

Le neurodroit à la lumière des principes fondamentaux d'administration de la preuve pénale

L'enquête sur l'assassinat de Grégory Villemin, récemment relancée plus de 32 ans après les faits grâce à l'utilisation d'un logiciel d'analyse criminelle, montre l'enjeu des technologies probatoires dans la recherche de la vérité. Les sciences et les nouvelles technologies n'ont jamais autant été utilisées en procédure pénale. Parmi celles-ci, les neurosciences ouvrent de nouvelles perspectives aux enquêteurs.



Par Virginie
BENSOUSSAN-BRULÉ

Avocate
Alain Bensoussan Avocats Lexing



Et François GORRIEZ

Avocat
Alain Bensoussan Avocats Lexing

→ RLDI 5062

Dans le procès pénal, pour contourner le silence d'une personne, ne pourrait-on pas utiliser les sciences cognitives pour pénétrer dans cette boîte noire qu'est le cerveau afin de comprendre certaines réactions passées ou les éléments caractéristiques d'un événement tels qu'ils sont perçus par le cerveau ? Pourrait-on hypnotiser une personne restée silencieuse pour la faire parler ou lui poser des électrodes sur la tête afin que l'imagerie cérébrale puisse fournir de plus amples informations sur sa personnalité ?

Autant de questions qui renvoient au « champ de recherche s'intéressant aux applications juridiques des neurosciences » encore appelé « neurodroit »⁽¹⁾. Les neurosciences sont les études scientifiques du système nerveux et pourraient présenter un intérêt dans une procédure pénale pour prouver ou comprendre des faits et certains traits d'une personnalité. Il en est ainsi de l'hypnose, de l'imagerie cérébrale et du détecteur de mensonge.

Les modes de preuves ont en effet naturellement suivi l'évolution scientifique et technologique, permettant aujourd'hui de détecter si une personne a consommé des stupéfiants, d'analyser des empreintes génétiques et d'écouter des conversations téléphoniques.

L'administration de la preuve pénale est gouvernée par le principe de liberté. L'article 427 du Code de procédure pénale précise que : « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Ces preuves apportées librement doivent pouvoir être discutées contradictoirement. Il apparaît donc que le neurodroit, en application de ce principe de liberté de la preuve, pourrait être un mode de preuve envisageable.

Cependant, le principe de liberté de la preuve pénale n'est pas absolu. En effet il doit être nuancé par l'obligation de licéité du mode de preuve, la nécessaire loyauté dans l'administration de la preuve et l'absence d'atteinte à la dignité de la personne. Tous les procédés permettant de prouver un fait ne peuvent être utilisés, notamment la torture ou les narco-analyses par exemple.

Ainsi, le neurodroit, « vérité scientifique »⁽²⁾ parfois contestée pour son manque de fiabilité, peut-il être utilisé dans une procédure pénale comme preuve et participer de la « vérité juridique » ?

Après avoir présenté les techniques du neurodroit pouvant être utilisées sur une personne poursuivie ou un témoin, il conviendra de les étudier à la lumière des principes de licéité, de loyauté et de dignité qui gouvernent l'administration de la preuve pénale.

I. – LES TECHNIQUES DE NEURODROIT DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PÉNALE

A. – L'hypnose

Le dictionnaire Larousse donne une double définition de l'hypnose : « 1 – État de conscience particulier, entre la veille et le sommeil, provoqué par la suggestion. 2 – Ensemble des techniques permettant de provoquer un état d'hypnose, utilisées notamment au cours de certaines psychothérapies. »

L'hypnose dans une procédure judiciaire peut, en plaçant une personne dans un « état second », lui permettre de retrouver des souvenirs oubliés ou volontairement occultés à la suite d'un traumatisme par exemple.

(1) Centre d'analyse stratégique, Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit, Note d'analyse 282, sept. 2012.

(2) Larrieu P., La réception des neurosciences par le droit, AJ pénal 2011.



L'hypnose est un « moment de conscience où les choses sont perçues autrement »⁽³⁾ et « s'accompagne de toute une série de phénomènes appelés phénomènes hypnotiques, qui vont de la sensation d'engourdissement et de somnolence, aux "hallucinations" visuelles et auditives, en passant par des sensations de lourdeur avec impossibilité de bouger les membres, d'analgésie »⁽⁴⁾. L'hypnose n'est donc pas sans conséquence sur l'état physique et moral de la personne qui en est l'objet.

B. – L'imagerie cérébrale

L'ensemble des techniques permettant d'observer le cerveau se regroupent dans l'imagerie cérébrale, encore appelée neuro-imagerie. Une distinction doit être effectuée entre les imageries cérébrales anatomique et fonctionnelle.

L'imagerie cérébrale anatomique est conçue pour « mettre en valeur les structures cérébrales et tout ce qui peut venir les perturber (tumeurs, hémorragies, caillots ou autres déformations présentes à la naissance) ». L'imagerie cérébrale fonctionnelle « mesure pour sa part l'activité des régions du cerveau durant l'exécution de certaines tâches »⁽⁵⁾.

L'imagerie cérébrale peut être utilisée à des fins répressive (dans le cadre de la recherche d'auteurs d'infraction pour représenter les réseaux neuronaux caractérisant le mensonge, la peur ou la jalousie), préventive (afin de déterminer le degré de dangerosité d'un individu) et thérapeutique (pour identifier les méthodes permettant de remédier au mieux à certaines pathologies).

C. – Le détecteur de mensonge : polygraphe et analyse de la voix

Le détecteur de mensonge ou polygraphe est une « machine destinée à recueillir les réactions physiques de l'individu pendant un interrogatoire où sont mêlées des questions anodines et des questions liées aux circonstances de l'infraction »⁽⁶⁾.

Il est également possible d'analyser le stress dans la voix (Voice Stress Analysis) afin d'étudier les microtremblements, non audibles et dont les variations pourraient permettre d'établir l'état émotionnel d'une personne alors manifesté dans la voix. Ce type d'étude ne semble cependant pas « capable de discriminer avec précision les sujets qui disent la vérité de ceux qui mentent »⁽⁷⁾.

Les données recueillies dans le cadre de l'utilisation du neurodroit pourraient voir leur intérêt optimisé par l'utilisation de logiciels d'analyse criminelle et de l'intelligence artificielle. Grâce aux algorithmes, les données scientifiques pourraient être couplées aux données factuelles issues des multiples pièces d'une procédure

pénale. Ce croisement d'informations que l'homme n'est pas en mesure de traiter de manière cumulative pourrait permettre de déduire des pistes d'analyse ou de confirmer des hypothèses de recherche émises par les enquêteurs.

II. – LA LICÉITÉ DU NEURODROIT DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PÉNALE

A. – Le principe de licéité

L'article 427 du Code de procédure pénale pose le principe de liberté de la preuve « hors les cas où la loi en dispose autrement ». Le travail de recherche de preuve doit donc s'inscrire dans la légalité. Des preuves obtenues de manière frauduleuse par les enquêteurs ne sont pas recevables⁽⁸⁾. La loi encadre également l'administration de certaines preuves. Ainsi, le Code de procédure pénale⁽⁹⁾ précise les seuls segments d'ADN sur lesquels peuvent porter les analyses destinées à l'identification génétique.

Aux États-Unis les conditions d'admissibilité d'un moyen de preuve, dites « Federal Rules of Evidence », ont été posées par l'arrêt de la Cour suprême *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*⁽¹⁰⁾. Ces conditions sont : la technique de preuve a été testée et peut toujours l'être, elle a été évaluée par les pairs et a fait l'objet de publications, le taux d'erreur de la technique est connu, la technique fait l'objet de normes évolutives et est reconnue par la communauté scientifique.

B. – L'hypnose : une technique hors de la légalité

L'utilisation de l'hypnose pour entendre un témoin ou un suspect n'est pas prévue dans le Code de procédure pénale. Pourtant elle a déjà été utilisée lors d'une instruction ; l'occasion pour la Cour de cassation de se prononcer sur le recours à cette technique.

Un juge d'instruction avait en effet commis un expert hypnologue et sophrologue pour mettre sous hypnose un témoin éprouvant des difficultés à se remémorer certains événements. L'utilisation d'une telle technique était entourée de garantie pour le témoin : présence des enquêteurs de la section de recherches chargés d'acter les déclarations du témoin, expert ayant prêté serment et consentement préalable du témoin⁽¹¹⁾.

Confrontée à l'hypnose, et sur le fondement des articles 81 (disposition concernant les pouvoirs du juge d'instruction), 101 et 109 (dispositions relatives à l'audition des témoins), la Cour de cassation a précisé que « si le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à tous actes d'information utiles à la manifestation de la vérité, encore faut-il qu'il se conforme aux dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves (...) ; que la violation des dispositions légales

(3) Bioy A., Qu'est-ce que l'hypnose, Institut français d'hypnose, janv. 2013, <<http://www.hypnose.fr>>.

(4) Gross L, L'état hypnotique, Collège hypnose éricksonienne Paris, <<http://www.hypnose-therapeutique.com>>.

(5) Centre d'analyse stratégique, Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit, précité.

(6) Ambroise-Castérot C., Aveu, Dalloz, janv. 2016.

(7) Palmatier J. J., Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonges ?, AJ pénal 2008.

(8) Cass. crim., 28 oct. 1991, n° 90-83.692 ; Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, nos 09-14316 et 09-14.667.

(9) C. pr. pén., art. A38.

(10) United States Supreme Court, 509 U.S. 579, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 28 juin 1993.

(11) Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 00-83852 ; Mayer D., Chassaing J.-F., Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ?, D. 2001, Giudicelli A., Témoignage sous hypnose ou expertise hypnotique ?, RSC 2001.

relatives au mode d'administration des preuves compromet l'exercice des droits de la défense ». Pour refuser l'utilisation de l'hypnose, elle a jugé qu'il n'existe que deux cadres juridiques pour entendre une personne (le témoignage et l'expertise) et qu'une troisième voie, en l'espèce l'hypnose, ne saurait être utilisable.

Dans cet arrêt la Cour de cassation réaffirme le principe selon lequel la preuve ne doit pas être acquise en violation des règles de procédure pénale et ne doit pas porter atteinte aux intérêts des parties⁽¹²⁾.

C. – L'imagerie cérébrale : une technique licite dans le cadre d'expertises judiciaires

L'article 16-14 du Code civil⁽¹³⁾ dispose que « les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

Le Code civil, autorisant l'utilisation de l'imagerie cérébrale dans une procédure judiciaire, ne fait pas de distinction entre l'imagerie anatomique et l'imagerie fonctionnelle. Dans la procédure pénale, les techniques d'imagerie cérébrale s'inscrivent donc dans le cadre de l'expertise ordonnée par un juge⁽¹⁴⁾.

La culpabilité d'un individu ne saurait cependant être fondée sur la seule base d'un examen d'imagerie cérébrale. La Cour de cassation a en effet posé l'interdiction aux experts de trancher une question relevant de la compétence exclusive du juge⁽¹⁵⁾.

La Cour suprême indienne, dans un procès pour meurtre, a rejeté comme moyen de preuve les enregistrements de l'activité du cerveau de l'accusé jugeant que les procédés d'imagerie cérébrale sont « illégaux » et « contre la Constitution »⁽¹⁶⁾.

D. – Le détecteur de mensonge : une technique non utilisée par les enquêteurs

L'utilisation de détecteurs de mensonge n'est pas prévue par le droit pénal français. De surcroît cette technique n'est pas utilisée par les services d'enquêtes.

Aussi, le mensonge éventuellement détecté par polygraphe ou par l'analyse de la voix ne pourrait, par une interprétation *a contrario*, intégrer le cadre juridique de l'aveu⁽¹⁷⁾. La détection d'un mensonge n'est pas « la reconnaissance, par la personne soupçonnée, de sa culpabilité quant aux faits qui lui sont reprochés »⁽¹⁸⁾.

Les détecteurs de mensonge sont cependant utilisés de manière récurrente et depuis plusieurs années aux États-Unis. Selon un rapport de l'inspecteur général du Département américain de la justice, entre 2002 et 2005, plus de 49 000 personnes ont été soumises au détecteur de mensonge⁽¹⁹⁾.

III. – LA LOYAUTÉ DU NEURODROIT DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PÉNALE

A. – Le principe de loyauté

L'objet du principe de loyauté dans la recherche des preuves est « d'interdire à celui qui administre la preuve l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes »⁽²⁰⁾. Cette obligation de loyauté a été consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁽²¹⁾.

B. – L'hypnose : l'impossibilité pour la victime de se défendre

L'hypnose apparaît être une technique de preuve déloyale en ce qu'elle place la personne dans un état qui l'empêche de se défendre, cette dernière n'ayant pas toutes ses facultés intellectuelles et se retrouve affaiblie. L'hypnose interroge inévitablement sur le point de savoir si une preuve issue d'un processus inconscient est loyale et donc recevable.

Bien qu'un témoin sous hypnose ait donné son consentement pour être hypnotisé, sa conscience, dans l'état hypnotique, est altérée ce qui peut porter atteinte à ses intérêts.

L'hypnose prive notamment la personne de son libre arbitre, de ses facultés de réflexion, de se taire et de mentir et de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁽²²⁾. L'aveu peut alors être extorqué.

C. – L'imagerie cérébrale : un droit à la preuve neuroscientifique pour la défense

Il n'est pas envisageable juridiquement qu'un service d'enquête ou un magistrat impose qu'une technique d'imagerie cérébrale soit utilisée sur une personne n'ayant pas donné son consentement. Une telle décision porterait atteinte à la dignité et à la vie privée de la personne.

Le principe de loyauté ne semble cependant pas faire obstacle à ce qu'une personne poursuivie décide d'utiliser l'imagerie cérébrale pour se défendre. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé qu'« aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code

(12) C. pr. pén., art. 171 et 802.

(13) Issu de l'article 45 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 « relative à la bioéthique ».

(14) C. pr. pén., art. 156 et 169.

(15) Cass. crim., 29 janv. 2003, n°02-86.774.

(16) Sordino M.-C., Le procès pénal confronté aux neurosciences : science sans conscience... ?, AJ pénal 2014.

(17) C. pr. pén., art. 428.

(18) Palmatier J. J., Systèmes d'analyse du stress dans la voix : vrais détecteurs de mensonges ?, précité.

(19) Office of the Inspector General, Use of Polygraph Examinations in the Department of Justice, 2006.

(20) Buisson J., Preuve, janv. 2016.

(21) CEDH, 6 déc. 1988, série A, aff. 146, Barbara, Massegue et Jabardo c/ Espagne ; égal. CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c/ Portugal.

(22) CEDH, 8 févr. 1996, aff. 18731/91, John Murray c/ Royaume-Uni ; CEDH, 2 mai 2000, aff. 35718/97, Condron c/ Royaume-Uni ; CEDH 19 sept. 2000, IJL, GMR et AKP c/ Royaume-Uni.



de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante »⁽²³⁾. Ces éléments auront alors valeur d'indice de preuve⁽²⁴⁾.

Une partie privée, dans un procès pénal, pourra donc enrichir son argumentation par l'apport d'éléments de preuve issus de techniques d'imagerie cérébrale. Ces éléments devront être discutés contradictoirement⁽²⁵⁾. Telle fut la stratégie de la défense dans le procès de John Warnock Hinckley Jr., qui avait tenté d'assassiner le président américain Ronald Reagan le 30 mars 1981⁽²⁶⁾. Afin de justifier de l'irresponsabilité de l'auteur, la défense a produit un « scanner réalisé par microtomographie axiale à rayons X montrant une atrophie du cerveau suggérant une schizophrénie »⁽²⁷⁾.

Dans cette dernière hypothèse il est possible de considérer qu'un droit à la preuve neuroscientifique, librement invocable par les parties, existe, pouvant cependant être affaibli par le manque de fiabilité de certaines techniques.

D. – Le détecteur de mensonge : un manque de fiabilité amenant à la déloyauté

La fiabilité des polygraphes et autres techniques d'analyse de la voix est aujourd'hui remise en cause, se limitant le plus souvent à une démonstration de l'émotivité de la personne. Un procédé qui n'est pas fiable ne pourrait constituer une preuve valable. Au contraire, imposer qu'une personne poursuivie se soumette à un détecteur de mensonge, alors que ce système ne peut identifier avec précision les sujets qui disent la vérité de ceux qui mentent, est déloyal car cela placerait la personne poursuivie dans une situation où le hasard dicterait le verdict relatif à l'existence de propos mensongers ou non.

De plus, un aveu, qui serait obtenu à la suite de l'utilisation d'un détecteur de mensonge dont la fiabilité fait défaut, ne serait ni libre ni spontané. Cet aveu pourrait être considéré comme arraché par l'utilisation d'une technique visant à affaiblir la défense.

En toute hypothèse, le détecteur de mensonge conduit à la conclusion selon laquelle la personne poursuivie n'a plus le droit de mentir ou de garder le silence. Ces droits sont pourtant des principes de procédure fondamentaux reconnus par la Cour européenne des droits de l'Homme⁽²⁸⁾.

Sur le plan juridique, l'utilisation d'un détecteur de mensonge semble tout autant difficile sur une personne poursuivie que sur un témoin. En effet, les témoignages sont souvent fragiles et parfois fluctuants. L'utilisation d'une technique peu fiable comme le polygraphe pour détecter si une personne ne ment pas risquerait de renforcer la fragilité du témoignage et même accentuer l'émotivité du témoin.

(23) Cass. crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509.

(24) Cass. crim., 11 févr. 1992, n° 91-86.067 ; Cass. crim., 25 janv. 1994, n° 93-81.041.

(25) Cass. crim., 12 juin 2003, n° 02-81.122.

(26) *United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, John W. Hinckley, Jr. v. USA*, 14 avr. 1998, n° 97-3094.

(27) Centre d'analyse stratégique, *Le cerveau et la loi : éthique et pratique du neurodroit*, précité.

(28) CEDH, 25 févr. 1993, aff. 256A, *Funke c/ France*.

IV. – LE NEURODROIT CONFRONTÉ AU RESPECT DE LA DIGNITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE

A. – L'interdiction de toute violence dans l'administration de la preuve pénale

L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantit indirectement le principe de dignité de la personne humaine. Dans le cadre de l'administration de la preuve il se caractérise par l'interdiction d'exercer des actes de violence à l'encontre d'une personne. À titre d'exemple, les policiers et gendarmes n'ont donc pas le pouvoir d'user, dans le recueil de la preuve, de violence physique ou morale⁽²⁹⁾.

B. – L'hypnose : un placement sous contrainte de la personne ?

L'hypnose pourrait être assimilée à un acte de torture ou à un traitement inhumain et dégradant. En état d'hypnose, la personne perd partiellement conscience, pouvant alors pour un temps être « sous le contrôle » d'une tierce personne. Les actions réalisées par cette tierce personne envers la personne hypnotisée pourront alors être perçues comme des actes de violence. La personne hypnotisée est en effet inconsciemment forcée de répondre aux interrogations voire d'effectuer certains actes. Par conséquent, l'hypnose peut être contraire au respect de la dignité de la personne humaine.

L'hypnose, tout comme la narco-analyse, a été jugée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence comme un procédé « qui répugne à la conscience car il traite l'être humain en animal de laboratoire et ressuscite l'ancienne torture »⁽³⁰⁾.

C. – L'imagerie cérébrale forcée : un acte contraire au principe de dignité

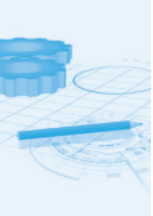
En plus d'entrer dans l'intimité du cerveau, l'imagerie cérébrale est un acte médical consistant notamment à poser des électrodes sur le crâne d'une personne. Le principe de dignité de la personne humaine interdit qu'une quelconque violence soit exercée à l'encontre d'une personne poursuivie afin de lui imposer les actes nécessaires à l'imagerie cérébrale.

La prohibition de l'utilisation de l'imagerie cérébrale de manière forcée peut être corrélée à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 11 juillet 2006⁽³¹⁾. Dans cet arrêt la Cour avait qualifié de contraire à la dignité la soumission, par la force, à l'absorption de substances vomitives (dans un cadre hospitalier et sous contrôle médical) par un trafiquant de drogue ayant avalé des sachets de cocaïne. L'imagerie cérébrale, qui permet d'explorer l'intérieur du cerveau d'une personne, peut tout autant être un traitement indigne surtout si elle est réalisée de manière forcée.

(29) CEDH, Gde Ch., 11 juill. 2006, n° 54810/00, *Jalloh c/ Allemagne* ; Cass. crim., 26 févr. 1991, n° 90-87.295 ; Cass. crim., 10 mars 1992, n°s 91-86.944 et 92-80.389.

(30) CA Aix-en-Provence, 8 mars 1961, cité, in Mayer D., Chassaing J.-F., *Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ?*, Recueil Dalloz 2001.

(31) CEDH, Gde Ch., 11 juill. 2006, précité.



D. – Le détecteur de mensonge : la liberté annihilée

Le détecteur de mensonge relève parfois plus de la contrainte que du consentement. La personne objet du détecteur de mensonge n'a aucune liberté dans le contrôle de ses réactions qui seront analysées par le polygraphe puis interprétées par un expert.

En l'état de l'évolution scientifique et technologique, le neurodroit ne semble pas pouvoir s'intégrer parfaitement dans la procédure pénale française et ainsi être un outil efficace dans l'administration de la preuve. Ce n'est pas tant cette évolution scientifique et

technologique, ou les règles de procédure pénale actuelles, qui empêche l'intégration du neurodroit mais plutôt les principes juridiques qui gouvernent l'administration de la preuve et, au-delà, notre civilisation au premier plan desquels la loyauté et la dignité. L'opposition du neurodroit à ces principes fondamentaux, cumulée à sa subjectivité et à son manque de fiabilité dans certains cas, a conduit l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques à recommander purement et simplement de « préciser, voire supprimer, la possibilité d'utiliser l'imagerie cérébrale en justice »⁽³²⁾. ■

(32) Rapport de MM. A. Claeys et J.-S. Vialatte, L'impact et les enjeux des nouvelles technologies d'exploitation et de thérapie du cerveau, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 13 mars 2012.