».⁴²² Sans aller dans autant de détail, le *protection provider* peut mettre fin à la mesure, en prenant en compte les mêmes éléments que ceux prévus pour la mise en place de celle-ci.⁴²³ Est une fois encore mis en évidence le caractère strictement nécessaire d'une telle mesure, ainsi que son assimilation à une « récompense », comme une fleur faite par l'État aux collaborateurs de justice.

4. les conséquences de la révélation

284. L'efficacité de ces mesures est alors dépendante du secret qui les entoure. C'est pourquoi en France comme au Royaume-Uni, le législateur incrimine les atteintes portées à ce secret. Ainsi, l'article 706-63-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que :

le fait de révéler qu'une personne fait usage d'une identité d'emprunt en application du présent article ou de révéler tout élément permettant son identification ou sa localisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

285. Cette infraction est une infraction formelle à laquelle sont ajoutées des circonstances aggravantes lorsqu'à la suite de la révélation de ce secret, des violences ont été perpétrées contre la personne protégée ou ses proches, auquel cas la peine sera portée à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende, voire dix ans et 150 000 euros d'amende lorsque cette divulgation a conduit à la mort de la personne protégée ou de ses proches. Cette infraction n'est pas propre aux repentis puisque cette dernière existe, exactement dans les mêmes termes par l'article 706-62-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale pour tout témoin. Il s'agit alors bien de protéger l'intégrité du témoin et l'effectivité de la mesure.

⁴²¹ Jean-Luc WARSMANN, *op. cit.* (n. 395) p.93

⁴²² Décret n°2014-346 du 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes mentionnées aux articles 706-62-2 et 706-63-1 du Code de procédure pénale, article 23 alinéa 2

⁴²³ SOCPA 2005, sections 82 (2) à (4)

286. Le législateur britannique a procédé de même en consacrant deux infractions. La première, prévue par la section 86 du *SOCPA* de 2005, incrimine le fait de dévoiler les détails de la mise en place de ces mesures. Est alors encourue une peine de deux ans d'emprisonnement et une amende. La seconde, prévue par la section 88 du *SOCPA* de 2005 qui incrimine le fait de dévoiler l'identité d'emprunt. Il est intéressant de souligner ici que l'auteur encoure la même peine qu'il soit ou non le bénéficiaire de la mesure, soit deux ans d'emprisonnement et une amende. Cette particularité témoigne une fois de plus de ce que cette mesure est une faveur offerte au témoin. Toutefois, le quantum des peines consacré par le législateur britannique est bien inférieur à celui prévu par le législateur français, ce qui pourrait témoigner d'une importance moindre donnée à ce secret. Pourtant, c'est bien au nom de ce secret que peu d'information sur le sujet peuvent être trouvées. Enfin, marqueur une fois encore de l'insuffisance en la matière du droit britannique, le législateur n'a pas prévu de circonstances aggravantes à l'instar de ce qui a été fait par le législateur français lorsque la divulgation du secret a résulté en une atteinte à la personne protégée.

287. Ainsi, le système de protection des repentis, bien que nécessaire, est appliqué de façon inégale en France et au Royaume-Uni. Si les mesures britanniques semblent être plus poussées, offrant donc une meilleure protection, la France a consacré un cadre légal plus abouti et donc plus protecteur des intérêts de chacun. En tous les cas, cette mesure, prise comme une sorte d'achat de témoignage a été conçu dans l'une et l'autre des juridictions comme des mesures d'exceptions. Ce même caractère exceptionnel prévaut pour les nouvelles dispositions générales prévues par le législateur en 2016.

288. Ces mesures exceptionnelles marquent ainsi le dernier niveau de sauvegarde de la preuve testimoniale. Ainsi, après une sélection stricte au moment de son admission, puis des nombreux garde-fous permettant de garantir son intégrité au moment sa mise en œuvre, la preuve testimoniale peut être appréciée de la meilleure façon possible par les juridictions. Si les mesures adoptées par les deux systèmes sont similaires, consacrées aux mêmes moments du processus pénal, la façon de les appréhender est révélatrice des distinctions fondamentales entre le système français et britannique.

Bibliographie

Sources normatives

- Internationales

- Convention internationale des droits de l'enfant 1989
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 1950

- France:

*** Lois:**

- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes
- Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs (1)
- Loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire
- Loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire
- Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité
- Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

*** Textes réglementaires :**

- Décret n°2014-346 du 17 mars 2014 relatif à la protection des personnes mentionnées aux articles 706-62-2 et 706-63-1 du code de procédure pénale
- Circulaire criminelle 04-13 G1 du 2 septembre 2004

- Royaume-Uni

*** Lois:**

- *Bankers' Books Evidence Act*, 1879
- *Consular Relation Act*, 1968
- *Consular Relation Act*, 1968
- *Contempt of Court Act*, 1981
- *Criminal Procedure (Attendance of witnesses) Act*, 1965
- *Criminal Procedure Act* de 1865
- *Criminal procedure and investigation Act*, 1996
- *Diplomatic Privilege Act*, 1964
- *Diplomatic Privilege Act*, 1964
- *International Organisation Act*, 1968
- *International Organisation Act*, 1968
- *Oath Act*, 978
- *Offences against the Person Act*, 1861

- *Perjury Act*, 1911
- *Police and Criminal Evidence act*, 1984
- *Serious Organised Crime and Police Act*, 2005
- *State Immunity Act*, 1978
- *Terrorism Act*, 2000
- *Welsh Language Act*, 1993
- *Youth Justice and Criminal Evidence Act*, 1999

* Textes règlementaires:

- Ministry of Justice & National Police Chiefs' Council, *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Guidance on using special measures* (2020)
- *Criminal Procedure Rules* SI 2020/759
- Crown Prosecution Service, *Pre-Trial Witness interview Code of Practice*, site officiel du Crown Prosecution Service, accessible < <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/pre-trial-witness-interviews-guidance-prosecutors> >
- Crown Prosecution Service, *Legal Guidance on Witness protection and anonymity*, site officiel du Crown prosecution service, accessible < <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/witness-protection-and-anonymity> >
- Ministry of Justice, *The Witness Charter: a standard of care for witnesses in the criminal justice system*, (Décembre 2013)

Dictionnaires et encyclopédies :

• **Dictionnaires :**

- PUIGELIER C., *Dictionnaire juridique*, 2^e ed, Bruylant, 2017
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 13^e ed, PUF, 2020
- PICOCHÉ J., *Dictionnaire étymologique du français*, Dictionnaires Le Robert, Les usuels, 2008
- GREENBERG D., *Jowitt's Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell , 5e ed., 2019
- Rey A. & Rey-Debove J., *Le Petit Robert de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Millésime, 2022
- GUINCHARD S. & DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, 28^e ed, Dalloz, 2020-2021
- *Osborn's Concise Law Dictionary*, Sweet & Maxwell, 12e ed, 2013

• **Dictionnaires en ligne :**

- *Cambridge dictionary online* accessible < <https://dictionary.cambridge.org/fr/> >
- Dictionnaire de l'académie française, 9^e ed, accessible < <https://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/la-9e-edition> >
- Dictionnaire Larousse, accessible < <https://www.larousse.fr> >

• **Répertoires :**

- FOURMENT F, « Faux témoignage », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (Fev 2008)

- GIACOPELLI M. & JOSEPH-RATINEAU Y., « Témoin », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, (Septembre 2015)
- MAYAUD Y., « article 434-15 – Fascicule 20 : Subornation de témoin », *Jurisclasseur Pénal Code* (2019)
- SAFI F., « art. 227-1 et 227-2 – Fasc 20 : Délaissement de Mineur », *Jurisclasseur Pénal*, (2018)

Ouvrages :

- AMBROISE-CASTERIT C. & BONFILS P., *Procédure pénale*, PUF, Thémis droit, 2011, 480 p.
- ANGEVIN H & LEGALL H-C., *La pratique de la Cour d'assises*, 7^e ed, LexisNexis, Droit&Professionnels, 2020, 664 p.
- BACHELET O. & BENILLOUCHE M., « La preuve par témoignage et le statut du témoin » dans *Les transformations de l'administration de la preuve pénale* (Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris ; Société de la législation comparée 2006, 374 p.
- BENTHAM J., *The rationale of evidence*, Londres, Vol. I, 1827, 645 p.
- BEST W. M., *Law of Evidence*, 12^e ed, Londres, 1922
- BOULOC B., *Procédure pénale*, 28^e ed, Paris, Dalloz, 2021, 1200 p.
- CARBASSE J-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e ed, PUF, 2014, 544 p.
- DENNIS I, *The law of evidence*, 17th ed, Thomas Reuters, 2020, 2099 p.
- DREYER E., *Droit pénal spécial*, Paris, LGDJ, 2020, 876 p.
- FITZJAMES STEPHEN J., *Digest of the Law of Evidence*, 12e ed, Londres, 1936
- GARÇON E., *Code pénal annoté*, 2^e ed, Sirey, 1952-1959
- GUERY C. et CHAMBON P., *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, 10^e ed, Dalloz, Action, 2018-2019, 1372 p.
- GUERY C. et LAVIELLE B., *Droit et pratique des audiences correctionnelles et de police*, 3^e ed, Dalloz, Action, 2018, 1768 p.
- GUINCHARD S. & BUISSON J., *Procédure pénale*, 11^e ed, LexisNexis, Manuels, 2018, 1568 p.
- GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, 14^e ed, LexisNexis, Manuels, 2021, 1570 p.
- HELIE F., *Traité d'instruction criminelle*, 2^{ième} ed, Paris, Tome IV, 1866, 720 p.
- KEANE A. & MCKEOWN P., *The Modern Law of Evidence*, 13^e ed, Oxford, OUP, 2020, 790 p.
- CHOO A. L-T., *Evidence*, 5^e ed, Oxford, OUP, 2018, 415 p.
- LEROY J., *Procédure pénale*, 6^e ed, LGDJ, Manuel, 2019, 696 p.
- MERLE R. & VITU A., *Traité de droit criminel : procédure pénale*, 5^e ed, Paris, Cujas, 2001, 1180 p.
- PRADEL J. & DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, 6^e ed, Cujas, Référence, 2014, 788 p.
- PRADEL J., *Procédure pénale*, 20^e ed, Cujas, Référence, 2019, 1136 p.
- RASSAT M-L., *Procédure pénale*, 3^e ed, Ellipses, Université Droit, 2017, 808 p.
- RICOEUR P., *Lectures : aux frontières de la philosophie*, Seuil, Tome III, 2006, 379 p.
- SIMONS D. et CHABRIS C., *The invisible gorilla : how our intuitions deceive us*, New York, HarperCollins, 2011, 320 p.

- SPENCER J R. et FLIN R., *The evidence of Children: the law and psychology*, 2^e ed, Blackstone Press, 1993, 496 p.
- STRONG JW, *McCormick on Evidence*, 4^e ed, West Group, Hornbook Series Student edition, 1992, 583p.
- VIRJ A, *Detecting lies and deceit: Pitfalls and opportunities*, John Wiley & Sons, 2008, 504 p.
- WIGMORE J H. (révisé par CHADBOURN J H), *Evidence in Trials at Common Law*, Vol 5, 1974

Articles :

- Auteur inconnu « History of the law of evidence », *jurid Rev*, (1899), vol 11, p.1
- BLANC A., « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction », *AJ pénal* (2005), p. 271
- CATELAN N. « Témoin, droits de la défense et périmètre des nullités », *AJ pénal* (2017) p. 550
- CHAVANNE M., « L'ADN, « reine des preuves », une place à redéfinir » *AJ pénal* (2021) p. 180
- DE LA CUESTA J.-L., « Traitement juridique du terrorisme en Espagne », *RSC* (1987) p. 589
- DENNIS I., « The right to confront witnesses: meanings, myths and human rights », *Crim LR*, (2020), vol 4 p. 255
- ESCHYLLE J. F., « L'interprète en matière pénale », *RSC* (1992) p. 259
- HEATON-ARMSTRONG A. et WOLCHOVER D., « Recording witness statements », *Crim L R*, (1992) p. 160
- HOFFMANN L. H., « Similar Facts after *Broadman* », *Law Quarterly Review* (1975), vol 91, p. 193
- KEANE A. & MCKEOWN P., « Time to abandon “beyond reasonable doubt” and “sure”: the case for a new direction on the criminal standard and how it should be used », *Crim LR*, 2019, p. 505
- LANGBEIN J. H., « Historical foundation of the law of evidence : a view from ryder sources » *Colum L Rev*, (1996), p. 1168
- MARON A. et HAAS M., « Amant et victime par ricochet », *Droit Pénal* n°7 (2011) comm 97
- MARON A. et HAAS M., « Pas de témoin reprochable en matière contraventionnelle », *Droit pénal* n° 5, (2014), comm. 82
- MARTINELLE M., « L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », *AJ pénal* (2018) p. 69180
- MAYAUD Y., « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », *AJ pénal*, (2008) p. 111
- MICHAUD J., « Le traducteur et l'expert », *RSC* (1985) p. 266
- MIES F, « Herméneutique du témoignage en philosophie : Littérature, mythe et bible », *Revue de Sciences philosophiques et théologique* (Janvier 1997) Vol 81 n°1, p. 3
- MONTGOMERY J. W., « The criminal standard of proof », *NLJ* (1998), vol 148, p. 582
- MYLONAKI E. et BURTON T., « A critique of the deficiencies in the regulation of contemporary police powers of detention and questioning in England and Wales » *Pol. J.* (2010) vol 83(1), p. 61
- HEFFER C. N., « The Language of Conviction and the Conviction of Certainty: Is ‘Sure’ an Impossible Standard of Proof? », *International Commentary on Evidence*, (2007), vol 5 (1), p. 5
- ORMEROD D., « R. v N: witness intimidation - whether necessary for commission of offence that victim be put in fear Court of Appeal (Criminal Division) », *Crim LR*, (2013), vol 11, p. 936
- RENVOIZE E., « Compellability of witnesses : criminal proceedings », *Westlaw overview articles* (2018)

- REVIRON P., « ADN : la preuve parfaite ? », *AJ Pénal*, (2012) p.590
- ROUMIER W., « Violences sexuelles : le confinement renforce la « loi du silence » pesant sur les victimes », *Droit pénal* n° 6, (2020), p. 58
- TRIMBOLI L. (Bureau des statistiques criminelles et de recherche du *New South Wales*) « Jurors understanding of judicial instructions in criminal trials » *Crime and Justice* (2008) *Bull n°119*, p. 10
- ZANDER M., « The criminal Standard of proof », *NLJ*, (1998), vol 150, p. 1517
- ROUSSEL G., « L'introduction du *repenti* ou le pragmatisme appliqué du législateur », *AJ pénal* (2005) p. 363
- BAUDESSON T., « Avocat - Le nouvel article 56-1-2 du Code de procédure pénale ou l'introduction discrète en droit français de la crime-fraud exception américaine, mais sans les garanties qui l'accompagnent », *RDP*, (2022), n°1, Étude 3.
- BONFILS P., « Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes », *RSC* (2010) p. 457

Cours & Colloques:

- BAUDESSON T., « Les frontières du secret professionnel », Colloque de l'institut de criminologie et de droit pénal de Paris du 15 octobre 2021 sur le secret professionnel de l'avocat
- HODGETTS C., *Criminal Law*, Cours dispensé dans le cadre de LLB, Bangor University, année universitaire 2020-2021 abuse case" (10 octobre 2017)
- REINHART J, Table ronde « Procès V13 : Témoignage d'avocats des parties civiles après quatre mois d'audience » organisé par l'ICP le 31 janvier 2022

Travaux législatifs :

- AN, Commission des lois, Rapport n°856, WARSMANN J-L, « Projet de loi n°784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 20 mai 2003
- House of Commons, deb, *Criminal Justice and Public Order bill*, 11 janvier 1995, volume 235 column 28
- Scottish Law Commission, *Evidence : Report on Hearsay Evidence in Criminal proceedings*, 1995, Sct Law Com No 149
- Sénat, Commission des lois, Rapport n°184, JOLIBOIS C., 15 décembre 1993, projet de loi relatif au nouveau code pénal et à certains de procédure pénale
- Sénat, deb, XIe législature, 2003-2004, 2 octobre 2003
- Sénat, *Les repentis face à la justice pénale* (Les documents de travail du Sénat série Législation comparée) juin 2003 n°LC124

Autres :

- Andy COOK, interview donnée à la BBC newsnigth, 14 août 2015 accessible < <https://www.youtube.com/watch?v=QmrN1B02iNQ&t=387s> >
- Gouvernement du Royaume-Uni, « Going to court to give evidence as a victim or witness », *site officiel du gouvernement*, accessible <<https://www.gov.uk/going-to-court-victim-witness/help-and-support-in-the-court>>
- *Mariage & Pacs – Données annuelles de 1990 à 2021* accessible <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381498>
- Série eyewitness, épisode 1 - accessible sur le site de la BBC accessibles <<https://www.bbc.co.uk/programmes/p007cypn>>

Table des jurisprudences

- **Européenne:**

- CEDH, 20 septembre 1993, n°14647/89, *Saïdi c/ France* ; JCPG n°8, vol III p. 22215 comm CHAMBON P.
- CEDH, 27 mars 1996, n°17488/90, *Goodwin c. Royaume-Uni*
- CEDH, 3 avril 2012, n° 42857/05, *Van Der Heijden c. Pays Bas*
- CEDH, 4 novembre 2010, n°34588/07, *Darraj c. France*
- CEDH, 26 mars 1996, n° 20524/92, *Doorson c. Pays Bas*
- CEDH, 16 mars 2021, n° 53848/07, *Fikret Karahan c. Turquie*

- **France :**

- * **Constitutionnelle :**

- Conseil constitutionnel, 28 février 2020 n°2019-828/829 QPC
- Conseil constitutionnel, 2 mars 2018, n° 2017-694 QPC

- * **Cour de cassation :**

- Cass. Crim., 6 août 1887, *D.* 1888.143
- Cass. crim. 20 mai 1808, *S.* 1808.2.530
- Cass. crim., 5 octobre 1971, *Gazette du palais* 1972. 1. 137
- Cass. crim., 7 avril 1870, *S.* 1870.I.277
- Cass. crim., 16 décembre 1875, *D* 1877 I 413
- Cass. chambres réunies, 31 janvier 1888, *Wilson, D.* 1889 p. 241
- Cass. crim., 30 mai 1895, *DP* 1896
- Cass. crim., 7 février 1896, *Bull crim* n°57
- Cass. crim., 2 septembre 1897, *Bull crim* n°304
- Cass. crim., 25 septembre 1902, *S.*1906.I.535
- Cass. crim., 15 avril 1905, *DP* 1905
- Cass. crim., 8 novembre 1934 : *DH* 1935.7
- Cass. crim., 31 mai 1935: *Bull. crim.* n°72

- Cass. crim., 14 décembre 1935, *DH* p. 255
- Cass. crim., 27 juillet 1936, *DH* p. 494
- Cass. crim., 9 décembre 1948 : *D* p. 44
- Cass. crim., 12 juin 1952, *Imbert*
- Cass. crim., 6 avril 1954, *Bull. crim.*, n°145, *D.* 1954 p.572
- Cass crim., 30 avril 1954: *Bull. crim.* n° 147: *D.* 1954 p. 573
- Cass. crim., 3 janvier 1956, *Bull crim* n°5
- Cass. crim., 28 janvier 1958, n°57-92.261
- Cass. crim., 11 avril 1959, *Bull crim* n°213
- Cass. crim., 11 mai 1959, *Bull crim* n°253
- Cass. crim., 22 décembre 1966 : *D* 1967 p 122
- Cass. crim., 4 novembre 1971, n°70-91.953
- Cass. crim., 17 mai 1973 : *Bull crim* n°228
- Cass. crim., 19 juin 1974, n° 74-90.521 ; *D.* 1974 p.705, note F. CHAPAR.
- Cass. crim., 3 septembre 1977, n°76-93.437
- Cass. crim., 14 février 1978, *Bull crim* n°56.
- Cass. crim., 31 janvier 1979, n°78-92.140
- Cass. crim., 14 mars 1984, *D* 1984 *IR* 314.
- Cass. crim., 4 juin 1984, n°83-94.081
- Cass. crim., 26 juin 1984 : *D* 1984 *IR*
- Cass. crim., 4 janvier 1985, *Bull crim* n°11
- Cass. crim., 5 juin 1985, *Bull crim* n°218
- Cass. crim., 12 mars 1986, n°85-94.418
- Cass. crim., 15 octobre 1986, n°86-90.959
- Cass. crim., 15 septembre 1987 *Bull crim* n° 311
- Cass. crim., 16 décembre 1992 n°92-82.179
- Cass. crim., 10 mars 1993, n° 90-83.144 : *JurisData* n° 1993-704804
- Cass. crim., 30 juin 1993 n°93-80.497
- Cass. crim., 30 mai 1995, *DP* 1996 n°181
- Cass. crim., 21 juin 1995 n°94-85.159
- Cass. crim., 16 décembre 1997, *Bull crim* n°427
- Cass crim, 30 mars 1999, *Bull crim* n°59

- Cass crim, 12 décembre 2000, *Dalloz 2001*
- Cass crim, 24 mai 2006, n°05-86.772, *Bull crim n°146*
- Cass crim, 11 mai 2010, n°10-80.953 *Bull crim n°78*
- Cass crim, 4 mars 2014, n°13-81.35 *Bull crim n°64*
- Cass. crim., 16 décembre 2015, n°14-87.234
- Cass crim, 2 mars 2016, *Bull crim n°124*
- Cass. crim., 8 févr. 2017, n° 15-86914, n°16-80389 et n°16-80391
- Cass. crim., 15 mars 2017, n°16-84.387
- Cass. crim., 28 mars 2018, n°17-82.116
- Cass. crim., 12 juin 2019 n°18-83.844, Droit pénal n°10 obs Ph. Conte
- * Cour d'appel :**
- Cour d'appel d'Aix en Provence, 12 mai 1998 : *jurisdata 1998-041381*
 - **Royaume-Uni :**
- *Ockley & Whitlesbyes Case* [1622] 1 WLUK 192
- *R v Mawbey* [1796] 4 WLUK 17
- *Parkin v Moon* (1836) 7 Car & P 408, para 409
- *Leatham* (1861) 8 Cox CC 498, 501.
- *R v Robinson* (1867) LR 1 CCR 80
- *Bottomley* [1909] 2 K.B. 14 at 21.
- *Maves v Grand Trunk Pacific Rail Co* (1913) 14 D.L.R. 70
- *R v Christie* [1914] AC 545
- *R v O'Donnell* (1917) 12 Cr. App. R.
- *R v Cowell* [1940] 2 KB 49
- *R v Roberts* [1942] 1 All ER 187
- *R v Canny* (1945) 30 Cr App R 143
- *Moor v Moor* [1954] 1 WLR 927
- *R v Walwork* [1958] 4 WLUK 4 ; (1958) 42 Cr. App. R. 153
- *R v Davies* [1962] 1 WLR 111
- *Mitchell* (1970) 114 S.J. 86
- *Alfred Crompton amusement Machines Ltd v Customs and Excise Comrs (No 2)* [1974] AC 405
- *R v Thompson* (1976) 64 Cr App R 96
- *R v Sang* [1980] AC 402,
- *Coy v Iowa* [1988] 487 US 1012
- *R v Darby* [1989] Crim LR 817
- *R v Gratton* [1993] QB 101
- *Lobban v R* [1995] 1 WLR 877
- *R v Browing* [1995] Crim LR 227
- *R v Haringly JJ ex p DPP* [1996] 2 WLR 114
- *Brown and Brown* [1997] 1 Cr App R 112
- *R v Ellis* [1998] Crim LR 660
- *Ashworth Hospital Authority v MGN Ltd* [2002] 1 WLR 2033
- *R v Sandhu* [2002] 2 Cr App R 311
- *R v Randall* [2004] 1 WLR 56
- *R. v Patrascu (Andrew)* [2004] EWCA Crim 2417
- *R v MacPherson* [2005] EWCA Crim 3605; [2006] 1 Cr App R 30 à [25 – 29]
- *A v Secretary of State for the Home Department (No. 2)* [2005] UKHL 71 ; [2006] 1 All ER 575
- *Powell* [2006] 1 Cr App R 468
- *R v Sharma* [2006] 2 Cr.App.R. 63
- *R v Iain Davis* [2008] UKHL 36
- *R v Mayers* [2008] EWCA Crim 2989; [2009] 1 WLR 1915
- *R v Mangena* [2009] EWCA Crim 2535
- *R v Powar* [2009] EWCA Crim 594, [2009] 2 Cr. App. R. 8 p. 134 §63
- *R v Baker* [2010] EWCA Crim 4 à 51.
- *R v McEwan* [2011] EWCA Crim 1026
- *R. v N* [2013] EWCA Crim 989
- *R (on the application of Privacy International) v Revenue and Customs Commissioners* [2015] STC 948
- *R v G (S)* [2017] EWCA Crim 617, [2017] 4 WLR 119 para 51.
- *R. v Warner (Nicholas)* [2020] EWCA Crim 499
- *R. v Warner (Nicholas)* [2020] EWCA Crim 499

Table des matières

Remerciements.....	II
Principales des abréviations.....	I
Sommaire.....	II
INTRODUCTION.....	1
TITRE Ier - L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE TESTIMONIALE.....	12
Chapitre 1 – La place de la preuve testimoniale dans le régime de la preuve.....	12
Section 1 – Le principe de liberté de la preuve comme pierre angulaire du droit de la preuve.....	12
§1. Le système de la preuve libre.....	13
A/ Le principe de preuve libre.....	13
B/ L'admissibilité restreinte de la preuve.....	14
1. Exclusion de la preuve sans rapport avec les faits (<i>relevance</i>).....	14
2. Exclusion de la preuve déloyale ou indigne.....	17
§2. L'attribution de la juste force probante par le juge.....	19
A/ Le principe de l'appréciation souveraine de la force probante par le juge.....	19
1. La norme de « l'intime conviction » et du « doute raisonnable ».....	19
2. L'appréciation indirecte de la force probante par le juge du droit.....	22
B/ Les restrictions légales à l'appréciation souveraine du juge.....	23
Section 2 - Le droit au témoin.....	25
§1. Le droit de citation du témoin.....	25
§2. Le droit de confrontation du témoin.....	29
Chapitre 2 – La définition du statut du témoin.....	33
Section 1 – Le témoin défini par ses obligations.....	33
§1. Comparaitre, prêter serment et déposer.....	33
§2. Les restrictions au principe liées au statut de la personne.....	36
A/ Les membres de l'exécutif.....	36
B/ Les personnes tenues au secret professionnel.....	37
Section 2. Un statut restreint dans son acquisition.....	40
§1. Les qualités nécessaires du témoin.....	41
§2. Les témoins inaptes de fait.....	42
§3. Les témoins légalement empêchés.....	47

A/ Les parties à la procédure.....	47
B/ Les proches de la personne poursuivie.....	49
TITRE 2 nd – LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREUVE TESTIMONIALE.....	53
Chapitre 1 – La protection du témoignage.....	53
Section 1 – Les règles d’audition du témoin.....	53
§1. Le témoignage en phase préparatoire du procès.....	53
A/ Le cadre légal.....	53
B/ Les spécificités de l’audition en phase d’enquête.	55
C/ Les auditions pendant l’instruction.....	57
§2. Le témoignage devant les juridictions de jugement.....	58
A/ les règles périphériques à la déposition du témoin.....	59
B/ Les règles de dépositions du témoin.....	62
Section 2 – les mesures de garanties contre le témoin faillible.....	68
§1. Les mesures spéciales d’aide au témoignage.....	68
A/ Le recours aux interprètes et intermédiaires.....	68
B/ Les mesures de mise en confiance du témoin.....	70
§2. Les sanctions au non-respect des obligations du témoin.	72
A/ Le recours à la force publique.....	72
B/ La réponse pénale à la méconnaissance des obligations du témoin.....	73
Chapitre 2 – Les règles de protections du témoin.....	78
Section 1 – La protection du témoin par le droit.....	78
§1. Les droits du témoin.....	78
§2. La problématique de l’intimidation du témoin saisie par le droit pénal substantiel ..	80
Section 2 – Les garanties de sécurités du témoin.....	83
§1. Le recours à l’anonymat.....	84
§2. La protection physique du témoin : l’exemple du repentir.....	86
A/ la définition du statut du repentir.....	86
B/ La mise en œuvre de la protection.....	88
Bibliographie.....	94
Table des jurisprudences.....	99
Table des matières.....	101