

L'étendue du droit de ne pas s'auto-
incriminer comme composante de la
présomption d'innocence et ses limites
dans la recherche de la vérité judiciaire

MÉMOIRE

présenté

par

Juliette Tarussio

sous la direction de la

Prof. Camille Perrier Depeursinge

Lausanne, le 1^{er} décembre 2022

BIBLIOGRAPHIE	II
TABLE DES ARRETS.....	IV
TABLE DES ABREVIATIONS	VII
I. INTRODUCTION.....	1
A. PROBLÉMATIQUE	1
B. LE DROIT DE NE PAS S’AUTO-INCRIMINER COMME COMPOSANTE DE LA PRÉSUMPTION D’INNOCENCE	2
1. <i>Le droit de ne pas s’auto-incriminer dans l’ordre juridique suisse.....</i>	2
2. <i>Origines et justifications du principe.....</i>	5
C. ANNONCE DE PLAN	6
II. LE DROIT DE NE PAS S’AUTO-INCRIMINER.....	7
A. PORTÉE CONCRÈTE DU DROIT DE NE PAS S’AUTO-INCRIMINER.....	7
B. LIMITES AU PRINCIPE	11
1. <i>L’interprétation du silence.....</i>	11
a) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme.....	11
b) La jurisprudence du Tribunal fédéral.....	15
2. <i>Les mesures de contrainte.....</i>	19
3. <i>L’emploi d’un agent infiltré.....</i>	21
4. <i>L’obligation de collaborer.....</i>	23
5. <i>Le renversement du fardeau de la preuve et les présomptions légales favorables à l’accusation</i>	28
C. LE CAS DES GARANTIES COMPENSATOIRES : L’AFFAIRE <i>JALLOH C. ALLEMAGNE.....</i>	30
III. CONCLUSION.....	33

Bibliographie

Doctrine

DONATSCH Andreas et al. (édits), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 1-195, 3^e éd., Zurich 2020 (cité : AUTEUR-E, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. X N Y).

HAEFLIGER Arthur/SCHÜRMAN Frank, *Die Europäische Menschenrechts-konvention und die Schweiz : Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, Berne 1999.

HAUSER Robert/SCHWERI Erhard/HARTMANN Karl, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6^e éd., Bâle et Genève 2005.

JEANNERET Yvan/KUHN André, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018.

JEANNERET Yvan/KUHN André/PERRIER DEPEURSINGE Camille (édits), *Code de procédure pénale*, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR-E, art. X N Y).

MACALUSO Alain/MOREILLON Laurent/QUELOZ Nicolas (édits), *Code pénal II : art. 111-392*, Commentaire romand, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR-E, art. X N Y).

MOREILLON Laurent/PAREIN-REYMOND Aude, *Petit Commentaire du Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2016.

NIGGLI Marcel Alexander/HEER Marianne/WIPRÄCHTIGER Hans, *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPo-AUTEUR-E, art. X N Y).

PERRIER DEPEURSINGE Camille, *Code de procédure pénale suisse (CPP) annoté*, 2^e éd., Bâle 2020.

PIQUEREZ Gérard, *Manuel de procédure pénale suisse*, Zurich 2001 (cité : PIQUEREZ, Manuel, N X).

PIQUEREZ Gérard, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle 2006 (cité : PIQUEREZ, Traité, N X).

PIQUEREZ Gérard/MACALUSO Alain, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd., Bâle 2011.

PITTELOUD Jo, *Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens*, Zurich 2012.

SCHMID Niklaus, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2^e éd., Zurich 2013.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., Paris 2019.

VILLIGER Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 3^e éd., Zurich 2020.

Sources informatiques

CHALUS Delphine, *La dialectique aveu - droit au silence dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé*, Revue Juridique Themis, vol. 43, n° 2, Montréal 2009, p. 321 ss, disponible sous : <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/revjurns43&id=321&collection=journals&index=> (consulté le 28 novembre 2022).

DULONG Renaud, *Le silence comme aveu et le « droit au silence »*, Langage et société, vol. 92, n° 2, Paris 2000, p. 25 ss, disponible sous : https://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=LS_092_0025 (consulté le 28 novembre 2022).

Comité des droits de l'homme

Observation générale n° 13 du 12 avril 1984 sur l'art. 14 Pacte ONU II.

Table des arrêts

Tribunal fédéral

ATF 101 IV 257.

ATF 106 Ia 7.

ATF 118 IV 21.

ATF 121 II 273.

ATF 124 IV 86.

ATF 130 I 126.

ATF 131 I 272.

ATF 131 IV 36, JdT 2005 I 529.

ATF 132 II 485.

ATF 135 III 334, JdT 2010 I 251.

ATF 137 IV 172, JdT 2012 IV 100.

ATF 138 I 97.

ATF 138 IV 47, JdT 2012 IV 292.

ATF 138 IV 86.

ATF 139 IV 113, JdT 2014 IV 30.

ATF 140 II 384, JdT 2015 I 3.

ATF 142 IV 207, JdT 2017 IV 51.

ATF 143 I 304.

ATF 144 I 242, JdT 2018 I 366.

ATF 144 IV 345, JdT 2019 IV 147.

TF, arrêt 1C_271/2016 du 23 mars 2018.

TF, arrêt 1P.631/2003 du 8 janvier 2004.

TF, arrêt 1P.641/2000 du 24 avril 2001.

TF, arrêt 1P.719/2001 du 18 janvier 2002.

TF, arrêt 6B_18/2011 du 6 septembre 2011.

TF, arrêt 6B_61/2010 du 27 juillet 2010.

TF, arrêt 6B_74/2012 du 30 mars 2012.

TF, arrêt 6B_188/2010 du 4 octobre 2010.

TF, arrêt 6B_336/2013 du 14 février 2014.

TF, arrêt 6B_440/2018 du 4 juillet 2018.

TF, arrêt 6B_453/2011 du 20 décembre 2011.

TF, arrêt 6B_562/2010 du 28 octobre 2010.

TF, arrêt 6B_598/2018 du 7 novembre 2018.

TF, arrêt 6B_748/2009 du 2 novembre 2009.

TF, arrêt 6B_788/2015 du 13 mai 2016.

TF, arrêt 6B_825/2014 du 30 octobre 2014, SJ 2015 I 25.

TF, arrêt 6B_997/2010 du 5 avril 2011.

TF, arrêt 6B_997/2017 du 3 mai 2018.

TF, arrêt 6B_1083/2010 du 21 mars 2011.

TF, arrêt 6B_1297/2017 du 26 juillet 2018.

Cour européenne des droits de l'Homme

CourEDH, arrêt du 5 novembre 2002, Affaire *Allan c. Royaume-Uni*, requête n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX.

CourEDH, arrêt du 6 juin 2000, Affaire *Averill c. Royaume-Uni*, requête n° 36408/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-VI.

CourEDH, arrêt du 5 avril 2012, Affaire *Chambaz c. Suisse*, requête n° 11663/04.

CourEDH, arrêt 2 mai 2000, Affaire *Condron c. Royaume-Uni*, requête n° 35718/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-V.

CourEDH, arrêt du 25 février 1993, Affaire *Funke c. France*, requête n° 10588/83, Recueil des arrêts et décisions A, vol. 256A.

CourEDH, arrêt du 11 juillet 2006, Affaire *Jalloh c. Allemagne*, requête n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX.

CourEDH, arrêt du 8 février 1996, Affaire *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-I.

CourEDH, arrêt du 18 mars 2010, Affaire *Krumpholz c. Autriche*, requête n° 13201/05.

CourEDH, arrêt du 29 juin 2007, Affaire *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, requêtes n° 15809/02 et 25624/02, Recueil des arrêts et décisions 2007-III.

CourEDH, arrêt du 7 octobre 1988, Affaire *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83, Recueil des arrêts et décisions A, vol. 141.

CourEDH, arrêt du 17 décembre 1996, Affaire *Saunders c. Royaume-Uni*, requête n° 19187/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.

CourEDH, arrêt du 20 octobre 1997, Affaire *Serves c. France*, requête n° 82/1996/671/893, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI.

CourEDH, arrêt du 20 mars 2001, Affaire *Telfner c. Autriche*, requête n° 33501/96.

Table des abréviations

aCst	Ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RO 1874)
al.	alinéa
art.	article
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	contre
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch.	chiffre
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs
<i>etc.</i>	<i>et caetera</i>
JdT	Journal des Tribunaux
LaLCR	Loi d'application de la législation fédérale sur la circulation routière du 18 décembre 1987 (RS/GE H 1 05)
LAO	Loi sur les amendes d'ordre du 18 mars 2016 (RS 314.1)
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
let.	lettre
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (RS 956.1)
N	numéro(s)
n°	numéro(s)
nbp	note(s) de bas de page

OCCR	Ordonnance sur le contrôle de la circulation routière du 28 mars 2007 (RS 741.013)
p.	page(s)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
para	paragraphe(s)
ROLG	Recueil officiel de la législation genevoise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
StPo	<i>Strafprozessordnung</i>
TF	Tribunal fédéral suisse
vol.	volume

I. Introduction

A. Problématique

La présomption d'innocence est au cœur de la procédure pénale. Elle impose aux représentants de l'Etat et aux médias un certain nombre de règles de comportement à adopter. Ce principe renferme principalement deux maximes, à savoir le principe *in dubio pro duriore*, qui veut que le doute profite à l'accusé, et le droit de ne pas s'auto-incriminer. Ce second principe garantit à la personne qui fait l'objet d'une poursuite pénale le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination à tous les stades de la procédure ; symétriquement, il interdit aux autorités pénales d'exiger d'elle qu'elle collabore activement à la détermination de sa culpabilité.

Il existe une véritable tension entre les garanties offertes par le droit de ne pas s'auto-incriminer et l'éventuelle méfiance judiciaire qui peut naître de l'exercice de ce droit par le prévenu. La question de savoir dans quelle mesure l'usage du droit de se taire par l'accusé peut jouer un rôle dans l'appréciation des preuves, en particulier dans la détermination de sa culpabilité, revêt ainsi une importance pratique décisive. En effet, c'est ici que se décide en fin de compte si le principe *nemo tenetur* bénéficie ou non d'une protection effective. En principe, l'exercice par le prévenu de son droit au silence ne saurait constituer un indice de sa culpabilité ni justifier une quelconque aggravation de sa peine en cas de condamnation. Toutefois, l'on peut légitimement se demander si le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, garanti tant à l'échelle nationale qu'au niveau européen et considéré dans les Etats de droit comme un principe fondamental de l'équité procédurale, pourrait en pratique être tempéré voire limité dans la mesure où des impératifs liés au bon déroulement de la procédure le commanderaient. Par ailleurs, des considérations inhérentes au rôle du juge seraient susceptibles d'entailler le droit de ne pas s'auto-incriminer, en ce sens que l'obligation de trancher qui lui incombe à l'issue de la procédure pourrait également l'amener à tenir compte du silence du prévenu dans son processus de recherche de la vérité judiciaire. En effet, il n'est souvent pas possible de déterminer avec certitude sur quoi s'est fondé le sentiment du juge quant à la culpabilité de l'accusé. Ainsi, l'impératif selon lequel l'autorité de jugement doit s'employer à rechercher la vérité judiciaire peut se heurter à l'exercice du droit de se taire par la personne poursuivie, et il s'agit de déterminer dans quelle mesure le juge a la faculté de prendre en considération le comportement adopté par le prévenu.

Ce travail se propose ainsi d'étudier, en droit suisse et en droit européen, la dialectique entre l'exercice du droit au silence et la manifestation de la vérité judiciaire dans un procès pénal¹. En effet, si l'exercice du droit au silence ne peut être considéré comme un aveu, la jurisprudence a néanmoins affirmé à plusieurs reprises que ce droit n'était pas absolu et qu'il pouvait en pratique être limité pour les besoins de la procédure.

¹ Cette contribution a pour ambition d'analyser la problématique présentée sous l'angle du droit. Notons qu'en-dehors de la sphère juridique, certains auteurs se sont exprimés sur la question de l'interprétation du silence comme aveu, et notamment le sociologue français Renaud Dulong, dont on peut citer une incursion en droit pénal : « après une accusation, c'est son rejet – une protestation d'innocence – qui représente la réponse hiérarchiquement première, et un silence (...) signifie donc doute de l'accusé sur son innocence, oriente sa réponse vers l'acquiescement à l'accusation, c'est-à-dire l'aveu » (DULONG Renaud, *Le silence comme aveu et le « droit au silence »*, Langage et société, vol. 92, n° 2, Paris 2000, p. 29).

B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer comme composante de la présomption d'innocence

1. Le droit de ne pas s'auto-incriminer dans l'ordre juridique suisse

Afin de pouvoir situer le droit de ne pas s'auto-incriminer, il convient dans un premier temps de présenter brièvement le principe de la présomption d'innocence qui consacre la maxime de laquelle ce droit est directement déduit². En effet, nous allons voir que la présomption d'innocence suppose notamment qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de la personne poursuivie ; en parallèle, celle-ci peut alors se contenter d'adopter un comportement passif qui consisterait à faire usage de son droit de garder le silence³. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a expressément admis que le droit au silence s'insérait dans la garantie générale de la présomption d'innocence consacrée à l'art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale⁴ (ci-après Cst), anciennement l'art. 4 aCst⁵.

La présomption d'innocence est prévue de différentes manières dans l'ordre juridique suisse. Elle figure tout d'abord dans le droit supérieur liant la Suisse aux art. 6 para 2 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶ (ci-après CEDH) et 14 para 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷ (ci-après Pacte ONU II). Aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CourEDH) rendue en la matière est-elle fondamentale pour l'application et l'interprétation des garanties procédurales telles que la présomption d'innocence et le droit de ne pas s'auto-incriminer⁸. La présomption d'innocence est également prévue dans le droit interne aux art. 32 al. 1 Cst et 10 al. 1 du Code de procédure pénale⁹ (ci-après CPP). A noter que selon le Tribunal fédéral, les art. 6 para 2 CEDH et 32 al. 1 Cst ont la même portée¹⁰.

Ce principe consacre une maxime fondamentale de la procédure pénale moderne et s'apprécie au regard de l'ensemble de la procédure litigieuse¹¹. Il implique que toute personne accusée est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une condamnation entrée en force, c'est-à-dire aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été établie¹². Selon le Comité des droits de l'homme, « nul ne peut être présumé coupable tant que l'accusation n'a pas été établie au-delà de tout doute raisonnable. En outre, la présomption d'innocence entraîne le droit d'être traité conformément à ce principe. C'est donc un devoir pour toutes les autorités publiques de s'abstenir de préjuger de l'issue d'un procès »¹³. Ce droit lie non seulement le juge, mais

² MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 356, N 2 ; HAEFLIGER/SCHÜRMAN, p. 185 let. e ; VILLIGER, p. 319, N 572 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 6 ; PIQUEREZ, *Traité*, N 480.

³ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 7.

⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁵ ATF 106 Ia 7 ; ATF 142 IV 207, consid. 8.3, JdT 2017 IV 51.

⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

⁸ CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 5.

⁹ Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP), RS 312.0.

¹⁰ ATF 131 I 272, consid. 3.2.3.1.

¹¹ SUDRE, N 413.

¹² JEANNERET/KUHN, p. 87-88, N 4060.

¹³ Observation générale n° 13 du 12 avril 1984 sur l'art. 14 Pacte ONU II, § 7.

également tous les autres organes de l'Etat ainsi que les médias¹⁴. La présomption d'innocence ne concerne pas directement la réalité des faits et il ne s'agit pas encore à ce stade de savoir si une personne a effectivement commis l'infraction dont elle est accusée. En effet, cette présomption concerne l'attitude procédurale que les autorités étatiques – de poursuite et de jugement – doivent adopter à l'égard de la personne poursuivie¹⁵. Ainsi, les autorités ne peuvent pas faire un pronostic sur la culpabilité tant que le jugement n'a pas été rendu. Ce principe signifie notamment que dès le début de la procédure, le juge ne doit pas se livrer à des déclarations sur la culpabilité et garantit au prévenu qu'on ne le traite pas comme un coupable tant qu'une décision au sens de l'art. 437 CPP n'est pas entrée en force¹⁶.

La présomption d'innocence renferme des règles en matière d'administration et d'appréciation des preuves¹⁷. En matière d'appréciation des preuves, on peut en déduire deux grands principes du concept de procès équitable, à savoir, d'une part, le principe *in dubio pro reo*, et d'autre part, le droit de ne pas s'auto-incriminer, traduit en latin par l'adage « *nemo tenetur se ipsum accusare* »¹⁸ (personne n'est tenu de s'accuser soi-même) et en anglais « *privilege against self-incrimination* ».

S'agissant de l'administration des preuves et plus particulièrement de la charge de la preuve, il appartient au ministère public – demandeur au procès pénal – et au lésé qui s'est constitué partie plaignante dans la procédure de faire la démonstration de la culpabilité du prévenu¹⁹. Ainsi, ce n'est pas à l'accusé de prouver son innocence, mais à l'accusation de renverser la présomption d'innocence en démontrant la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction et la culpabilité du prévenu²⁰. En ce sens, la présomption d'innocence de la personne poursuivie est le corollaire de la règle qui impose la charge de la preuve à la partie poursuivante. L'accusé pourrait ainsi rester silencieux et ne pas collaborer à l'enquête en attendant que l'accusation apporte la preuve de sa culpabilité. Toutefois, en pratique, le prévenu est bien souvent beaucoup plus tenté d'apporter la démonstration de son innocence lorsqu'il fait l'objet d'une procédure pénale. Certains auteurs soulignent d'ailleurs que la réaction humaine la plus intuitive face à une accusation n'est pas le silence, mais bien la défense active, notamment verbale. D'ailleurs, dans la pratique judiciaire, le refus total de déposer constitue l'exception²¹. La présomption d'innocence est ainsi violée lorsque le juge condamne l'accusé au motif qu'il n'aurait pas apporté la preuve de son innocence²².

Par ailleurs, la présomption d'innocence et l'appréciation des preuves sont deux questions intimement liées. En effet, l'inégalité de traitement entre les parties en procédure pénale dans le domaine de la preuve explique l'existence de la présomption d'innocence dont bénéficie la personne qui fait l'objet d'une poursuite pénale, contrairement au procès civil où les parties

¹⁴ SUDRE, N 414.

¹⁵ JEANNERET/KUHN, p. 89, N 4062 ; PIQUEREZ/MACALUSO, p. 185, N 543 ; PIQUEREZ, Traité, N 698.

¹⁶ BSK StPo-TOPHINKE, art. 10 N 13 ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 7 ; PIQUEREZ, Traité, N 699.

¹⁷ PITTELOU, p. 20, N 26 ; PIQUEREZ/MACALUSO, p. 186, N 546 ; PIQUEREZ, Traité, N 700.

¹⁸ BSK StPo-TOPHINKE, art. 10 N 23 ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 8.

¹⁹ PITTELOU, p. 21, N 27, PIQUEREZ/MACALUSO, p. 186, N 547 ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 14 ; VILLIGER, p. 319-320, N 572 ; PIQUEREZ, Traité, N 696 et 700.

²⁰ JEANNERET/KUHN, p. 92, N 4065 ; BSK StPo-TOPHINKE, art. 10 N 19 ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 15.

²¹ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 12a.

²² PITTELOU, p. 21, N 27 ; PIQUEREZ/MACALUSO, p. 186, N 547.

sont sur un pied d'égalité²³. Dans cette mesure, il existe deux maximes permettant de tenir compte de l'inégalité procédurale entre les parties inhérente au procès pénal.

En premier lieu, la maxime *in dubio pro reo*, consacrée à l'art. 10 al. 3 CPP, est une règle de décision selon laquelle le doute doit profiter à l'accusé. Ce principe limite le juge dans son appréciation des preuves en posant la règle selon laquelle celui-ci ne peut se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé s'il subsiste des doutes dans son esprit²⁴. Néanmoins, n'importe quel doute ne suffit pas ; il s'agit uniquement de doutes sérieux et irréductibles²⁵. Ce principe ne commande toutefois pas que l'administration des preuves conduise à une certitude absolue de culpabilité, mais exige seulement que le juge renonce à condamner s'il subsiste un doute insurmontable, et qu'il tranche dans un sens favorable au prévenu en prononçant son acquittement²⁶. En ce sens, la présomption d'innocence se recoupe largement avec l'interdiction générale de l'arbitraire²⁷. Néanmoins, selon le Tribunal fédéral, « la maxime *in dubio pro reo* garantit à l'accusé une protection plus étendue que celle offerte par l'interdiction de l'arbitraire déduite de l'art. 9 Cst. Saisi de ce grief, le Tribunal fédéral examine librement s'il ressort du jugement considéré que le juge a condamné l'accusé uniquement parce qu'il n'avait pas prouvé son innocence »²⁸. Le principe *in dubio pro reo* sera ainsi violé notamment lorsque l'autorité de jugement se déclare convaincue de faits défavorables à l'accusé sur lesquels elle aurait dû objectivement éprouver des doutes ou si elle ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision²⁹. Le principe *in dubio pro reo* n'entre en ligne de compte que lors de l'examen du résultat de l'évaluation des preuves³⁰. C'est donc seulement devant l'autorité de jugement qu'il trouve application. En effet, au stade de l'instruction pénale, c'est le principe *in dubio pro duriore* qui fait foi³¹. Ce dernier suppose l'inverse, à savoir que dans le doute, le procureur doit opter pour la solution la plus dure pour le prévenu au moment où il prend la décision d'engager l'accusation devant un tribunal ou de classer l'affaire³². Ainsi, dans une situation où la probabilité d'un acquittement est tout aussi élevée que la probabilité d'une condamnation, il faut se décider pour le renvoi en jugement.

S'agissant plus particulièrement du droit de ne pas s'auto-incriminer, bien que directement déduit de la présomption d'innocence, celui-ci est expressément mentionné à l'art. 14 para 3 let. g Pacte ONU II qui prévoit que « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, (...) à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». Il est également consacré à l'art. 113 al. 1 CPP en ces termes : « le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même. Il a notamment le droit de refuser de déposer et de refuser de collaborer à la procédure (...) ». Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est par ailleurs contenu à l'art. 158 al. 1 let. b CPP, qui garantit le droit de ne pas collaborer, et à l'art. 265 al. 2 let. a CPP, qui prévoit que le prévenu ne peut être contraint de

²³ PIQUEREZ, Traité, N 695.

²⁴ JEANNERET/KUHN, p. 93, N 4066 ; PITTELOUD, p. 20, N 26.

²⁵ ATF 124 IV 86, consid. 2a ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 47.

²⁶ PIQUEREZ, Traité, N 700.

²⁷ TF, arrêt 6B_18/2011 du 6 septembre 2011, consid. 2.1.

²⁸ TF, arrêt 1P.719/2001 du 18 janvier 2002, consid. 2.1.

²⁹ TF, arrêt 6B_1083/2010 du 21 mars 2011, consid. 1.2.3 ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 19.

³⁰ ATF 144 IV 345, JdT 2019 IV 147.

³¹ ATF 138 IV 86, consid. 4.1 et 4.2 ; CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 48 ; PIQUEREZ/MACALUSO, p. 195, N 567.

³² JEANNERET/KUHN, p. 94, N 4066.

produire des documents. Ce droit ne figure en revanche pas dans la CEDH, mais la CourEDH considère qu'il constitue une garantie implicite de l'équité procédurale, le rattachant ainsi à l'art. 6 CEDH³³. Le principe *nemo tenetur se ipsum accusare* signifie que le prévenu ne peut pas être amené à contribuer ou à participer à sa propre condamnation d'une manière ou d'une autre. Ainsi, en principe, la personne poursuivie a le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sans que cela risque de lui causer préjudice dans la procédure pénale dont elle fait l'objet, et plus particulièrement s'agissant de la détermination de sa culpabilité³⁴. Concrètement, sauf circonstances particulières, le fait de refuser de coopérer ne doit donc pas constituer un désavantage pour le prévenu, même si son silence prolonge l'enquête ou la rend plus difficile³⁵. Découlant du principe du procès équitable, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne sert pas seulement à la protection individuelle du prévenu, mais aussi à la protection d'intérêts publics ; c'est en effet un principe légitimant l'action de l'Etat dans la poursuite pénale et qui garantit le bon fonctionnement de tout le système³⁶.

2. Origines et justifications du principe

La présomption d'innocence puise ses racines au siècle des Lumières dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, à son article 9 qui prévoit que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable... ». Ce principe a par la suite été consacré dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 à l'article 11, avant de trouver ancrage, comme nous l'avons vu, aux art. 6 para 2 CEDH et 14 para 2 Pacte ONU II. En Suisse, la présomption d'innocence était déduite des dispositions du droit européen ainsi que de l'art. 4 aCst, avant d'être expressément consacrée à l'art. 32 al. 1 Cst, qui dispose que « toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une condamnation entrée en force ».

Quant au droit de ne pas s'auto-incriminer, il trouve sa source au XVI^{ème} siècle en réaction aux pratiques judiciaires ayant cours dans toute l'Europe et faisant de la torture un moyen d'obtention de l'aveu, considéré alors comme la reine des preuves. Ce n'est toutefois qu'en 1966 qu'il fait véritablement apparition dans le droit écrit européen avec l'adoption du Pacte ONU II et son article 14 para 3 let. g³⁷. La CourEDH a eu plus tard l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la justification du principe *nemo tenetur se ipsum accusare* et sur son importance vis-à-vis des autorités pénales. Elle a ainsi affirmé dans différents arrêts que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence « (...) sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Elles tendent à mettre le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, donc à éviter les erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence et présuppose que l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les

³³ CourEDH, arrêt du 25 février 1993, Affaire *Funke c. France*, requête n° 10588/83, Recueil des arrêts et décisions A, vol. 256A, § 44 ; BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 3.

³⁴ TF, arrêt 6B_825/2014 du 30 octobre 2014, consid. 3.2, SJ 2015 I 25 ; ATF 131 IV 36, consid. 3.3.1, JdT 2005 I 529 ; SCHMID, p. 259, N 672.

³⁵ BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 4.

³⁶ *Ibidem*, art. 113 N 3a.

³⁷ CHALUS, p. 334 ss.

pressions, au mépris de la volonté de l'accusé »³⁸. Le droit de ne pas s'auto-incriminer trouve ainsi sa justification dans le déséquilibre entre les parties inhérent au procès pénal opposant d'une part, l'accusation représentée par l'Etat, et d'autre part, l'accusé livré à sa défense privée. En outre, il répond aux garanties fondamentales de la personne telles que l'intégrité physique et mentale, la dignité humaine et le respect de la vie privée³⁹. S'insérant dans le principe de la présomption d'innocence qui implique que le prévenu n'a pas à fournir la preuve de son innocence, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a pour conséquence que l'accusé peut se réfugier dans une attitude passive.

A l'échelle du droit interne, la plupart des codes de procédure cantonaux consacrait déjà avant l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse en 2011 une disposition sur le droit de ne pas s'auto-incriminer ou de se taire, avec ou sans la mention de l'obligation d'informer le prévenu de ce droit⁴⁰. Comme dit précédemment, le Tribunal fédéral avait par ailleurs déjà reconnu, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale de 1999, que le droit de ne pas s'auto-incriminer était contenu dans la présomption générale d'innocence prévue par l'art. 4 aCst⁴¹. Il a ainsi affirmé que le droit au silence du prévenu était un principe général et intangible de la procédure pénale⁴².

C. Annonce de plan

Ce travail propose d'étudier en droit suisse la tension entre, d'une part, l'aspect théorique du droit de ne pas s'auto-incriminer, garantie fondamentale du procès équitable, et d'autre part, sa concrétisation ainsi que les limites qui peuvent en pratique s'ériger devant ce principe. Nous nous intéresserons notamment aux possibilités de considérer l'usage par le prévenu du droit de se taire comme un marqueur de sa culpabilité ainsi qu'aux points d'achoppement entre ce droit et les devoirs des autorités, en particulier celui d'exiger du prévenu qu'il collabore à l'enquête pénale.

Ainsi, après avoir exposé la portée concrète du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et ses composantes, nous étudierons successivement les différentes limites qui peuvent s'ériger devant cette garantie. En premier lieu, nous nous pencherons sur l'interprétation de l'exercice du droit au silence par le prévenu dans le procès pénal en analysant la jurisprudence de la CourEDH ainsi que celle du Tribunal fédéral. Nous poursuivrons avec l'étude des mesures de contrainte comme tempérament au principe, l'emploi d'un agent infiltré, l'obligation de collaborer du prévenu ainsi que le renversement du fardeau de la preuve et les présomptions légales favorables à l'accusation, pour terminer avec le cas particulier des garanties compensatoires. Précisons encore que l'analyse des limites au droit de ne pas s'auto-incriminer se faisant au cas par cas, ce travail portera principalement sur l'étude de la jurisprudence rendue en la matière.

³⁸ CourEDH, arrêt du 5 novembre 2002, Affaire *Allan c. Royaume-Uni*, requête n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, § 44 ; CourEDH, arrêt du 8 février 1996, Affaire *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, § 45.

³⁹ CHALUS, p. 339.

⁴⁰ Cf. notamment : art. 61 ch. 3 CPP-VS ; art. 83 al. 3 CPP-JU ; art. 156 al. 1 CPP-FR ; art. 11 al. 1 CPP-ZH ; art. 105 al. 1 ch. 2 CPP-BE.

⁴¹ ATF 106 Ia 7 ; ATF 142 IV 207, consid. 8.3, JdT 2017 IV 51.

⁴² ATF 106 Ia 7.

II. Le droit de ne pas s'auto-incriminer

A. Portée concrète du droit de ne pas s'auto-incriminer

Dans la systématique du CPP, l'art. 113 CPP, qui consacre le droit de ne pas s'auto-incriminer, figure au Titre 3 intitulé « Parties et autres participants à la procédure », sous la Section 2 « Actes de procédure des parties », au Chapitre 2 « Prévenu ». Ce principe constitue donc une garantie qui vaut en principe uniquement à l'égard de la personne entendue en qualité de prévenu par l'autorité pénale. Toutefois, il est parfois délicat de déterminer le statut d'une personne en procédure pénale, en particulier si celle-ci est amenée à déposer en qualité de témoin ou de prévenu. A cet égard, si elle est entendue d'abord en tant que témoin, mais obtient dans la suite de la procédure la qualité de prévenu, sa déposition sera retranchée du dossier dans l'hypothèse où elle userait de son droit de refuser de déposer⁴³. En outre, il convient de mentionner la personne appelée à donner des renseignements, qui comprend notamment le cas de la personne qui sans être prévenue pourrait se révéler être l'auteur de l'infraction ou un participant à celle-ci, et occupe ainsi une position intermédiaire entre le statut de prévenu et celui de témoin⁴⁴. Les personnes appelées à donner des renseignements bénéficient également du droit de refuser de déposer et les dispositions concernant l'audition du prévenu leur sont applicables en vertu de l'art. 180 al. 1 CPP.

Par ailleurs, ce principe peut aussi être invoqué par les personnes morales, par exemple une entreprise faisant l'objet d'une poursuite pénale⁴⁵. Le Tribunal fédéral a cependant laissé entendre qu'il n'avait pas la même portée pour elles et qu'une interprétation restrictive s'imposait, en raison du fait que le droit de ne pas s'auto-incriminer est étroitement lié à la nature humaine⁴⁶. En outre, le principe *nemo tenetur* ne saurait être violé lorsque, dans le secteur bancaire et de l'intermédiation financière, une autorité pénale ou administrative demande le séquestre de certains documents que l'établissement est tenu légalement d'établir et de tenir à disposition des autorités compétentes⁴⁷.

Enfin, s'agissant du champ d'application personnel du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, on peut dire que ce droit est également applicable à l'avocat du prévenu, dans la mesure où ni l'un ni l'autre ne peuvent être contraints à participer activement à la production d'un moyen de preuve⁴⁸.

Le droit de ne pas s'auto-incriminer peut être invoqué dans toute procédure pénale et s'impose au juge, mais également aux autorités policières lors d'interrogatoires⁴⁹. Selon la CourEDH, il est applicable aux « procédures pénales concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe »⁵⁰. Ce droit est invocable dès la phase préliminaire de la

⁴³ CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 12.

⁴⁴ BSK StPo-KÜFFER, art. 105 N 18.

⁴⁵ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 356, N 2 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3.

⁴⁶ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.3 et 8.4, JdT 2017 IV 51 ; ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3.

⁴⁷ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.3 et 8.4, JdT 2017 IV 51 ; CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 7a.

⁴⁸ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 18.

⁴⁹ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 356, N 2.

⁵⁰ Affaire *Saunders c. Royaume-Uni*, requête n° 19187/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, § 74.

procédure, et peut aussi avoir un effet anticipé dans une éventuelle procédure administrative antérieure. Cependant, les déclarations faites dans le cadre d'une procédure administrative préalable sans utilisation du droit de garder le silence devraient pouvoir être prises en considération dans la procédure pénale ultérieure, à condition que la personne accusée ait été informée de ses droits⁵¹. En outre, le principe *nemo tenetur* s'applique indépendamment du fait que le prévenu soit interrogé seul ou dans le cadre d'une confrontation avec des coauteurs, des participants ou des témoins sur l'infraction qui lui est reprochée⁵².

L'art. 113 al. 1 CPP prévoit que le prévenu n'a pas l'obligation de déposer contre lui-même, et a notamment le droit de refuser de déposer et de collaborer à la procédure. Le droit de ne pas s'auto-incriminer emporte plusieurs conséquences pratiques. Il implique que la personne poursuivie a le droit de ne pas produire de moyens de preuve, de ne pas faire l'objet de pressions ou de contraintes pour obtenir des éléments de preuve, de ne pas témoigner contre elle-même, de mentir, de se taire, et de ne pas se voir infliger de sanction en cas de silence ou de mensonge⁵³. En outre, l'exercice de ce droit n'a pas à être motivé, et il s'étend à toutes les questions relatives à l'affaire en cause, sauf aux données personnelles⁵⁴. Par exemple, dans le cadre d'une défense d'office dont les coûts sont assumés par l'Etat, le prévenu n'a pas à exposer sa situation financière, car la loi ne subordonne pas ce droit à une telle justification⁵⁵. D'une manière générale, le droit de refuser de déposer donne le droit de ne pas participer à la reconstitution des faits pertinents pour le procès. En effet, toutes les informations que le prévenu est susceptible de donner peuvent potentiellement constituer des éléments allant dans le sens d'une condamnation. De ce fait, même des déclarations considérées au départ comme neutres peuvent s'avérer plus tard comme étant à charge⁵⁶. Notons toutefois que le droit de refuser de collaborer ne dispense pas le prévenu de son obligation de comparaître (*cf.* art. 205 CPP)⁵⁷.

Il existe une interdiction pour les autorités de requérir une collaboration active du prévenu, en particulier d'exiger sa participation à la production d'un moyen de preuve qui ne pourrait être obtenu sans cette collaboration, même si cela compliquerait ou retarderait la procédure⁵⁸. Certains auteurs simplifient en considérant que le droit de ne pas participer à sa propre incrimination n'est pas violé lorsque le moyen de preuve pourrait également être obtenu d'un mort⁵⁹. A cet égard, la CourEDH rappelle que le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de

⁵¹ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 14a, 60 et 62 ; ATF 130 I 126, consid. 3.4.

⁵² TF, arrêt 6B_336/2013 du 14 février 2014, consid. 2.1.

⁵³ JEANNERET/KUHN, p. 90, N 4064 ; PIQUEREZ, Manuel, N 896.

⁵⁴ BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 4 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 13d et 14.

⁵⁵ ATF 139 IV 113, JdT 2014 IV 30 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 16.

⁵⁶ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 15.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 113 N 23.

⁵⁸ PIQUEREZ/MACALUSO, p. 274-275, N 792 ; CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 4-6 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 359, N 12 ; SCHMID, p. 258, N 670 et 671 ; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 14.

⁵⁹ PIQUEREZ/MACALUSO, p. 274-275, N 792 ; CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 6 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 44.

se taire visent à mettre le prévenu à l'abri de toute coercition abusive de la part des autorités, notamment à éviter les erreurs judiciaires⁶⁰.

En outre, le prévenu ne saurait être contraint de produire des documents. Ce principe est rappelé à l'art. 265 al. 2 let. a CPP, qui prévoit que le prévenu n'est pas soumis à l'obligation de dépôt. Il n'est donc pas tenu de produire des pièces à conviction telles que des titres, des armes à feu, ou encore des échantillons d'écriture ou de langue⁶¹. En lien avec le droit de ne pas s'auto-incriminer, l'autorité pénale ne peut tirer de ce refus de déposer des arguments en défaveur du prévenu qui viendraient appuyer un jugement de culpabilité⁶².

Dans sa composante relative au droit de mentir, le prévenu n'est pas tenu de dire la vérité dans l'hypothèse où il déciderait de parler⁶³. Il a ainsi le droit de donner des explications incomplètes ou erronées, sous réserve notamment des art. 303 et 304 du Code pénal⁶⁴ (ci-après CP) consacrant la dénonciation calomnieuse et l'induction de la justice en erreur⁶⁵. De même, s'il ment pour se protéger lui-même, il n'a pas à en subir les éventuels inconvénients, aussi longtemps qu'il ne le fait pas pour protéger uniquement un tiers (auquel cas il est alors punissable en vertu de l'art. 305 CP réprimant l'entrave à l'action pénale)⁶⁶. Néanmoins, si aucune sanction ne peut être attachée à son refus de répondre, le prévenu peut être tenu de supporter les frais d'administration des preuves inutilement causés au sens de l'art. 417 CPP⁶⁷. De plus, s'il passe aux aveux, il peut également être privilégié dans le cadre de la fixation de la peine (art. 47 CP), et donc désavantagé s'il ment⁶⁸. Enfin, certains auteurs soulignent le fait que l'exercice du droit de se taire pourrait aussi avoir des conséquences sur le prononcé ou la prolongation d'une éventuelle détention provisoire, dans la mesure où cela pourrait constituer un motif qui augmenterait la probabilité d'un risque de fuite ou de collusion (art. 221 CP)⁶⁹.

Le prévenu, pour être mis en état de faire valoir ses droits, doit en amont être informé notamment de son droit de se taire s'il est interrogé (droit dit *Miranda-Warning*)⁷⁰. L'art. 158 al. 1 let. b CPP prévoit expressément qu'au début de la première audition, la police ou le ministère public informent le prévenu dans une langue qu'il comprend de son droit de refuser de déposer et de collaborer. L'al. 2 dispose en outre que les auditions effectuées sans que ces informations aient été données ne sont pas exploitables. Ce devoir d'information des autorités

⁶⁰ CourEDH, arrêt du 5 novembre 2002, Affaire *Allan c. Royaume-Uni*, requête n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, § 44.

⁶¹ BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 5.

⁶² PIQUEREZ/MACALUSO, p. 275, N 793 ; CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 7 et 8 ; PIQUEREZ, *Traité*, N 481.

⁶³ La question de savoir si le prévenu est soumis à une obligation de vérité est toutefois controversée, mais peut rester ouverte. Voir à cet égard : SCHMID, p. 58, N 159.

⁶⁴ Code pénal du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 30.

⁶⁵ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 357, N 7 ; PIQUEREZ/MACALUSO, p. 276, N 795 ; BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 6 ; PIQUEREZ, *Traité*, N 481.

⁶⁶ PERRIER DEPEURSINGE, p. 177.

⁶⁷ TF, arrêt 6B_336/2013 du 14 février 2014, consid. 2.1.

⁶⁸ BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 7 ; SCHMID, p. 59, N 160. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, s'agissant de l'octroi du sursis, le fait que le prévenu ait gardé le silence ou contesté les faits reprochés ne doit jouer aucun rôle (ATF 101 IV 257, consid. 2).

⁶⁹ BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 7 ; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 61 N 6.

⁷⁰ VILLIGER, p. 320, N 572 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 13.

s'applique à tous les stades de la procédure, y compris dans le cadre d'une procédure pénale administrative⁷¹. Selon le Tribunal fédéral, « tout prévenu a le droit de ne pas voir utiliser contre lui les déclarations nuisibles pour sa défense qu'il a faites, en réponse à des questions de l'autorité, dans l'ignorance de son droit de se taire et de ne pas s'incriminer. Cela implique qu'il a, en principe à tout le moins, le droit constitutionnel de faire retrancher du dossier les procès-verbaux des auditions au cours desquelles il a fait de telles déclarations, ou d'obtenir par un moyen équivalent que le juge du fond n'en tienne pas compte dans l'appréciation des preuves »⁷². Ainsi, en cas de violation de ce droit à l'information, les déclarations du prévenu ne constituent pas une preuve recevable et sont donc un motif de nullité de la déposition, même si elles n'ont pas été faites sous la contrainte et n'apparaissent pas dénuées de force probante⁷³. Néanmoins, les déclarations du prévenu peuvent malgré tout être utilisables dans la procédure dans certaines circonstances, notamment lorsque celui-ci a bénéficié d'un avocat lors de l'audition et qu'il a ainsi eu connaissance de son droit de refuser de déposer⁷⁴. Certains auteurs considèrent par ailleurs que les autorités ne doivent en principe pas accepter sans commentaire le choix du prévenu de garder le silence, mais sont tenues à tout le moins d'essayer de l'inciter à déposer en attirant son attention sur les éventuelles conséquences négatives de son silence⁷⁵.

L'art. 113 al. 2 CPP précise en outre que la procédure est poursuivie même si le prévenu refuse de collaborer. Cette règle découle du principe de célérité de l'art. 5 al. 1 CPP et implique que s'il fait usage de son droit de se taire, l'autorité se fondera sur les moyens de preuve obtenus en-dehors des déclarations du prévenu⁷⁶. A un stade antérieur, si le prévenu fait usage de son droit de se taire lors de sa première audition, l'exercice de ce droit ne pourra pas lui être opposé pour lui interdire la consultation du dossier par la suite⁷⁷.

S'agissant enfin du non-respect du droit de ne pas s'auto-incriminer, dans l'hypothèse où le prévenu est condamné, la violation de ce droit n'a pas nécessairement pour conséquence d'entraîner l'annulation de la condamnation pénale. Le prévenu peut alors valider *a posteriori* les déclarations qu'il aurait faites quand bien même il n'aurait pas été informé de son droit de garder le silence ; dans ce cas, il n'est pas inéquitable de lui opposer ces déclarations⁷⁸. Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'annuler le jugement si ce dernier est fondé de manière suffisante sur d'autres moyens de preuve que les seules déclarations du prévenu⁷⁹. Enfin, l'art. 113 al. 1 CPP constituerait une simple prescription de validité au sens de l'art. 141 al. 2 CPP, de sorte que l'exploitation d'un moyen de preuve fondé sur une violation du principe *nemo tenetur* serait admissible si elle est indispensable pour élucider des infractions graves⁸⁰. En effet, plus

⁷¹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 15a.

⁷² TF, arrêt 6B_188/2010 du 4 octobre 2010, consid. 2.2.

⁷³ TF, arrêt 6B_188/2010 du 4 octobre 2010, consid. 2.2 ; PIQUEREZ, Traité, N 481 ; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 15a.

⁷⁴ ATF 130 I 126, consid. 3.

⁷⁵ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 13b.

⁷⁶ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 359, N 12 ; BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 11.

⁷⁷ ATF 137 IV 172, consid. 2.4, JdT 2012 IV 100.

⁷⁸ ATF 138 I 97, consid. 4.1.6.1 ; PERRIER DEPEURSINGE, p. 178.

⁷⁹ TF, arrêt 6B_61/2010 du 27 juillet 2010, consid. 1.2 ; PERRIER DEPEURSINGE, p. 178.

⁸⁰ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 54c. Toutefois, d'autres auteurs se demandent si les règles sur l'inexploitabilité des moyens de preuves prévues par le CPP sont applicables dans ce cadre ; voir à cet égard : HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 15a.

l'infraction est grave, plus l'intérêt public à la recherche de la vérité l'emporte sur l'intérêt privé.

B. Limites au principe

Comme présenté dans l'introduction, l'ambition principale de ce travail est de déterminer l'étendue des conséquences que les autorités pénales peuvent déduire du silence du prévenu, en particulier si celles-ci sont habilitées à en tirer des conclusions qui lui seraient défavorables pour l'issue du procès. En d'autres termes, il s'agit de savoir s'il existe des situations dans lesquelles le silence peut revêtir un caractère probant dans la procédure pénale. En principe et sur papier, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne souffre d'aucune exception et il n'est pas possible de considérer le silence du prévenu comme un indice de sa culpabilité⁸¹. Celui-ci doit donc pouvoir user de ce droit sans en avoir à subir les inconvénients. Toutefois, nous allons voir que plusieurs tempéraments peuvent en pratique être apportés à ce droit, et qu'il est même possible de déduire du silence du prévenu un argument appuyant les charges pesant sur lui. Le droit en la matière étant éminemment jurisprudentiel, cette analyse portera principalement sur l'étude de la jurisprudence de la CourEDH ainsi que du Tribunal fédéral.

1. L'interprétation du silence

a) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Pour tracer les contours du droit de ne pas s'auto-incriminer – plus particulièrement du droit de garder le silence – et se prononcer sur son caractère absolu ou relatif, il faut se pencher sur un arrêt clef rendu par la CourEDH dans une affaire *John Murray c. Royaume-Uni*⁸². Dans cette affaire, la CourEDH s'est exprimée sur les conséquences de l'exercice du droit de se taire et sur son interprétation dans l'issue du procès pénal.

John Murray se fait arrêter par la police en lien avec une infraction de séquestration, laquelle l'informe de son droit de garder le silence. A partir de son arrivée au commissariat de police, Murray refuse systématiquement de répondre aux questions de la police. Un policier le prévient alors que s'il s'obstine à ne rien dire, un juge pourrait en tirer des conclusions qui paraîtraient légitimes. Murray avait été aperçu par la police dans la maison où la séquestration d'un homme avait eu lieu, mais reste silencieux aux nombreux interrogatoires de police dont il fait l'objet et à aucun moment il n'explique sa présence dans la maison. Durant le procès qui s'ensuit, le juge l'informe encore que s'il refuse de parler sans raison valable, le tribunal pourra en tenir compte lorsqu'il décidera de sa culpabilité ou de son innocence en vertu d'une ordonnance sur les preuves en matière pénale. Malgré cet avertissement et sur conseil de son avocat, Murray choisit de ne pas déposer et ne cite aucun témoin à décharge. Il est alors reconnu coupable de complicité dans la séquestration, le tribunal estimant être en droit d'user de bon sens pour tirer des déductions défavorables suite au refus de déposer du prévenu, mais précise également que l'exercice du droit de se taire ne constitue pas en soi un indice de culpabilité. Murray interjette appel de sa condamnation, mais est débouté par la cour d'appel d'Irlande du Nord, qui considère

⁸¹ ATF 138 IV 47, consid. 2.6.1, JdT 2012 IV 292.

⁸² CourEDH, arrêt du 8 février 1996, Affaire *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-I.

que les charges établies par l'accusation sont écrasantes. L'affaire monte alors devant la CourEDH. Murray invoque notamment une violation de son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, car le fait d'en avoir tiré des conclusions défavorables enfreindrait l'art. 6 CEDH.

La question en jeu était celle de savoir si le droit de se taire revêtait un caractère absolu en ce sens que son exercice par un prévenu ne pourrait jamais jouer en sa défaveur dans la détermination de sa culpabilité, ou si son silence pourrait au contraire être utilisé à certaines conditions. La CourEDH commence par exposer qu'Amnesty International soutient que permettre de tirer des conclusions défavorables du silence du prévenu équivaldrait à un moyen de contrainte qui inverserait le fardeau de la preuve de l'accusation en le faisant peser sur le prévenu, ce qui aurait pour conséquence que ce dernier n'aurait aucun choix raisonnable entre se taire et déposer. En effet, s'il choisit de garder le silence, l'exercice de ce droit reviendrait à le considérer comme un témoignage à charge⁸³. La CourEDH précise ensuite qu'« (...) il est manifestement incompatible avec les interdictions dont il s'agit de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer »⁸⁴. D'autre part, elle ajoute que « (...) ces interdictions ne peuvent et ne sauraient empêcher de prendre en compte le silence de l'intéressé, dans des situations qui appellent assurément une explication de sa part, pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge »⁸⁵. A cet égard, le droit de garder le silence n'a donc pas de portée absolue, et la CourEDH admet la possibilité d'attacher des conséquences négatives au silence du prévenu d'un bout à l'autre de la procédure. L'analyse se fait au cas par cas, et pour déterminer si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables au prévenu est contraire à l'art. 6 CEDH, il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances. On tiendra notamment compte des déductions qui seront tirées du silence, du poids que les juridictions nationales leur ont accordé en appréciant les éléments de preuve ainsi que du degré de coercition inhérent à la situation⁸⁶.

En l'espèce, la CourEDH relève que l'avertissement qui a été fait au prévenu selon lequel on pourrait tirer des conclusions en sa défaveur de son choix de garder le silence pourrait comporter un certain degré de coercition indirecte, mais qui n'est pas déterminant en soi, la Cour devant plutôt se pencher sur l'importance des déductions qui ont été faites au regard du jugement de culpabilité⁸⁷. En premier lieu, il faut rechercher dans chaque cas si les charges de l'accusation sont suffisamment sérieuses pour que l'on puisse raisonnablement s'attendre à une réponse du prévenu. Le tribunal compétent ne peut conclure à la culpabilité du prévenu simplement parce que celui-ci décide de garder le silence, mais il le peut dans l'hypothèse où l'accusé ne fournit pas des explications qu'il devrait être en mesure de donner et que cette absence d'explication peut permettre de conclure, par un raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable. C'est donc seulement si les preuves à charge sont suffisamment solides que l'on peut exiger du prévenu qu'il s'explique ; à l'inverse, si les charges ne sont pas assez établies et sérieuses, l'absence d'explication ne peut

⁸³ CourEDH, arrêt du 8 février 1996, Affaire *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, § 42.

⁸⁴ *Ibidem*, § 47.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Idem*.

justifier de conclure à la culpabilité⁸⁸. La CourEDH a considéré que dans le cas d'espèce, les charges établies par l'accusation étaient écrasantes. Par conséquent, les conclusions tirées de refus systématique de répondre du prévenu étaient dictées par le bon sens ; elles ne paraissent donc pas déraisonnables et n'ont pas eu pour effet de déplacer la charge de la preuve de l'accusation sur la défense. En outre, elle souligne que dans un système de libre appréciation des preuves, le juge peut tenir compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents, y compris la manière dont le prévenu s'est comporté lors de la procédure⁸⁹. Ainsi, la CourEDH arrive à la conclusion que le droit de ne pas s'auto-incriminer n'a pas été violé en l'espèce.

Dans une autre affaire *Averill c. Royaume-Uni* rendu quelques années plus tard⁹⁰, Liam Averill est arrêté en raison d'un double meurtre. Il est alors interrogé par la police, qui l'informe de son droit de garder le silence et des conséquences négatives que pourrait en tirer le tribunal dans la procédure ultérieure. Averill choisit de se taire et ne répond à aucune des questions posées par la police. Un autre avertissement lui est donné par la suite, lors duquel son attention est à nouveau attirée sur la possibilité pour le juge de tirer des conclusions défavorables de son silence. En outre, Averill n'a pas la possibilité de consulter un avocat durant les vingt-quatre premières heures de sa détention. Lors du procès qui s'ensuit, Averill prend la parole pour donner des explications sur l'endroit où il se trouvait au moment des faits ainsi que sur la présence d'indices le liant à la scène de crime. Il est alors condamné pour meurtre, tentative de meurtre, possession d'armes, voies de fait et séquestration. Le juge qui le condamne s'appuie notamment sur le silence du prévenu lors des interrogatoires de police, estimant être en droit d'en tirer des conclusions défavorables. Averill interjette appel, mais la Cour d'appel approuve le juge du fond en considérant que les preuves à charge sont si évidentes et solides qu'elles appelaient une explication de la part du prévenu le plus tôt possible. Averill monte à la CourEDH et se plaint notamment d'une violation de son droit de ne pas s'auto-incriminer, prétendant que son silence aurait joué un rôle considérable dans sa condamnation et aurait ôté toute crédibilité à sa déclaration ainsi qu'à celle des témoins à décharge dans le cadre du procès ; de ce fait, il était inapproprié d'assimiler son silence à sa culpabilité.

La CourEDH rappelle en premier lieu la jurisprudence *John Murray c. Royaume-Uni* et relève qu'à la différence du comportement adopté par John Murray, Averill a déposé et cité des témoins à décharge dans son procès⁹¹. Elle considère que « (...) la possibilité de tirer des conclusions défavorables de l'omission d'un accusé de répondre aux questions de la police doit nécessairement être limitée. Si, dans la plupart des cas, l'on peut certainement s'attendre à ce qu'un innocent soit disposé à coopérer avec la police et à expliquer qu'il n'a participé à aucune infraction présumée, une personne peut, dans une affaire donnée, avoir des raisons de ne pas vouloir le faire. En particulier, une personne innocente peut souhaiter garder le silence jusqu'à ce qu'elle ait la possibilité de consulter un avocat »⁹². La CourEDH précise également qu'une grande prudence s'impose lorsqu'il s'agit de tirer des conclusions du silence d'une personne en état d'arrestation qui ne dispose pas d'un avocat lors des vingt-quatre premières heures de son interrogatoire, de la même manière que l'on ne peut accorder trop de poids à son refus persistant

⁸⁸ CourEDH, arrêt du 8 février 1996, Affaire *John Murray c. Royaume-Uni*, requête n° 18731/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, § 51.

⁸⁹ *Ibidem*, § 54.

⁹⁰ CourEDH, arrêt du 6 juin 2000, Affaire *Averill c. Royaume-Uni*, requête n° 36408/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-VI.

⁹¹ *Ibidem*, § 44-46.

⁹² *Ibidem*, § 49.

de répondre une fois autorisée à voir son avocat, car il n'est pas exclu qu'elle se fonde sur les conseils de ce dernier⁹³. En l'espèce, la CourEDH relève que le prévenu n'a pas été condamné exclusivement ou principalement en raison de son silence, mais que la Cour d'appel a fondé son jugement sur la base de l'abondance et du poids des éléments de preuve fournis par l'accusation⁹⁴. Selon l'avis de la Cour, l'importance des charges qui pesaient sur le prévenu lors des interrogatoires de police appelait manifestement des explications de sa part déjà au stade de son arrestation. Par conséquent, le fait qu'il ait choisi de se taire permet de dire, par un raisonnement de bon sens, qu'Averill était coupable, et la CourEDH conclut à ce qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 6 CEDH⁹⁵.

Dans un arrêt *Condrón c. Royaume-Uni* rendu la même année⁹⁶, deux prévenus héroïnomanes sont inculpés pour fourniture et possession d'héroïne dans l'intention d'en fournir. Lors de l'interrogatoire de police, l'avocat des prévenus note qu'ils sont en manque d'héroïne et ne sont pas aptes à subir un interrogatoire en raison de leur vulnérabilité, ce qui pourrait compromettre leur défense. Le médecin estime toutefois qu'ils ont l'esprit clair et qu'ils peuvent répondre aux questions. La police informe les prévenus de leur faculté d'user du droit de garder le silence, mais attire leur attention sur les potentielles conséquences négatives de ce choix. Elle leur indique également que s'ils ne se sentent pas bien, l'interrogatoire peut être interrompu. Les prévenus déclarent comprendre l'avertissement, et ne font aucune demande d'interruption. Suite aux questions de la police, ils se contentent de répondre « pas de commentaire ». Puis, lors du procès, les avocats plaident que les prévenus n'étaient pas en mesure de répondre aux questions de l'interrogatoire de police. Les prévenus déposent et fournissent des informations qu'ils n'avaient pas données à la police ; par ailleurs, ils justifient leur silence antérieur en expliquant avoir été convaincus par les conseils de leur avocat. Le juge indique alors au jury qu'il a la faculté de tirer des conclusions défavorables de ce silence, et un verdict de culpabilité est rendu. Les prévenus interjettent recours devant la Cour d'appel en soutenant que le juge du fond aurait dû écarter les interrogatoires de police du procès-verbal. Ils sont déboutés en raison du poids des autres éléments de preuve à charge et de l'insignifiance que revêtaient les interrogatoires de police.

L'affaire monte devant la CourEDH, les prévenus prétendant notamment que la décision de tirer des conclusions défavorables de leur silence viole leur droit de ne pas s'auto-incriminer. S'ils admettent que le droit de garder le silence n'est pas absolu, ils rappellent toutefois que pour que des conclusions en leur défaveur puissent être tirées, des garanties adaptées doivent être mises en place. En outre, les prévenus soulignent le caractère injuste de la décision du juge qui revient à les pénaliser pour avoir suivi les conseils de leur avocat. Comme dans l'arrêt précédent, la CourEDH commence par rappeler la jurisprudence *John Murray c. Royaume-Uni*, et souligne que la différence entre ces deux affaires tient dans le fait qu'en l'espèce, les prévenus ont déposé lors du procès et fourni une explication quant à leur silence⁹⁷. La CourEDH relève que les prévenus n'avaient aucune obligation de coopérer avec la police et qu'aucune sanction pénale n'était attachée à leur choix de se taire. Elle observe en outre que la présence d'un avocat

⁹³ CourEDH, arrêt du 6 juin 2000, Affaire *Averill c. Royaume-Uni*, requête n° 36408/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-VI, § 49.

⁹⁴ *Ibidem*, § 50.

⁹⁵ *Ibidem*, § 51-52.

⁹⁶ CourEDH, arrêt du 2 mai 2000, Affaire *Condrón c. Royaume-Uni*, requête n° 35718/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-V.

⁹⁷ *Ibidem*, § 56-57.

et le fait de bénéficier de ses conseils lors des interrogatoires de police constitue déjà une garantie contrebalançant l'éventuelle incitation à parler qui ressortirait de l'avertissement sur les conséquences négatives pouvant être tirées du silence. Par ailleurs, l'avocat peut avoir de bonnes raisons de conseiller son client de garder le silence⁹⁸. Les prévenus avaient fourni une explication sur la raison de leur silence lors des interrogatoires de police, et la Cour estime que bien que le juge ait attiré l'attention du jury sur cette explication, il l'a fait en des termes qui lui laissaient tirer des conclusions défavorables aux accusés alors qu'il aurait pu considérer l'explication comme plausible⁹⁹. De ce fait, malgré l'existence de plusieurs garanties, la Cour estime que « (...) l'omission du juge de restreindre encore davantage le pouvoir d'appréciation du jury doit passer pour incompatible avec l'exercice par les requérants de leur droit de garder le silence au commissariat »¹⁰⁰. Eu égard au fait qu'il est impossible de déterminer si le silence des prévenus a ou non joué un rôle fondamental dans la décision de condamnation du jury, ce qui violerait le droit de ne pas s'auto-incriminer, la CourEDH considère qu'il n'y a pas de doute sur la déficience des instructions du juge¹⁰¹. En effet, celui-ci aurait notamment dû indiquer au jury que le silence dont les prévenus s'étaient prévalus ne pouvait constituer la base essentielle de leur culpabilité. Ainsi, le droit à un procès équitable, et plus particulièrement le droit de ne pas s'auto-incriminer, a été violé.

On peut ainsi retenir de l'affaire phare *John Murray c. Royaume-Uni* et des arrêts ultérieurs que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, en particulier dans sa composante du droit de se taire, n'est pas absolu. La CourEDH est même allée plus loin en affirmant que le silence du prévenu dans des situations qui appellent manifestement des explications de sa part pouvait même constituer un élément supplémentaire permettant de renforcer les charges qui pèsent sur lui. Ainsi, si une condamnation fondée exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre est expressément interdite par la CourEDH, celle-ci reconnaît également que, dans certaines circonstances, des conclusions négatives peuvent être tirées de son mutisme. Cela présuppose néanmoins que l'accusé soit rendu attentif à cette possibilité. En outre, il doit exister d'autres preuves directes contre l'accusé, qui ont éclairé les faits de telle manière que son silence ne peut raisonnablement être interprété qu'à son détriment. Il ressort donc de cette jurisprudence qu'un tribunal serait libre d'apprécier le silence d'un prévenu à la lumière des autres éléments de preuve.

b) La jurisprudence du Tribunal fédéral

L'exercice du droit de se taire n'est pas sans conséquence, dans la mesure où le juge pourra tirer argument du silence du prévenu au stade de l'instruction. On peut aussi légitimement considérer que l'art. 157 al. 2 CPP, qui donne au prévenu l'occasion de s'exprimer, vise à surmonter certains obstacles relatifs à la suite de la procédure, comme le fait de limiter d'importants revirements devant les instances supérieures. D'ailleurs, en procédure civile, si le prévenu invoque de nouveaux griefs trop tardivement dans la procédure, le Tribunal fédéral estime qu'en vertu du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, ceux-ci ne

⁹⁸ CourEDH, arrêt du 2 mai 2000, Affaire *Condron c. Royaume-Uni*, requête n° 35718/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 59-60.

⁹⁹ *Ibidem*, § 61.

¹⁰⁰ *Ibidem*, § 62.

¹⁰¹ *Ibidem*, § 63-64.

sont alors plus recevables étant donné qu'ils auraient pu être invoqués plus tôt¹⁰². Ainsi par exemple le Tribunal fédéral a-t-il jugé irrecevable le grief invoqué pour la première fois devant lui selon lequel le jugement de culpabilité reposerait sur des auditions menées en violation des droits de la défense, car celui-ci aurait dû être soulevé à un stade antérieur de la procédure¹⁰³. L'on voit toutefois mal comment cette solution pourrait être transposable dans une procédure pénale où le prévenu ferait usage de son droit de se taire pour finalement choisir de s'exprimer à un stade avancé du procès...

Au demeurant, pour apprécier si l'étendue des limites posées au droit de ne pas s'auto-incriminer, et plus particulièrement au droit de garder le silence, sont admissibles ou non, il faut s'en remettre à l'analyse de la casuistique du Tribunal fédéral. Nous nous proposons ainsi de passer en revue plusieurs arrêts rendus en la matière, afin de pouvoir tracer les contours des situations où il est possible d'inférer plusieurs conséquences, même défavorables, de l'usage du droit de se taire par le prévenu. Notons également que ces jurisprudences rendues en lien avec le droit de garder le silence se recoupent largement avec le devoir de collaboration du prévenu, que nous aborderons plus bas dans ce travail.

Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que l'exercice du droit de se taire par le prévenu n'empêchait pas, dans certaines circonstances, que son silence et son refus de collaborer soient interprétés comme des éléments de preuve à charge en présence d'autres indices à l'appui¹⁰⁴. Dans ce cas d'espèce, plusieurs prévenus avaient refusé de se rendre à trois audiences, et le juge compétent avait prononcé un verdict de culpabilité à leur encontre à raison des infractions commises. Ceux-ci ont formé recours, arguant que leur absence de collaboration dans la procédure avait été retenue à leur charge. Le Tribunal fédéral a considéré que « la reconnaissance juridique du droit de ne pas répondre se limite au droit de se taire. Elle n'empêche pas que, dans un jugement fondé sur la libre appréciation des preuves au sens de l'art. 10 al. 2 CPP, le juge prenne en considération le comportement adopté par le prévenu dans le cadre de sa déposition. La jurisprudence considère que, dans des circonstances déterminées, il est admissible de tirer du silence du prévenu des conclusions qui lui sont défavorables, dans la mesure où il existe d'autres preuves à charge, qui ont permis de faire la lumière sur les faits de telle manière que son refus de répondre doit être raisonnablement interprété comme un élément à sa charge. Quand le prévenu fait sa déposition et ne refuse de répondre que sur certains points ou s'il conteste sa participation en présence de preuves qui, sur la base de ses propres déclarations, en aggraveraient l'importance, le fait de se taire peut, à certaines conditions, être considéré comme un indice à sa charge »¹⁰⁵. Dans cette affaire, l'absence de collaboration des prévenus ainsi que leurs absences répétées et injustifiées aux débats ont été considérées comme des éléments de culpabilité à leur charge. Par ailleurs, les juges cantonaux n'avaient pas fondé leur condamnation exclusivement sur la seule base de leur silence, mais avaient intégré leur comportement dans le cadre de l'appréciation globale de toute une série d'autres indices de culpabilité existants. Le Tribunal fédéral a donc rejeté le recours.

Dans une autre affaire, un véhicule immatriculé au nom d'une société avait été flashé par un appareil de contrôle de la vitesse. L'administrateur de la société avait contesté être l'auteur de

¹⁰² ATF 135 III 334, consid. 2.2, JdT 2010 I 251 ; ATF 132 II 485, consid. 4.3 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 22a.

¹⁰³ TF, arrêt 6B_997/2010 du 5 avril 2011, consid. 2.1 et 2.2.

¹⁰⁴ TF, arrêt 6B_825/2014 du 30 octobre 2014, SJ 2015 I 25.

¹⁰⁵ *Ibidem*, consid. 3.2.

la contravention car il affirmait que le véhicule était conduit par un membre de sa famille et qu'il n'était pas tenu d'en révéler l'identité. L'instance supérieure a rejeté l'appel et confirmé l'amende, au motif que le conducteur d'un véhicule ne pouvait se contenter, pour échapper à une sanction pénale, de simplement contester être l'auteur d'une infraction routière et d'invoquer le droit de refuser de témoigner. Au contraire, il devait collaborer activement à l'établissement de l'identité du tiers se trouvant en possession du véhicule afin de prouver qu'au moment de l'infraction, il ne conduisait pas ledit véhicule. Le Tribunal fédéral a considéré que « si le prévenu a adopté, dans le procès, un comportement excédant les limites du droit de se taire, il ne peut vraisemblablement pas invoquer la présomption d'innocence pour critiquer les conclusions que le juge a, le cas échéant, inférées de son silence »¹⁰⁶. Il a rappelé la jurisprudence de la CourEDH selon laquelle, pour rechercher si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables au prévenu est contraire à l'art. 6 CEDH, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances et rechercher dans chaque cas si les charges de l'accusation sont suffisamment sérieuses pour que l'on puisse raisonnablement s'attendre à une réponse du prévenu¹⁰⁷. A cet égard, il a précisé qu' « il est ainsi nécessaire d'examiner, d'abord, s'il exist[e] des indices de culpabilité suffisamment concluants à la charge du prévenu, propres à appeler une explication de sa part ; dans l'affirmative, il faut rechercher s'il a fourni cette explication ou si, au contraire, elle lui a été demandée sans succès »¹⁰⁸. En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que le prévenu avait fourni les explications que l'on pouvait attendre de lui, à savoir que le conducteur était un membre de sa famille. Par ailleurs, l'art. 195 CPP était applicable, disposant que nul n'est tenu de répondre, comme témoin, à une question portant sur un fait de nature à exposer à des poursuites pénales ses parents ou ses alliés en ligne directe, ses frères ou sœurs, ou son conjoint ou ex-conjoint. Le prévenu bénéficiait donc de cette disposition, ce qui le dispensait de fournir une explication plus précise. Selon le Tribunal fédéral, « (...) on ne peut pas lui reprocher un usage excessif du droit de se taire, et on ne peut donc pas non plus tirer, de son refus de répondre, des conclusions défavorables au sujet de sa culpabilité »¹⁰⁹.

Dans une autre affaire où il s'agissait en substance des mêmes faits, à savoir que le prévenu refusait de donner l'identité du conducteur de son véhicule au moment de l'infraction au motif qu'il était un membre de sa famille, et qu'il s'était vu à ce titre infliger une amende, le Tribunal fédéral a posé le principe selon lequel « le juge du fond ne peut pas conclure à la culpabilité d'un prévenu simplement parce que celui-ci choisit de garder le silence. C'est seulement lorsque l'accusé refuse sans raison plausible de fournir des explications rendues nécessaires par des preuves à charge, que son silence peut permettre, par un raisonnement de bon sens conduit dans le cadre de l'appréciation des preuves, de conclure qu'il n'existe pas d'explication à décharge et que l'accusé est coupable. Partant, si un prévenu est déclaré coupable au seul motif qu'il ne s'est pas expliqué sur certaines preuves à charge, alors qu'il avait une raison valable de refuser de s'expliquer ou de ne s'expliquer qu'en partie, la présomption d'innocence et le droit connexe de l'accusé de garder le silence sont violés »¹¹⁰. Dans ce cas d'espèce, le Tribunal fédéral a affirmé que le prévenu avait de bonnes raisons de ne pas vouloir révéler l'identité du conducteur de son véhicule, en application de l'art. 195 CPP précité.

¹⁰⁶ TF, arrêt 1P.641/2000 du 24 avril 2001, consid. 2.

¹⁰⁷ *Ibidem*, consid. 3.

¹⁰⁸ *Ibidem*, consid. 4.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ TF, arrêt 6B_748/2009 du 2 novembre 2009, consid. 2.1.

En revanche, dans un arrêt similaire où le prévenu avait affirmé qu'il ne conduisait pas le véhicule dont il était le détenteur au moment où celui-ci avait été flashé par un radar, le Tribunal fédéral a jugé que son droit au silence n'avait pas été violé dans la mesure où, au vu des indices de culpabilité, il lui appartenait d'apporter certaines explications. En effet, les explications du prévenu avaient varié au cours de l'enquête et étaient pour la plupart invraisemblables ; de plus, il n'avait pas donné d'information quant au lieu où il se trouvait au moment de l'infraction et n'avait pas non plus fourni de liste des potentiels conducteurs du véhicule¹¹¹. De ce fait, le recours a été rejeté par le Tribunal fédéral et la peine infligée pour violation grave des règles de la circulation confirmée.

Ainsi, on peut relever en substance de la jurisprudence du Tribunal fédéral que si le détenteur du véhicule refuse d'établir l'identité du conducteur en raison du fait qu'il ne veut pas exposer un membre de sa famille à des poursuites pénales, on ne peut tirer de son silence des conclusions qui lui seraient défavorables¹¹². En revanche, si le détenteur se limite à refuser de témoigner en bloc et s'obstine à ne pas collaborer à l'établissement des faits, rien n'empêche le juge d'en tenir compte à la lumière de tous les autres éléments disponibles.

Dans un autre cas d'espèce, des membres du conseil d'administration d'une société avaient faussé les comptes de résultats et les bilans, induisant ainsi en erreur les autorités fiscales. Ils ont été condamnés pour fraude fiscale ainsi que faux dans les titres, puis ont été acquittés en deuxième instance. Le ministère public a alors formé recours contre ce dernier jugement. En substance, les prévenus avaient comptabilisé comme professionnelles des dépenses essentiellement privées, parmi lesquelles un montant de 24'137 francs destiné à couvrir les frais d'une prétendue fête organisée à l'occasion du 30^{ème} anniversaire d'un actionnaire. Ils soutenaient qu'il n'y avait pas d'invités purement privés à cette fête. En réalité, cette dernière servait autant à des fins professionnelles que privées, et les prévenus n'avaient pas fait les corrections nécessaires dans la comptabilité. A cet égard, l'autorité fiscale les avait sollicités plusieurs fois afin d'obtenir la liste desdits invités, ce à quoi ils n'ont pas donné suite. Le Tribunal fédéral a considéré qu'on ne pouvait reprocher aux prévenus de ne pas avoir fourni la liste des invités en application du principe *nemo tenetur*, mais il a estimé que le tribunal pouvait intégrer dans l'appréciation des preuves, dans certaines circonstances, le fait que le prévenu invoque son droit de refuser de répondre et de coopérer. Il a précisé que tel était notamment le cas lorsque le prévenu refusait de fournir les indications nécessaires à sa décharge, alors qu'on pouvait raisonnablement s'attendre à une explication au vu des éléments à charge¹¹³. En l'espèce, une fête organisée avec des amis et de la famille n'était vraisemblablement pas une manifestation publicitaire mais bien une fête d'anniversaire privée, et le Tribunal fédéral a jugé qu'on pouvait exiger des prévenus qu'ils fournissent davantage d'explications quant au caractère professionnel de ladite fête, sans violer le droit de ne pas s'auto-incriminer¹¹⁴.

¹¹¹ TF, arrêt 6B_562/2010 du 28 octobre 2010, consid. 2.2.

¹¹² La CourEDH s'est prononcée cet égard, considérant que la condamnation d'un détenteur pour un excès de vitesse commis avec son véhicule est contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer si elle repose uniquement sur sa qualité de détenteur et sur son silence – en l'espèce motivé par son ignorance – concernant la personne du conducteur (CourEDH, arrêt du 18 mars 2010, Affaire *Krumpholz c. Autriche*, requête n° 13201/05). En revanche, le simple fait de demander au propriétaire d'un véhicule, sous peine de sanction, d'indiquer la personne qui conduisait au moment de l'infraction, ne viole pas le droit de garder le silence (CourEDH, arrêt du 29 juin 2007, Affaire *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, requêtes n° 15809/02 et 25624/02, Recueil des arrêts et décisions 2007-III).

¹¹³ TF, arrêt 6B_453/2011 du 20 décembre 2011, consid. 1.6.

¹¹⁴ *Idem*.

Lorsqu'on évoque l'exercice par le prévenu du droit de se taire, on pense généralement à un silence complet sur toute la durée de la procédure. Pourtant, bien souvent, la personne accusée accepte de témoigner et ne fait que ponctuellement usage de son droit de garder le silence. Le Tribunal fédéral considère à cet égard que lorsque le prévenu s'exprime sur certains faits et décide de se taire sur d'autres éléments ou circonstances connexes, ce silence que l'on peut qualifier de partiel peut également être pris en compte dans l'appréciation des preuves¹¹⁵.

S'agissant de la quotité de la peine, le Tribunal fédéral a laissé entendre qu'il était envisageable de tenir compte du comportement du prévenu, en particulier de son absence de repentir démontré par l'attitude adoptée en cours de procédure. A cet égard, il serait ainsi loisible au juge de considérer comme un facteur aggravant de la peine l'exercice par le prévenu de son droit de se taire et son manque de collaboration tout au long de la procédure, rendant ainsi l'enquête plus difficile¹¹⁶. En outre, le fait que le prévenu fasse usage de son droit de se taire a pour conséquence qu'il perd automatiquement l'éventuel bénéfice sur la quotité de la peine qu'il aurait pu espérer obtenir en passant directement aux aveux¹¹⁷. Toutefois, au même titre que la CourEDH avait considéré que la possibilité de tirer des conclusions défavorables du refus de répondre d'un accusé devait être limitée en raison du fait qu'une personne innocente pouvait avoir de bonnes raisons de souhaiter garder le silence, le Tribunal fédéral a précisé que le fait qu'un accusé use de son droit de se taire ne permet pas de conclure qu'il ne réalise pas le caractère répréhensible de son acte. En effet, le prévenu peut choisir de garder le silence ou de mentir parce qu'il a honte de son acte, par peur de la sanction ou parce qu'il craint pour son avenir ou l'avenir de ses proches¹¹⁸.

On peut ainsi déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le juge est en droit d'inférer du silence du prévenu des arguments en sa défaveur venant étayer les éléments de preuve à charge. Il a ainsi posé le principe selon lequel l'absence de collaboration et l'usage du droit de se taire par le prévenu peuvent, dans certaines circonstances qui appellent de toute évidence des explications de sa part, être interprétés comme des indices de sa culpabilité. Nous ne pouvons cependant pas en tirer une règle intangible qui tracerait une frontière nette entre les situations qui violent le principe *nemo tenetur* et celles où le prévenu est malgré tout tenu de répondre s'il ne veut pas en subir les désavantages, car l'analyse se fait au cas par cas ; au surplus, on peut relever que la jurisprudence du Tribunal fédéral est quelque peu contradictoire à ce sujet.

2. Les mesures de contrainte

L'art. 113 al. 1 *in fine* CPP prévoit que le prévenu est tenu de se soumettre aux mesures de contrainte prévues par la loi. Ainsi, si le prévenu n'est pas tenu de collaborer activement à la procédure, il doit néanmoins supporter passivement les mesures de contrainte qui peuvent être prononcées à son égard, prévues par les art. 196 ss CPP. Selon la définition de l'art. 196 CPP, les mesures de contrainte sont des actes de procédure des autorités pénales qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes intéressées ; elles servent à mettre les preuves en sûreté, assurer la présence de certaines personnes durant la procédure et garantir l'exécution de la

¹¹⁵ TF, arrêt 6B_440/2018 du 4 juillet 2018, consid. 2.3.2.

¹¹⁶ ATF 118 IV 21, consid. 2b.

¹¹⁷ TF, arrêt 6B_74/2012 du 30 mars 2012, consid. 3.

¹¹⁸ ATF 101 IV 257, consid. 2a.

décision finale. Il s'agit notamment de la privation de liberté (art. 212 ss CPP), des perquisitions, fouilles et examens (art. 241 ss CPP), de l'analyse de l'ADN (art. 255 ss CPP) ou du séquestre (art. 263 ss CPP). En conséquence, le prévenu devra tolérer que le résultat des mesures de contrainte dont il aura fait l'objet soit utilisé comme moyen de preuve dans la procédure pénale dirigée contre lui¹¹⁹.

Le principe *nemo tenetur* protège le prévenu contre le recours à des moyens de preuve obtenus par la force ou la contrainte au mépris de sa volonté, et les éléments obtenus en violation de ces principes ne sont pas exploitables¹²⁰. Ainsi par exemple les menaces, les promesses, les tromperies ou tout autre moyen de persuasion reviendraient à contourner le droit de refuser de répondre de l'accusé¹²¹. De même, il est interdit pour les autorités de profiter d'un état de conscience altéré pour obtenir un témoignage auto-incriminant (tel qu'un état de choc ou à la suite d'une consommation de stupéfiants ou de médicaments)¹²². Toutefois, le principe *nemo tenetur* ne fait pas obstacle à ce que des moyens de preuve préexistants soient récoltés par l'autorité de poursuite, même contre la volonté du prévenu. Ce dernier doit ainsi tolérer que des moyens de preuve qui existent indépendamment de sa volonté soient recueillis par le biais de mesures de contrainte prévues par la loi, comme des documents saisis lors d'une perquisition ou le prélèvement d'échantillons d'haleine, de sang, d'urine, de cheveux ou de tissus corporels¹²³. Dans cette mesure, le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas violé lorsque le moyen de preuve requis pourrait également être obtenu d'un mort¹²⁴. Il faut pour cela que le document existe déjà. Ainsi par exemple le ministère public ne peut-il pas demander au prévenu de lui dresser la liste de ses malversations, mais peut ordonner la perquisition de sa maison pour saisir le document en question. En ce sens, l'accusé doit souffrir les mesures de contrainte dans la mesure où l'autorité cherche à obtenir des moyens de preuve qui préexistent, et le principe *nemo tenetur* interdit uniquement d'exiger une participation active du prévenu à sa propre incrimination.

Selon le Tribunal fédéral, « les autorités pénales ne sont pas autorisées à utiliser des moyens de preuve obtenus par la contrainte ou la force contre la volonté du prévenu. Viole par exemple l'interdiction de l'obligation de s'incriminer soi-même un ordre assorti d'une menace de sanction, adressé au prévenu ou à une autre personne habilitée à refuser de répondre, de produire du matériel de preuve pouvant être à charge ou de faire une déposition incriminant le prévenu (...) »¹²⁵. Selon les circonstances, la menace d'une amende qui pèserait sur le prévenu s'il refuse de collaborer peut constituer un moyen de coercition abusif des autorités qui serait propre à vider de sa substance le droit de ne pas s'auto-incriminer¹²⁶. A ce propos, dans une affaire, les autorités douanières avaient infligé une amende à une personne pour tenter de la contraindre à fournir elle-même la preuve d'infractions que les autorités soupçonnaient qu'elle avait commises, faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen. La CourEDH avait

¹¹⁹ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 359, N 12 et 13 ; BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 8 ; SCHMID, p. 257, N 668.

¹²⁰ ATF 140 II 384, consid. 3.3.2, JdT 2015 I 3.

¹²¹ LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 37 et 38.

¹²² TF, arrêt 6B_997/2017 du 3 mai 2018, consid. 1 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 46.

¹²³ JEANNERET/KUHN, p. 91, N 4064 ; BSK StPo-TOPHINKE, art. 10 N 23 ; CourEDH, arrêt du 17 décembre 1996, Affaire *Saunders c. Royaume-Uni*, requête n° 19187/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, § 69.

¹²⁴ PIQUEREZ/MACALUSO, p. 274-275, N 792 ; CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 6.

¹²⁵ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.1, JdT 2017 IV 51.

¹²⁶ TF, arrêt 1P.631/2003 du 8 janvier 2004, consid. 2.2.

alors considéré que l'infliction d'une telle amende par les autorités douanières constituait un moyen de coercition abusif et violait ainsi l'art. 6 CEDH¹²⁷. En revanche, dans un autre arrêt, la CourEDH a jugé qu'une amende prononcée à l'égard d'une personne qui refusait de prêter serment n'était pas constitutive d'une violation du droit de ne pas s'auto-incriminer, dans la mesure où cette obligation à charge du témoin et les sanctions s'y rattachant visaient à garantir la sincérité des déclarations faites au juge, et non à obliger l'intéressé à déposer¹²⁸.

Le Tribunal fédéral juge qu'« il est en revanche permis de collecter, en utilisant des mesures de contrainte, des preuves qui existaient déjà, avant que la contrainte ne soit exercée. Cela vaut notamment pour du matériel de preuve saisi lors d'une perquisition »¹²⁹. Précisons encore que toute obligation de fournir des informations pouvant conduire à une condamnation pénale n'est pas nécessairement illicite. En effet, c'est l'usage abusif ou excessif de la contrainte qui est interdit¹³⁰. A cet égard, sont déterminants pour apprécier le caractère licite ou non de la contrainte exercée la nature et le degré de la contrainte, les possibilités de s'en défendre et le mode d'utilisation de la preuve ainsi obtenue¹³¹. L'importance de l'infraction qui est reprochée au prévenu peut également jouer un rôle dans l'appréciation du caractère admissible ou non de la contrainte¹³².

Nous avons déjà évoqué plus haut la nature limitée du droit de ne pas s'auto-incriminer s'agissant des personnes morales. Le devoir légal incombant aux établissements financiers de conserver et de mettre à disposition des autorités pénales ou administratives leur documentation a pour conséquence que le séquestre desdits documents prévu par les art. 263 ss CPP ne viole pas le droit de ne pas s'auto-incriminer¹³³. Ainsi, ce principe ne permet pas aux personnes morales de se soustraire à l'obligation de produire des documents telle que prévue par le droit administratif et par la législation sur le blanchiment d'argent ou sur la surveillance des marchés financiers.

3. L'emploi d'un agent infiltré

Une autre question qui peut se poser en lien avec les limites du droit de ne pas s'auto-incriminer concerne l'emploi d'un agent infiltré dans le cadre d'une investigation secrète. Bien que l'intervention d'un agent infiltré constitue une mesure de contrainte selon les art. 285a ss CPP, il convient ici d'en faire un titre à part, en raison de la particularité de cette mesure dans le cadre du principe *nemo tenetur*. A teneur de l'art. 285a CPP, il y a investigation secrète lorsque des membres d'un corps de police ou des personnes engagées à titre provisoire pour accomplir des tâches de police nouent de manière trompeuse, sous le couvert d'une fausse identité attestée par un titre (identité d'emprunt), des contacts avec des individus dans l'intention d'instaurer avec eux une relation de confiance et d'infiltrer un milieu criminel afin d'élucider des infractions

¹²⁷ CourEDH, arrêt du 25 février 1993, Affaire *Funke c. France*, requête n° 10588/83, Recueil des arrêts et décisions A, vol. 256A, § 44.

¹²⁸ CourEDH, arrêt du 20 octobre 1997, Affaire *Serves c. France*, requête n° 82/1996/671/893, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI, § 47.

¹²⁹ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.2, JdT 2017 IV 51.

¹³⁰ ATF 140 II 384, consid. 3.3.2, JdT 2015 I 3.

¹³¹ *Ibidem*, consid. 3.3.3.

¹³² VILLIGER, p. 320, N 574.

¹³³ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.2, JdT 2017 IV 51.

particulièrement graves. Un ordre d'investigation secrète ne s'oppose pas au choix du prévenu d'user de sa faculté de refuser de déposer. Néanmoins, l'agent infiltré ne peut profiter de cette situation pour poser des questions au prévenu qui auraient dû lui être posées lors d'interrogatoires formels et qui l'amènent à faire une déposition, car cela reviendrait à contourner le droit de ne pas s'auto-incriminer et en particulier, le droit de se taire¹³⁴.

Dans une affaire, le ministère public avait ouvert une enquête pénale contre des parents qui étaient soupçonnés d'avoir infligé des lésions corporelles à leurs deux enfants, dont un est décédé par la suite. Il a alors ordonné l'intervention de plusieurs agents infiltrés afin d'élucider le décès du fils et les lésions corporelles infligées à la fille, mesures qui ont été successivement autorisées par le tribunal des mesures de contrainte. Les missions des agents infiltrés ont duré environ deux ans, à la suite de quoi les prévenus ont été informés de ces mesures. Ceux-ci ont fait appel de cette décision et ont obtenu gain de cause devant le Tribunal cantonal, ce dernier estimant que l'intervention des agents infiltrés était illicite car elle contournait le droit au silence dont les prévenus s'étaient prévalus. Le ministère public a alors formé un recours devant le Tribunal fédéral contre cette décision.

Le Tribunal fédéral a rappelé qu'en vertu de l'art. 113 al. 1 CPP *in fine*, le prévenu est tenu de se soumettre aux mesures de contrainte prévues par la loi, parmi lesquelles l'emploi d'un agent infiltré. Toutefois, s'il a fait usage de son droit de garder le silence, des limites sont alors posées à l'intervention de l'agent infiltré. En effet, l'investigation secrète ne doit pas conduire à un contournement du droit de ne pas s'auto-incriminer, qui se produit notamment lorsque l'agent infiltré, profitant de la relation de confiance qu'il a créée, soumet au prévenu, d'une manière semblable à un interrogatoire, des questions qui auraient dû lui être posées lors d'un interrogatoire formel. En découle alors une interdiction d'utiliser dans la procédure pénale les déclarations faites par le prévenu ainsi obtenues. Néanmoins, le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas violé lorsque l'agent infiltré se contente de prendre connaissance des déclarations que le prévenu a faites de sa propre initiative, sans y être poussé¹³⁵. Dans ce cas, les déclarations du prévenu peuvent constituer des preuves et ainsi être intégrées au dossier.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la question de savoir si les agents infiltrés avaient outrepassé ou non le degré d'influence admissible sur les prévenus lors de leurs interventions ne faisait pas l'objet de la procédure. En effet, il s'agissait bien plus de savoir si l'ordre du ministère public était valable et si le tribunal des mesures de contrainte pouvait l'autoriser, ce qui était le cas en l'espèce¹³⁶. Ainsi, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'admissibilité des interventions au regard du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il a toutefois précisé que dans le cas où le droit de garder le silence aurait été contourné par le comportement de l'agent infiltré, il devait en être tenu compte dans la fixation de la peine voire même renoncer à toute peine. Enfin, il appartient au tribunal de fond de décider si les agents infiltrés ont dépassé la mesure de l'influence admissible sur le prévenu, et quelles conséquences en tirer¹³⁷.

¹³⁴ CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 10a.

¹³⁵ ATF 143 I 304, consid. 2.3.

¹³⁶ *Ibidem*, consid. 2.4.

¹³⁷ *Ibidem*, consid. 2.4 et 2.5.

On peut ainsi tirer de cette jurisprudence du Tribunal fédéral que l'étendue de l'intervention d'un agent infiltré doit être limitée au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer de la personne qui fait l'objet d'une telle mesure. En effet, l'agent infiltré doit se contenter, lors de sa mission, d'un comportement passif consistant à ne pas presser le prévenu de déposer. S'il adopte un comportement actif en poussant le prévenu à faire des déclarations qu'il n'aurait pas faites lors d'un interrogatoire formel, deux conséquences s'ensuivent. D'une part, les déclarations ainsi obtenues ne peuvent pas constituer des preuves dans la procédure pénale dirigée contre le prévenu. D'autre part, si l'agent infiltré a dépassé le degré d'influence qu'il était en droit d'avoir sur le prévenu et que son comportement a eu pour conséquence de contourner le droit de garder le silence de ce dernier, l'art. 293 al. 4 CPP s'applique, à savoir que le juge en tiendra compte lors de la fixation de la peine, et pourra même libérer de toute peine le prévenu ainsi influencé.

Quid au niveau européen ? Les limites au recours à un agent infiltré vis-à-vis du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination découlent également de la jurisprudence de la CourEDH. Dans une affaire, un détenu avait été placé sous surveillance audio et vidéo secrète dans sa cellule, dans la zone de visite et sur un codétenu, et dénonçait l'utilisation de tels éléments de preuve dans la procédure pénale pour meurtre dirigée contre lui¹³⁸. La CourEDH a affirmé que « pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner la nature et le degré de coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus »¹³⁹. A cet égard, elle a jugé que la liberté d'un suspect de choisir de parler ou de garder le silence se trouvait compromise lorsque, le suspect ayant choisi de garder le silence pendant l'interrogatoire, les autorités usent d'un subterfuge pour lui soutirer des déclarations l'incriminant qu'elles n'ont pas pu obtenir pendant l'interrogatoire et lorsque de telles déclarations sont produites par la suite comme preuves dans le procès¹⁴⁰. Ainsi, les autorités ne peuvent pas recourir à la ruse pour obtenir du prévenu qui a refusé de témoigner lors d'un interrogatoire des déclarations ou autres éléments à charge qu'elles n'auraient pas pu obtenir lors d'un interrogatoire formel. En l'espèce, le prévenu avait affirmé à plusieurs reprises se prévaloir de son droit de garder le silence lors des interrogatoires de la police. Suite à la mesure de surveillance dont il a fait l'objet, les déclarations que l'intéressé avait faites à un informateur de la police qui avait été placé comme codétenu dans la même cellule n'étaient pas spontanées et non provoquées ; la CourEDH a ainsi jugé que le prévenu ne les aurait pas formulées de son plein gré car celles-ci ont été suscitées par l'interrogatoire insistant de l'informateur de la police. De ce fait, la CourEDH a estimé que le prévenu avait subi une pression psychologique qui avait affaibli le caractère volontaire de ses déclarations et a jugé que les éléments ainsi recueillis devaient être écartés de la procédure, le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination ayant été violés¹⁴¹.

4. L'obligation de collaborer

Le Tribunal fédéral considère que des exceptions au principe *nemo tenetur* sont possibles s'il existe une base légale prévue à cet effet, et nous allons voir que c'est notamment le cas dans le domaine de la législation sur la circulation routière. Certains auteurs critiquent toutefois cette

¹³⁸ CourEDH, arrêt du 5 novembre 2002, Affaire *Allan c. Royaume-Uni*, requête n° 48539/99, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX.

¹³⁹ *Ibidem*, § 44.

¹⁴⁰ *Ibidem*, § 50.

¹⁴¹ *Ibidem*, § 52-53.

approche, estimant qu'elle revient à vider de sa substance l'art. 6 CEDH, et que d'éventuelles exceptions ne seraient envisageables que si la protection offerte par le droit interne va au-delà de celle garantie par la CEDH¹⁴².

Il existe une véritable tension entre le droit de ne pas s'auto-incriminer du prévenu et son obligation de collaborer en procédure pénale ou administrative. Nous avons vu que la présomption d'innocence, dans sa composante relative à la charge de la preuve, imposait notamment à l'accusation de supporter le fardeau de la preuve ; il appartient en effet au ministère public ainsi qu'à la ou les parti(e)s plaignant(e)s de faire la démonstration de la culpabilité du prévenu. Par conséquent, le prévenu n'est pas tenu d'apporter la preuve de son innocence, et il n'a pas l'obligation de collaborer à la recherche de la vérité. Néanmoins, il existe des situations où celui-ci est exceptionnellement tenu de collaborer, dans la mesure où cette obligation ne contrevient pas au droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁴³. Le Tribunal fédéral reconnaît à cet égard qu'il existe en droit matériel un grand nombre d'obligations de comportement auxquelles la personne concernée ne peut pas se soustraire en invoquant son droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁴⁴.

Nous avons déjà évoqué plus haut le cas dans lequel deux prévenus n'avaient pas fourni des informations sollicitées par l'autorité fiscale, et où le Tribunal fédéral avait considéré que leur absence de collaboration ne pouvait leur être reprochée en application du principe *nemo tenetur*. Il en découle que sont considérées comme inexploitable les preuves obtenues sous la menace d'une amende dans une procédure de soustraction d'impôts¹⁴⁵. Au niveau européen, la CourEDH a également considéré que n'était pas admissible au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer l'infliction au prévenu de plusieurs amendes d'ordre dans le cadre d'une procédure de soustraction d'impôts en raison du fait qu'il refusait de collaborer, en particulier de soumettre aux autorités les documents susceptibles de faire apparaître l'existence de revenus non déclarés et, de ce fait, qui étaient propres à le condamner pénalement, dans la mesure où ces documents ne pouvaient être obtenus d'une autre manière indépendante de la volonté de l'accusé¹⁴⁶. En effet, il n'est pas admissible que les autorités fassent pression sur le prévenu en lui infligeant des amendes pour qu'il leur soumette des documents qui auraient fourni des informations susceptibles de le soupçonner d'avoir commis l'infraction en cause¹⁴⁷.

Néanmoins, dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a admis que le contribuable pouvait être tenu, dans le cadre d'une procédure pour soustraction d'impôts, de fournir des renseignements sur l'origine des montants soustraits¹⁴⁸. En cas de refus, il pouvait être frappé d'une amende, laquelle ne violait pas le droit de ne pas s'auto-incriminer. En l'espèce, une disposition de droit fiscal en vigueur au moment des faits prévoyait une obligation pour le contribuable de prouver l'exactitude de ses allégations, c'est-à-dire de déterminer la provenance des fonds non déclarés lorsque l'autorité fiscale soupçonnait une déclaration incomplète ou erronée. Le Tribunal fédéral a estimé que ce devoir de collaboration prévu par la loi ne contraignait pas le

¹⁴² BSK StPo-ENGLER, art. 113 N 7a et nbp 14.

¹⁴³ PIQUEREZ/MACALUSO, p. 189 et 192-193, N 553 et N 563 ; PIQUEREZ, *Traité*, N 704.

¹⁴⁴ ATF 121 II 273, consid. 3.c.cc.

¹⁴⁵ TF, arrêt 6B_453/2011 du 20 décembre 2011.

¹⁴⁶ CourEDH, arrêt du 3 mai 2001, *Affaire J.B c. Suisse*, requête n° 31827/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-III, § 63 ss.

¹⁴⁷ CourEDH, arrêt du 5 avril 2012, *Affaire Chambaz c. Suisse*, requête n° 11663/04, § 53-54.

¹⁴⁸ ATF 121 II 273.

contribuable à s'incriminer lui-même, dans la mesure où il appartenait à l'autorité fiscale de prouver l'inexactitude de sa déclaration ; il était alors seulement tenu de fournir des informations sur l'origine des fonds non déclarés dont l'existence était déjà suffisamment prouvée¹⁴⁹. Cette solution était justifiée par le fait que « (...) si l'on admettait ici un droit de refuser de témoigner, le système fiscal actuel serait sérieusement remis en question, car la procédure (...) devrait alors déjà (...) se dérouler selon les principes de la procédure pénale ; il suffirait que le contribuable se prévale de sa propre soustraction d'impôt pour pouvoir se débarrasser de cette manière de son devoir de collaboration et rendre tout contrôle plus difficile, voire impossible »¹⁵⁰. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré dans cet arrêt qu'en obligeant le prévenu, sous peine d'une amende, à fournir des renseignements sur la provenance des fonds non déclarés et à présenter les documents correspondants, il n'y avait pas de violation du droit de ne pas s'auto-incriminer.

D'autres dispositions spécifiques peuvent être prévues par la législation fédérale, fondant pour le prévenu une obligation de comportement, de déclaration ou de collaboration¹⁵¹. De telles obligations limitent le droit de refuser de collaborer et comportent le risque d'un comportement auto-incriminant, mais elles sont généralement considérées comme compatibles avec le principe *nemo tenetur*¹⁵². Tel est notamment le cas de la législation sur la circulation routière. A cet égard, le Tribunal fédéral estime que tout conducteur d'un véhicule à moteur se soumet à la législation sur la circulation routière et accepte les obligations qui en découlent, parmi lesquelles figurent de multiples devoirs de collaborer et de renseigner les autorités¹⁵³. Ainsi, l'obligation pour le conducteur de se soumettre à des tests permettant de contrôler la capacité de conduire et de détecter la présence d'alcool ou de stupéfiants, comme le contrôle de l'air expiré, le contrôle d'urine et de salive ou la prise de sang¹⁵⁴, ne viole pas le droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁵⁵. Au demeurant, rappelons la jurisprudence de la CourEDH en lien avec les mesures de contrainte, qui estime que le droit de ne pas collaborer à sa propre incrimination ne s'étend pas aux données que l'on peut obtenir du prévenu en recourant à des moyens coercitifs mais qui existent indépendamment de sa volonté, tels que les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine¹⁵⁶.

Toujours dans le cadre de la législation sur la circulation routière, l'exigence de collaboration du prévenu résultant d'une obligation de renseigner prévue par la loi n'a pas été considérée comme contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁵⁷. Dans cette affaire, le prévenu n'avait pas donné suite au devoir de renseigner qui découlait de l'art. 9A de la Loi genevoise

¹⁴⁹ ATF 121 II 273, consid. 3.c.aa.

¹⁵⁰ *Ibidem*, consid. 3.c.bb.

¹⁵¹ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 357, N 6 ; LIEBER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, art. 113 N 25 ss ; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 14.

¹⁵² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 39 N 14.

¹⁵³ TF, arrêt 6B_598/2018 du 7 novembre 2018, consid. 3.6.

¹⁵⁴ Voir les art. 10 ss de l'Ordonnance sur le contrôle de la circulation routière du 28 mars 2007 (OCCR), RS 741.013.

¹⁵⁵ TF, arrêt 6B_598/2018 du 7 novembre 2018, consid. 3.6.

¹⁵⁶ CourEDH, arrêt du 17 décembre 1996, Affaire *Saunders c. Royaume-Uni*, requête n° 19187/91, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, § 69.

¹⁵⁷ TF, arrêt 1P.631/2003 du 8 janvier 2004.

d'application de la législation fédérale sur la circulation routière¹⁵⁸ (ci-après LaLCR). Cette disposition prévoyait à son al. 1 qu'en cas d'infraction à la loi sur la circulation routière commise avec un véhicule immatriculé au nom d'une personne morale ou immatriculé sous l'adresse d'une entreprise à raison individuelle, le détenteur de ce véhicule était tenu d'indiquer à la police l'identité du conducteur ou de désigner la personne à laquelle le véhicule avait été confié. En vertu de l'art. 18 LaLCR (anciennement l'art. 20), les contrevenants aux dispositions de la LaLCR sont passibles de l'amende. Nous avons vu ci-dessus que le principe *nemo tenetur* protégeait le prévenu contre le recours à des moyens de preuve obtenus par la force ou la contrainte au mépris de sa volonté, et que violait notamment le droit de ne pas s'auto-incriminer un ordre assorti d'une menace de sanction adressé au prévenu, lui imposant de produire du matériel de preuve susceptible de l'incriminer. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si l'infliction d'une amende au prévenu parce qu'il ne se conformait pas à l'obligation de renseigner prévue par l'art. 9A LaLCR était contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer. Le Tribunal fédéral a considéré que pour qu'une telle obligation soit conforme à l'art. 6 CEDH, le prévenu devait être en mesure de refuser de répondre. Bien que cette faculté ne lui soit pas directement donnée par l'art. 9A LaLCR, il ressortait du Code de procédure pénale genevois¹⁵⁹ que le prévenu était habilité à refuser de donner des renseignements, notamment lorsque ceux-ci l'exposaient personnellement à une poursuite pénale, sans s'exposer à une amende. Néanmoins, dans cet arrêt, le prévenu n'avait pas refusé de donner l'identité du conducteur en cause dans le but d'éviter de contribuer à sa propre incrimination. Le Tribunal fédéral avait ainsi considéré qu'en raison du refus total de collaborer sans explication, l'amende infligée en application des dispositions précitées se justifiait dans le cas d'espèce et ne violait pas le principe *nemo tenetur*¹⁶⁰.

Une autre question qui peut se poser au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer est le système mis en place par l'art. 7 de la Loi sur les amendes d'ordre¹⁶¹ (ci-après LAO). Cette disposition prévoit une responsabilité du détenteur du véhicule lorsqu'il n'est pas possible d'identifier le conducteur au moment de l'infraction ; l'amende est ainsi infligée au détenteur du véhicule figurant dans le permis de circulation (al. 1-3). Toutefois, le détenteur n'est pas tenu de payer l'amende s'il communique le nom et l'adresse du conducteur, ou s'il peut démontrer de manière convaincante que son véhicule a été utilisé indépendamment de sa volonté et qu'il avait pris toutes les mesures de diligence nécessaires pour l'empêcher (al. 4 et 5). Cet article fonde ainsi un devoir de collaborer du détenteur du véhicule, à défaut de quoi sa qualité d'auteur de l'infraction est présumée. A ce propos, dans une affaire où le prévenu soutenait que l'art. 6 LAO violait son droit de garder le silence (aujourd'hui devenu l'art. 7 LAO), le Tribunal fédéral a considéré que le détenteur du véhicule ne pouvait être contraint de collaborer à l'établissement de l'identité du conducteur, mais il devait alors en assumer les conséquences¹⁶². Il a estimé que le fait de communiquer l'identité du conducteur ne constituait pas une exigence disproportionnée, ce qui correspondait par ailleurs à la volonté du législateur d'éviter des investigations coûteuses et disproportionnées dans le domaine des cas-bagatelles

¹⁵⁸ Loi d'application de la législation fédérale sur la circulation routière du 18 décembre 1987 (LaLCR), RS/GE H 1 05.

¹⁵⁹ Code de procédure pénale genevois du 29 septembre 1977 (CPP-GE), ROLG E 4 20.

¹⁶⁰ TF, arrêt 1P.631/2003 du 8 janvier 2004, consid. 2.3.

¹⁶¹ Loi sur les amendes d'ordre du 18 mars 2016 (LAO), RS 314.1.

¹⁶² ATF 144 I 242, consid. 1.2.3, JdT 2018 I 366.

clairs¹⁶³. De ce fait, le Tribunal fédéral a jugé compatible avec le droit de ne pas s'auto-incriminer le devoir de collaboration du détenteur du véhicule à l'identification du conducteur.

En outre, l'art. 51 al. 2 de la Loi fédérale sur la circulation routière¹⁶⁴ (ci-après LCR) fonde une obligation d'aviser en cas d'accident entraînant un dommage corporel. Cette disposition prévoit également que toutes les personnes impliquées dans l'accident doivent prêter leur concours à la reconstitution des faits. Cela signifie notamment qu'elles doivent préserver les lieux de l'accident et y rester jusqu'à l'arrivée de la police. En cas d'accident n'ayant entraîné que des dommages matériels, l'art. 51 al. 3 LCR prévoit également une obligation d'annonce de l'auteur qui est tenu d'indiquer au lésé son nom et son adresse. Dans une affaire, un automobiliste en état d'ébriété heurte latéralement un véhicule et l'endommage, après quoi il s'enfuit¹⁶⁵. Le lésé avertit la police, qui le retrouve le lendemain matin. L'auteur présentant des signes d'alcoolémie manifestes, elle le soumet à un test à l'éthylomètre qui se révèle être positif. L'analyse de sang qui s'ensuit est également positive, contrairement à la consommation alléguée par le conducteur. Ce dernier est alors condamné pour diverses infractions à la circulation routière, et notamment pour la violation des devoirs en cas d'accident n'ayant entraîné que des dommages matériels. L'affaire monte devant le Tribunal fédéral, l'auteur contestant sa condamnation pour entrave à la prise de sang au motif qu'elle violerait son droit de ne pas s'auto-incriminer.

Le Tribunal fédéral relève en premier lieu que la loi impose un certain nombre de règles de comportement au conducteur en cas d'accident au cours duquel un tiers subit des dommages matériels ou corporels, et que leur non-respect est sanctionné par la LCR. En outre, au moment des faits, l'art. 91 al. 3 aLCR réprimait notamment le comportement de celui qui s'était opposé ou dérobé à une prise de sang ordonnée par l'autorité. La jurisprudence a étendu cette disposition à la situation dans laquelle un conducteur provoque un accident, s'enfuit en n'avertissant pas la police, et où les circonstances permettent de conclure que l'autorité aurait selon toute vraisemblance ordonné une prise de sang à l'annonce de l'accident¹⁶⁶. En vertu de l'art. 51 LCR, le conducteur est tenu de s'arrêter et de rester sur place à des fins de conservation des preuves et de constatation des faits pertinents. Selon le Tribunal fédéral, « dans les cas décrits [à] l'art. 51 LCR (...), l'intérêt à une clarification de la situation l'emporte sur l'intérêt égoïste du conducteur éventuellement coupable »¹⁶⁷. Cela se justifie par le fait que les devoirs de comportement énoncés par cette disposition supposent toujours qu'un tiers soit impliqué dans l'accident ; en revanche, le principe *nemo tenetur* serait violé si le conducteur était obligé d'aviser la police dans le cadre d'un accident où il serait seul impliqué. En effet, dans cette situation, le fait d'être seul impliqué permettrait de soupçonner qu'il y ait eu conduite en état d'ébriété¹⁶⁸. Le Tribunal fédéral estime ainsi que les devoirs légaux énoncés à l'art. 51 LCR sont compatibles avec le principe *nemo tenetur*, même s'ils sont susceptibles de conduire à l'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre du conducteur pour un comportement punissable en lien avec l'accident¹⁶⁹. De plus, « il n'est pas contraire au principe de l'interdiction de l'obligation de s'incriminer soi-même d'obliger le conducteur déjà contraint pénalement à être présent, à souffrir, en cas de soupçon d'ivresse, que son alcoolémie soit

¹⁶³ ATF 144 I 242, consid. 1.3.1, JdT 2018 I 366.

¹⁶⁴ Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR), RS 741.01.

¹⁶⁵ ATF 131 IV 36, JdT 2005 I 529.

¹⁶⁶ *Ibidem*, consid. 2.

¹⁶⁷ *Ibidem*, consid. 3.2.

¹⁶⁸ *Ibidem*, consid. 3.3.3.

¹⁶⁹ *Ibidem*, consid. 3.5.1.

vérifiée au moyen d'une prise de sang (...) »¹⁷⁰. Il ressort ainsi de cet arrêt que les devoirs de comportement, et notamment d'annonce, prévus par l'art. 51 LCR, ne violent pas le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Notons aussi que le Tribunal fédéral a considéré qu'une condamnation à une amende pour refus de se légitimer sur ordre de la police ne violait pas l'art. 113 CPP, en précisant que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne dispensait pas celui qui en bénéficiait de l'obligation de collaborer à l'établissement de son identité¹⁷¹.

Enfin, nous avons également vu que le droit administratif et notamment la Loi sur le blanchiment d'argent¹⁷² ou la Loi sur la surveillance des marchés financiers¹⁷³ imposaient à certaines entreprises l'obligation d'établir, de conserver et de tenir à disposition des autorités compétentes leur documentation. Les établissements visés par la réglementation applicable sont ainsi astreints de par la loi à une obligation de collaborer dans le cadre d'une procédure pénale ou administrative. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que ne violaient pas le droit de ne pas s'auto-incriminer « (...) de simples injonctions de produire, dans une procédure pénale ou administrative, des documents sans menace de sanctions pénales en cas de non obtempération. Dans une procédure administrative selon la réglementation régissant la surveillance, cela vaut particulièrement si, pour les personnes devant produire des documents, une obligation de droit administratif existe d'établir certains documents, de les conserver et de les mettre à disposition des autorités compétentes »¹⁷⁴. Par conséquent, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne s'étend pas, pour les personnes morales, au point de rendre impossible la production de documents dont la création et la conservation sont prescrites par une loi, et l'ordre d'une autorité de mettre à disposition la documentation en cause ne contrevient pas à l'art. 113 CPP¹⁷⁵. Ce tempérament apporté au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination s'explique, selon le Tribunal fédéral, par le fait que « si l'Etat ne pouvait plus accéder à ces documents en dépit de la base légale correspondante, il lui serait pratiquement impossible de surveiller les secteurs économiques concernés (marchés financiers, maisons de jeu, etc.), et d'y imposer le respect des obligations légales topiques par la menace des sanctions quasi pénales qui s'y rattachent »¹⁷⁶.

5. Le renversement du fardeau de la preuve et les présomptions légales favorables à l'accusation

Quand bien même le prévenu conserve en tout temps son droit de ne pas s'auto-incriminer, et notamment son droit de se taire, il existe des situations où il est néanmoins tenu de supporter le fardeau de certaines preuves, et, partant, de s'exprimer en collaborant à l'établissement des faits

¹⁷⁰ ATF 131 IV 36, consid. 3.5.2, JdT 2005 I 529.

¹⁷¹ TF, arrêt 6B_1297/2017 du 26 juillet 2018, consid. 3.3 et 3.4.

¹⁷² Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (LBA), RS 955.0.

¹⁷³ Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA), RS 956.1.

¹⁷⁴ ATF 142 IV 207, consid. 8.3.2, JdT 2017 IV 51.

¹⁷⁵ ATF 140 II 384, consid. 3.3.4, JdT 2015 I 3.

¹⁷⁶ *Ibidem*, consid. 3.3.4.

s'il ne veut pas en subir les désavantages¹⁷⁷. Tel est notamment le cas lorsque le prévenu invoque des circonstances favorables susceptibles d'exclure ou d'atténuer sa culpabilité.

Selon une partie de la doctrine, la première hypothèse est celle des faits justificatifs des art. 14, 15 et 17 CP ; si le prévenu souhaite les opposer à l'accusation, il doit en apporter la preuve selon l'adage latin *reus in excipiendo fit actor* (la preuve incombe au demandeur, le prévenu acquérant alors ce statut)¹⁷⁸. Le degré de la preuve requis se limite alors à la vraisemblance et il suffit que le prévenu rende les faits justificatifs qu'il invoque plausibles¹⁷⁹. Cependant, cette question est controversée en doctrine, car d'autres auteurs considèrent que le fardeau de la preuve du ministère public s'étend également à l'absence de faits justificatifs¹⁸⁰.

La deuxième hypothèse concerne les cas où le prévenu a le fardeau de certaines preuves prévues comme telles par la loi. Tel est par exemple le cas dans le domaine des infractions contre l'honneur et en particulier en présence de diffamation, où le prévenu peut apporter une preuve libératoire. L'art. 173 ch. 2 CP prévoit en effet qu'il n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies.

Par ailleurs, une autre question en lien avec le renversement du fardeau de la preuve est celle des présomptions légales favorables à l'accusation. En effet, le fardeau de la preuve est parfois renversé lorsque la preuve imposée à l'accusation se révèle être trop difficile, et il appartient dès lors au prévenu de supporter la charge de la preuve dans certaines situations spécifiques prévues par la loi qui pose alors des présomptions légales. Tel est notamment le cas de l'art. 72 CP en lien avec l'art. 260ter CP, qui pose la présomption selon laquelle l'organisation criminelle est réputée avoir le pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales appartenant à une personne qui aurait soutenu l'organisation ou participé à celle-ci¹⁸¹. Dès lors, il appartient à cette personne de renverser la présomption en prouvant l'absence de pouvoir de disposition de l'organisation criminelle sur les valeurs patrimoniales¹⁸².

Notons toutefois que les présomptions de fait ou de droit sont admises jusqu'à un certain seuil par la CourEDH. Dans une affaire *Salabiaku c. France*¹⁸³, selon la loi douanière française en vigueur au moment des faits, les passagers dont les bagages contenaient de la drogue étaient réputés en être responsables et avaient ainsi la charge de la preuve qu'ils n'avaient pas commis l'infraction présumée en lien avec cette détention. Il s'agissait de déterminer si la présomption posée par la loi, selon laquelle le détenteur de la marchandise est réputé responsable de la fraude commise, était irréfragable, auquel cas elle violait la présomption d'innocence, et en particulier le droit de ne pas s'auto-incriminer. La CourEDH avait jugé que tel n'était pas le cas, car le prévenu avait eu la possibilité de se défendre en invoquant des motifs justificatifs, à savoir

¹⁷⁷ PIQUEREZ, Traité, N 701-702.

¹⁷⁸ PIQUEREZ/MACALUSO, p. 189, N 554 ss ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, p. 56, N 8.

¹⁷⁹ PIQUEREZ, Traité, N 702 ; pour un cas de fait justificatif où le prévenu doit supporter le fardeau de la preuve du consentement de la victime, cf. TF, arrêt 6B_788/2015 du 13 mai 2016, consid. 3.1.

¹⁸⁰ CR CPP-VERNIORY, art. 10 N 14 et nbp 26.

¹⁸¹ CR CP II-LIVET/DOLIVO-BONVIN, art. 260ter N 40 ; CR CP II-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 72 N 14 et 21.

¹⁸² TF, arrêt 1C_271/2016 du 23 mars 2018, consid. 2.3.

¹⁸³ CourEDH, arrêt du 7 octobre 1988, Affaire *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83, Recueil des arrêts et décisions A, vol. 141.

l'erreur ou la contrainte. Ainsi, les présomptions de fait ou de droit sont admises par la jurisprudence de la CourEDH, pour autant qu'elles soient strictement encadrées en ce sens qu'il est exclu de condamner une personne principalement sur la base d'une présomption renversée. Les Etats sont alors tenus de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense, c'est-à-dire que le prévenu doit conserver en toutes circonstances sa possibilité de renverser la présomption dont il fait l'objet¹⁸⁴.

On voit ainsi, avec le mécanisme du renversement du fardeau de la preuve dans des situations spécifiques, que le prévenu peut être amené à devoir collaborer dans la procédure pénale engagée contre lui, sans pour autant que cela ne s'oppose à son droit de ne pas s'auto-incriminer.

C. Le cas des garanties compensatoires : l'affaire *Jalloh c. Allemagne*

Dans une affaire *Jalloh c. Allemagne*¹⁸⁵, des policiers voient Jalloh retirer un sachet en plastique de sa bouche et le donner à une autre personne contre de l'argent. Soupçonnant un trafic de stupéfiants, ils l'arrêtent. Jalloh avale alors le dernier petit sachet qu'il avait encore dans la bouche, et les policiers ne trouvent pas de drogue sur lui. Le procureur ordonne qu'on lui administre un émétique pour provoquer le rejet du sachet. A l'hôpital, il refuse l'administration de l'émétique, si bien que des policiers doivent l'immobiliser pour une prise de force. Sous l'effet du traitement, Jalloh régurgite un petit sachet contenant de la cocaïne, à la suite de quoi il est placé en détention. Il soutient avoir eu diverses séquelles et blessures pendant deux semaines à la suite du traitement. Environ deux mois après l'administration de l'émétique, Jalloh se plaint de douleurs persistantes à l'estomac. On diagnostique alors qu'il souffre d'irritations de l'œsophage, causées par le reflux d'acide gastrique. Dans le procès à son encontre, le prévenu s'oppose à l'utilisation du moyen de preuve obtenu par l'administration de l'émétique, tenant cette méthode pour illicite. Le tribunal rejette cet argument et le condamne pour trafic de stupéfiants. Jalloh fait appel de cette décision, à la suite de quoi le tribunal régional confirme le jugement, estimant recevables les éléments de preuve obtenus sur l'ordre du procureur. En effet, l'intervention aura été nécessaire pour recueillir la preuve de l'infraction ; elle avait par ailleurs été pratiquée par un médecin dans les règles de l'art et ne constituait pas un danger pour la santé de l'accusé. Devant la Cour d'appel, Jalloh prétend notamment qu'une telle mesure avait en réalité pour effet de le forcer à contribuer activement à sa propre incrimination, mais son recours est rejeté. Enfin, la Cour constitutionnelle fédérale déclare le recours irrecevable, considérant que l'administration d'une substance vomitive ne soulève pas de problème constitutionnel quant à la dignité humaine et au droit de ne pas s'auto-incriminer.

L'affaire est portée devant la CourEDH. Jalloh se plaint de la violation de l'art. 3 CEDH consacrant l'interdiction de la torture, de l'art. 8 CEDH sur le droit au respect de la vie privée ainsi que de l'art. 6 CEDH garantissant le droit à un procès équitable. Dans un premier temps, la CourEDH conclut à la violation des deux premiers griefs allégués. Ce travail portant sur le droit de ne pas s'auto-incriminer, il convient de s'attarder sur la prétendue violation de l'art. 6

¹⁸⁴ CourEDH, arrêt du 7 octobre 1988, Affaire *Salabiaku c. France*, requête n° 10519/83, Recueil des arrêts et décisions A, vol. 141, § 28.

¹⁸⁵ CourEDH, arrêt du 11 juillet 2006, Affaire *Jalloh c. Allemagne*, requête n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX.

CEDH. A cet égard, le prévenu considère que l'utilisation au procès des éléments de preuve obtenus par l'administration de l'émétique, qui auraient constitué la seule base de sa condamnation, méconnaît son droit à un procès équitable, et plus particulièrement son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. En effet, il soutient avoir été contraint à produire la preuve d'une infraction contre son gré, et donc à contribuer activement à sa propre condamnation, par l'administration d'une substance déclenchant une réaction physique de manière artificielle et involontaire qu'il assimile à une extorsion d'aveux.

Selon la CourEDH, il faut se demander notamment si le prévenu s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve recueilli par l'administration de l'émétique et de s'opposer à ce qu'il soit utilisé dans la procédure. En outre, il faut rechercher le poids et la qualité que revêt ce dernier. Pour déterminer si l'art. 6 CEDH a été violé ou non, il y a également lieu de mettre en balance l'intérêt public à la poursuite de l'infraction et l'intérêt du prévenu à ce que les preuves soient recueillies de manière licite¹⁸⁶. La CourEDH rappelle ensuite ce que nous avons vu à propos des mesures de contrainte, à savoir que le droit de ne pas s'auto-incriminer « (...) ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang, d'urine, de cheveux et de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ou encore les échantillons de voix »¹⁸⁷. En l'espèce, la CourEDH a considéré que l'art. 3 CEDH consacrant l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants avait été violé. Partant, les éléments de preuve recueillis au moyen d'actes de violence ne peuvent pas, qu'elle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime¹⁸⁸. Le procès est alors entaché d'iniquité, et ce « indépendamment de la gravité de l'infraction reprochée, de l'importance attachée aux éléments de preuve et des possibilités dont a disposé la victime pour contester leur versement au dossier et leur utilisation à son procès »¹⁸⁹. La CourEDH constate *in casu* que les éléments de preuve ont été obtenus par la mise en œuvre d'une mesure contraire à un droit fondamental garanti par la CEDH, et que lesdits éléments ont joué un rôle décisif dans la condamnation du prévenu. Elle relève par ailleurs que l'intérêt public à sa condamnation n'était pas suffisant pour justifier l'utilisation des preuves ainsi recueillies dans la procédure à son encontre, rendant ainsi le procès inéquitable¹⁹⁰.

La Cour estime toutefois pertinent d'examiner plus particulièrement si le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a été méconnu en l'espèce. Si le droit de ne pas s'auto-incriminer concerne en premier lieu le droit de garder le silence et de ne pas être contraint à formuler une déclaration, il vise aussi les situations dans lesquelles les autorités recourent à la contrainte pour obtenir des éléments de preuve matériels, par exemple en forçant le prévenu à fournir la preuve de l'infraction dont il est soupçonné¹⁹¹. Comme nous l'avons vu à plusieurs reprises au sujet des mesures de contrainte, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne s'étend pas aux données qui peuvent être obtenues du prévenu en recourant à des pouvoirs coercitifs mais

¹⁸⁶ CourEDH, arrêt du 11 juillet 2006, Affaire *Jalloh c. Allemagne*, requête n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX, § 96-97.

¹⁸⁷ *Ibidem*, § 102.

¹⁸⁸ *Ibidem*, § 105.

¹⁸⁹ *Ibidem*, § 106.

¹⁹⁰ *Ibidem*, § 107-108.

¹⁹¹ *Ibidem*, § 110-111.

qui existent indépendamment de sa volonté. A cet égard, la CourEDH estime que les stupéfiants dissimulés dans le corps de Jalloh recueillis grâce à l'administration d'un émétique sont des éléments qui existent indépendamment de sa volonté et il n'est en principe pas interdit de les utiliser dans le cadre du procès. Toutefois, le degré de coercition employé en l'espèce dépasse largement ce qui est nécessaire pour recueillir de tels éléments de preuve et apparaît donc comme disproportionné. En effet, tout au plus le prévenu serait-il tenu de se soumettre passivement à une atteinte mineure à son intégrité physique, ce qui en l'espèce n'était de toute évidence pas le cas au vu du danger que présentait l'intervention pour sa santé¹⁹².

Pour examiner si le droit de ne pas s'auto-incriminer a été violé, la CourEDH examine trois facteurs. Le premier concerne la nature et le degré de coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve. A ce sujet, la Cour constate que l'intervention a considérablement porté atteinte à l'intégrité physique et mentale du prévenu, dans la mesure où il a dû être immobilisé par des policiers pour lui administrer de force l'émétique afin qu'il soit contraint de régurgiter l'élément de preuve recherché¹⁹³. Le deuxième facteur porte sur poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur. Comme déjà mentionné, une telle mesure apparaît disproportionnée au vu de la gravité de l'infraction, qui concernait un trafic de stupéfiants en petite quantité et pour laquelle le prévenu s'était vu infliger une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis¹⁹⁴. Enfin, le dernier critère a trait à l'existence de garanties appropriées dans la procédure. La CourEDH constate à cet égard que si le droit interne prévoyait en effet des garanties contre une application arbitraire de la mesure, l'intervention qui a été pratiquée sur le prévenu a été effectuée sans examiner son aptitude à la supporter, compte tenu des risques qu'elle présentait pour sa santé. S'agissant de l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus dans la procédure, les preuves recueillies grâce à l'administration de l'émétique ont été déterminantes dans la décision de condamnation du prévenu¹⁹⁵. Pour toutes ces raisons, la CourEDH arrive à la conclusion que le droit de ne pas s'auto-incriminer a été violé en l'espèce.

On peut ainsi retenir de cette affaire que l'art. 6 CEDH n'interdit pas le recours à une intervention médicale de force si celle-ci peut faire avancer l'enquête pénale. Toutefois, les éléments de preuve ainsi obtenus ne doivent pas porter atteinte à l'intégrité physique de la personne concernée au point de violer le droit fondamental prévu par l'art. 3 CEDH consacrant l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. Les preuves récoltées par la mise en œuvre de cette mesure de contrainte ne doivent en outre pas constituer un élément décisif dans la condamnation du prévenu. Enfin, il faut que l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en cause et à la sanction de l'auteur soit prépondérant par rapport à l'intérêt individuel de la personne qui fait l'objet de l'intervention médicale. Si ces trois conditions sont réunies, la mesure de contrainte employée pour l'obtention des éléments de preuve recherchés n'aboutit pas à une violation du droit de ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, pour permettre l'utilisation au procès des éléments de preuve recueillis suite à une intervention médicale forcée, il est nécessaire d'avoir des garanties compensatoires qui permettent, d'une part, une ingérence dans l'intégrité physique du prévenu, et d'autre part, une faible atteinte à son droit de

¹⁹² CourEDH, arrêt du 11 juillet 2006, Affaire *Jalloh c. Allemagne*, requête n° 54810/00, Recueil des arrêts et décisions 2006-IX, § 113-114.

¹⁹³ *Ibidem*, § 117-118.

¹⁹⁴ *Ibidem*, § 119.

¹⁹⁵ *Ibidem*, § 120-121.

ne pas contribuer à sa propre incrimination, pour autant que la procédure puisse être considérée comme équitable dans son ensemble.

III. Conclusion

Nous avons vu que plusieurs tempéraments pouvaient être apportés au principe *nemo tenetur*, et notamment l'obligation pour le prévenu de se soumettre aux mesures de contrainte prévues par la loi. S'agissant du devoir de collaborer, certains arrêts estiment contraire au principe *nemo tenetur* l'obligation de collaboration imposée au prévenu en matière fiscale et dans le cadre de la législation sur la circulation routière sous peine d'amende, alors que d'autres y reconnaissent une limite légale au droit de ne pas s'auto-incriminer. On peut ainsi en inférer que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne confère pas une immunité générale pour les situations prévues par le droit matériel qui fondent pour le prévenu un devoir de collaborer. Par conséquent, ne peuvent être considérées comme une contrainte abusive toutes les mesures qui ont pour but de contraindre le prévenu à fournir des informations à une autorité, même si ces informations peuvent avoir pour conséquence d'étayer certains éléments à charge et comportent ainsi le risque d'un effet auto-incriminant.

Par ailleurs, s'agissant plus particulièrement des conséquences que peuvent tirer les autorités du silence du prévenu, nous ne pouvons que constater que la jurisprudence est fluctuante – voire contradictoire – sur la question de savoir dans quelles situations le droit de ne pas s'auto-incriminer est susceptible d'être limité. On peut relever que ce droit n'est pas absolu et que les autorités pénales sont en pratique autorisées à en tirer des conséquences même défavorables pour le prévenu sans pour autant violer la présomption d'innocence. Il existe ainsi plusieurs possibilités de tempérer ce droit, mais sans jamais vraiment y porter atteinte et sans pour autant que le droit au silence ne devienne auto-accusatoire eu égard aux garanties qui existent pour sa sauvegarde posées par la législation, mais surtout par la jurisprudence. Ainsi, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la faculté du prévenu d'user de son droit de se taire est relative et qu'il existe le principe selon lequel dans certaines circonstances, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il établisse les faits le disculpant et qu'il fournisse les éléments à décharge si cela ne lui cause pas de préjudice dans la procédure dont il fait l'objet. En outre, l'exercice par le prévenu de son droit au silence ne doit pas à lui seul permettre de conclure à sa culpabilité, et donc constituer le seul élément décisif dans sa condamnation, mais peut venir corroborer d'autres éléments à charge qui revêtent déjà un certain poids. La CourEDH a au demeurant résumé la faculté de tenir compte du droit au silence en considérant que « tirer des conclusions du silence d'un accusé peut être (...) autorisé dans un système (...) où les tribunaux apprécient librement les éléments à leur disposition, à condition que ces éléments soient tels que la seule conclusion à tirer du silence de l'accusé est qu'il n'a aucun argument à présenter pour sa défense »¹⁹⁶.

Ainsi, tant la CourEDH que le Tribunal fédéral considèrent que le silence du prévenu peut être apprécié comme un indice de sa culpabilité lorsqu'il choisit de ne pas s'exprimer sur des faits qui appellent manifestement une explication de sa part, de sorte que son silence ne peut raisonnablement être interprété autrement que comme une preuve de culpabilité. Néanmoins, bien qu'on ne puisse aller jusqu'à affirmer que le silence du prévenu dans ces situations

¹⁹⁶ CourEDH, arrêt du 20 mars 2001, Affaire *Telfner c. Autriche*, requête n° 33501/96, § 17.

constituerait systématiquement une preuve tacite de reconnaissance des faits allégués par l'accusation, on peut dire de ce critère défini par la jurisprudence qu'il n'atteint pas une précision suffisante pour éviter de manière certaine l'arbitraire. Finalement, cette possibilité de tenir compte du silence de l'accusé dans le procès pénal est sans doute le reflet d'une crainte des autorités pénales quant au risque de paralyser la recherche de la vérité judiciaire.

Enfin, précisons encore que la question des tempéraments que l'on peut apporter au principe *nemo tenetur* est en réalité une problématique large qui peut englober de nombreuses autres situations dépassant le cadre de ce travail. Par exemple, on pourrait légitimement se demander si la possibilité pour le prévenu de bénéficier de la procédure simplifiée des art. 358 ss CPP, qui suppose notamment qu'il reconnaisse les faits déterminants, n'aurait pas pour conséquence, en réalité, de le contraindre indirectement à parler...