

La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question

Marie-Aude BEERNAERT

Professeur à l'UCL

Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité (CRIDEP)

Début 2007, nous avons rédigé, pour la *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, un article déjà consacré à la problématique de la recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹. Près de huit ans plus tard, il paraît utile d'en établir une actualisation, la Cour ayant dans l'intervalle rendu plusieurs arrêts majeurs en la matière.

Les principes fondamentaux n'ont toutefois pas évolué. Ainsi, le point de départ reste que, si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régit pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, cette matière relevant au premier chef du droit interne². Comme la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de le rappeler à de très nombreuses reprises, son rôle consiste dès lors, non pas à se prononcer sur le point de savoir si des éléments ont été à bon droit admis comme preuves, mais bien – et uniquement – à « rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable »³.

Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de questions particulières touchant à l'admissibilité des preuves en matière pénale ont été tranchées

¹ M.-A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 81-105.

² Voy. en particulier, pour une première affirmation du principe, l'arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, § 46.

³ Voy. notamment, pour des rappels récents de ce principe, les arrêts de Grande Chambre *Ramanauskas c. Lituanie* du 5 février 2008, § 52 et *A. c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, § 208.

par la Cour européenne au fur et à mesure du développement de sa jurisprudence. Nous n'évoquerons, ci-après, que celles pour lesquelles la jurisprudence de la Cour a connu des évolutions notables ces dernières années, nous permettant, pour le surplus, de renvoyer le lecteur à notre texte de 2007.

De la jurisprudence de la Cour, il ressort toujours – quoiqu'avec des accents nouveaux – que le droit au procès équitable est méconnu, *ab initio* et définitivement, en cas de provocation policière (section 1) et que doivent également être écartées comme contraires à l'exigence d'équité du procès pénal, les preuves recueillies en violation du droit au silence de l'accusé (section 2). Une innovation majeure tient, par contre, dans l'obligation d'écarter désormais aussi toute déclaration obtenue d'un suspect privé de liberté en l'absence d'un avocat (section 3).

Toujours aussi délicate, par ailleurs, est la question de l'admissibilité, au regard de l'article 6, de la preuve obtenue illégalement et/ou en violation d'une autre disposition de la Convention (section 4).

Enfin, nous verrons que la Cour fait désormais preuve d'une souplesse renforcée s'agissant du droit, garanti à tout accusé par l'article 6, § 3, d), de la Convention, d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge (section 5).

Section 1

L'interdit de la provocation policière

Il est acquis de longue date, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que l'équité du procès pénal ne peut pas se concilier avec l'utilisation d'éléments de preuve recueillis à la suite d'une provocation policière, même lorsqu'il s'agit de lutter contre le trafic de stupéfiants, la délinquance organisée ou d'autres infractions complexes. *A contrario*, et même si elle doit être « circonscrite et entourée de garanties », la simple intervention d'un agent infiltré n'emporte pas privation d'un procès équitable, dès lors qu'elle n'a pas eu pour effet de provoquer la commission de l'infraction⁴.

Historiquement, la Cour se contentait, lorsqu'elle était confrontée à une allégation de provocation policière, d'exercer en la matière un contrôle *substantiel*, destiné à lui permettre de déterminer si l'activité de la police – ou de personnes intervenues à sa demande⁵ – avait eu pour effet d'inciter l'accusé à per-

⁴ Pour une première affirmation de ces principes, voy. C.E.D.H., arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, §§ 36-39.

⁵ La provocation peut donc être le fait d'une personne privée, si celle-ci a agi sur instruction et pour compte de la police (C.E.D.H., arrêt *Vanyan c. Russie* du 15 décembre 2005, § 49). Le simple fait, par contre, qu'une personne privée dénonce des faits délictueux à la police et accepte ensuite d'aider à l'interpellation de l'individu

pétrer une infraction qu'il n'aurait autrement pas commise. Depuis quelques années, la Cour a toutefois pris l'habitude de doubler ce contrôle substantiel d'un contrôle *procédural* : lorsqu'elle ne parvient pas à déterminer si un requérant a ou non été victime de provocation, elle examine désormais aussi s'il a été en mesure de soulever cette question dans la procédure interne et si les juridictions nationales ont traité cette allégation de manière effective⁶.

Sous section 1

Le contrôle substantiel

Pour apprécier si l'activité des forces de l'ordre s'apparente à une réelle provocation policière et a effectivement déterminé l'accusé à commettre une infraction qu'il n'aurait pas perpétrée sans leur intervention, la Cour européenne a essentiellement égard à deux types de critères⁷ :

- elle vérifie d'abord si, préalablement à l'opération mise en œuvre, il existait déjà de « bonnes raisons de soupçonner » l'accusé de se livrer ou vouloir se livrer aux infractions en cause⁸, étant entendu que ces bonnes raisons doivent être de nature objective, une simple « intention criminelle latente » que l'opération aurait permis de révéler ne suffisant pas à exclure la provocation⁹ ;
- elle examine par ailleurs si l'accusé n'a pas subi de pressions destinées à l'inciter à commettre l'infraction en cause ; tel pourrait, par exemple, être le cas si les autorités ont fait preuve d'une insistance caractérisée¹⁰, si le suspect s'est vu offrir des sommes d'argent très élevées¹¹ ou si l'agent infiltré a tenté de susciter sa compassion en invoquant des symptômes de sevrage¹².

Notons, enfin, qu'à l'estime de la Cour, « la preuve de l'absence de provocation incombe à la partie poursuivante pour autant que les allégations du prévenu ne soient pas dépourvues de toute vraisemblance »¹³, et que l'aveu

mis en cause ne saurait être constitutif de provocation policière (voy. C.E.D.H., arrêts *Miliniens c. Lituanie* du 24 juin 2008, §§ 37-38 et *Gorgievski c. Ex-République de Macédoine* du 16 juillet 2009, §§ 52-53).

⁶ Dans le même sens, voy. A. PHILIPPART DE FOY, « La provocation policière devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 978-979.

⁷ Dans un sens comparable, voy. C. DE VALKENEFER, « La provocation policière à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Commentaire de l'arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* de la Cour européenne des droits de l'homme et de quelques décisions récentes », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 221-222.

⁸ C.E.D.H., arrêt *Tabeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, § 38.

⁹ C.E.D.H., arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* (G.C.) du 5 février 2008, § 56.

¹⁰ *Ibid.*, § 67.

¹¹ C.E.D.H., arrêt *Malinas c. Lituanie* du 1^{er} juillet 2008, § 37.

¹² C.E.D.H., arrêt *Vanyan c. Russie* du 15 décembre 2005, §§ 11 et 49.

¹³ C.E.D.H., arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* (G.C.) du 5 février 2008, § 70.

d'avoir commis une infraction à laquelle on a été provoqué ne saurait faire disparaître ni la provocation, ni les effets de celle-ci»¹⁴.

Sous-section 2

Le contrôle procédural¹⁵

Si le volet matériel de l'analyse ne se révèle pas suffisamment concluant, la Cour passera à la seconde étape de son contrôle et évaluera la procédure selon laquelle les juridictions internes ont traité l'allégation de provocation.

La Cour considère que, pour qu'une telle allégation soit examinée de manière effective, le tribunal national doit établir, *dans le cadre d'une procédure contradictoire* (c'est nous qui soulignons), les raisons pour lesquelles l'opération a été montée, l'étendue de l'implication de la police dans l'infraction et la nature de toute incitation ou pression à laquelle le prévenu a pu être soumis¹⁶.

En la matière, c'est évidemment la question de la (non-)divulgaration d'informations à la défense qui est la plus délicate. Rappelons, à ce propos, que si la Cour européenne admet que la non-divulgaration de certains éléments puisse être décidée dans le cadre d'une procédure unilatérale à laquelle la défense n'est pas associée lorsque l'accusation ne se prévaut pas des éléments non divulgués et que ceux-ci ne sont pas portés à la connaissance du juge du fond¹⁷, elle conclut, par contre, à la violation de l'article 6, malgré l'intervention d'un juge indépendant et impartial, lorsque les éléments de preuve non divulgués peuvent être directement pertinents pour une question à trancher par le juge du fond, comme la thèse d'un guet-apens ou d'une provocation illicite¹⁸.

Au regard de cette jurisprudence strasbourgeoise, nous persistons à penser que — quoiqu'en dise notre Cour constitutionnelle¹⁹ — l'impossibilité pour l'inculpé de consulter le dossier confidentiel établi à l'occasion d'une

¹⁴ *Ibid.*, § 77.

¹⁵ Sur ce volet du contrôle de la Cour, voy. aussi A. DE NAUW, « De formele toets van een provocatieverweer in de rechtspraak van Straatsburg en het Belgische strafprocesrecht », *N. C.*, 2014, pp. 30 et s.

¹⁶ Voy., en particulier, C.E.D.H., arrêts *Bannikova c. Russie* du 4 novembre 2010, § 73 et *Lagutin et autres c. Russie* du 24 avril 2014, § 118.

¹⁷ C.E.D.H., arrêts *Fitt c. Royaume-Uni* et *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000. Dans l'une et l'autre affaire, les requérants avaient fait l'objet d'une surveillance — par la police, dans un cas, et par des agents des douanes et accises, dans l'autre — ce qui avait permis de les arrêter dans des circonstances pour le moins compromettantes: le premier alors qu'il semblait sur le point de commettre avec d'autres comparses une attaque à main armée sur un fourgon de la poste, et le second alors qu'il avait commencé à faire dégeler une partie d'une cargaison de viande dans laquelle étaient dissimulées de grandes quantités de résine de cannabis; les informations initiales sur la base desquelles il avait été décidé de placer les intéressés sous surveillance ne furent pas divulguées à la défense, mais il n'en fut pas non plus fait usage par l'accusation dans la procédure au fond.

¹⁸ C.E.D.H., arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003 (confirmé en Grande Chambre le 27 octobre 2004).

¹⁹ C. const., 19 juillet 2007, n° 105/2007, points B.9.4.1 à B.12.5.

infiltration qui pourrait s'apparenter à une provocation policière viole le droit au procès équitable, la défense devant pouvoir prendre connaissance de tous les éléments nécessaires, à la fois pour contester les raisons préalables de monter une telle opération et pour dénoncer les éventuelles pressions policières dont celle-ci se serait accompagnée.

Section 2

Le droit au silence

Rappelons que, même si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne garantit pas expressément²⁰ le droit, pour toute personne accusée en matière pénale, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination, la Cour européenne reconnaît depuis longtemps qu'un tel droit est compris dans la notion de procès équitable²¹. La Cour paraît même imposer désormais que les accusés soient formellement informés de ce droit au silence²² et exonérés de l'obligation de prêter serment avant de déposer²³.

Dès lors que le droit au silence fait partie intégrante des exigences du procès équitable, il paraît évident que le second est méconnu si le juge pénal admet une preuve recueillie en violation du premier. Pour paraphraser Jean de Coudt, on peut donc considérer qu'il n'y a « pas de procès équitable sans respect du droit au silence »²⁴. Reste qu'il devient, par contre, de plus en plus délicat de déterminer quand le droit au silence est violé.

Classiquement, la Cour européenne considérait que le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination était violé lorsqu'il était fait usage, dans le cadre d'une instance pénale, de déclarations précédemment obtenues de l'accusé sous la menace d'une sanction²⁵.

Plus récemment, la Cour européenne paraît toutefois avoir substitué à cette interdiction de principe de tout usage de la contrainte pour « faire parler » l'accusé, une approche casuistique où l'éventuelle violation du droit au silence se mesure à l'aune de trois critères : la nature et le degré de la coercition

²⁰ Contrairement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui consacre le droit au silence en son article 14, § 3, g).

²¹ Pour une première affirmation du principe, voy. C.E.D.H., arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, § 44.

²² C.E.D.H., arrêts *Aleksandr Zaichenko c. Russie* du 18 février 2010, §§ 59-60 et *Navone et autres c. Monaco* du 24 octobre 2013, § 76.

²³ C.E.D.H., arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010, § 52.

²⁴ J. DE COUT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 259.

²⁵ C.E.D.H., arrêts *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, I.J.I. et autres c. *Royaume-Uni* du 19 septembre 2000.

employée, l'existence de garanties dans la procédure et l'utilisation faite des éléments obtenus²⁶.

La Cour avait, par ailleurs, déjà précédemment admis que le droit au silence n'empêche pas de recourir à des pouvoirs coercitifs (allant éventuellement jusqu'à une condamnation pénale) pour obtenir des «données qui existent indépendamment de la volonté de la personne concernée», tels «les documents recueillis en vertu d'un mandat» et «les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN»²⁷ ou d'un test d'alcoolémie²⁸.

À l'estime de la Cour, il n'y a pas davantage de violation du droit au silence lorsque la police recourt à des stratagèmes pour recueillir, via un tiers «de mèche», des confidences qu'un accusé n'aurait pas accepté de faire en connaissance de cause aux autorités. Encore faut-il que les confidences ainsi obtenues l'aient été sans aucune forme de pression ou contrainte exercée sur l'intéressé²⁹, ce qui paraît condamner l'usage de ce type de stratagèmes dans un contexte carcéral³⁰.

²⁶ C.E.D.H., arrêt *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* (G.C.) du 29 juin 2007. L'arrêt concernait deux conducteurs automobiles dont les véhicules avaient été flashés en excès de vitesse et qui avaient par la suite été priés de révéler l'identité de la personne qui était au volant au moment des faits, sachant qu'à défaut de ce faire, ils encouraient une peine d'amende. Sur la base des trois critères précités (nature et degré de la coercition employée, existence de garanties dans la procédure et utilisation faite des éléments obtenus), la Cour va conclure par quinze voix contre deux à une non-violation de l'article 6 de la Convention. Pour une critique de cet arrêt, voy., M.-A. BIERNAERT et Fr. KRENC, «La Cour européenne à la recherche d'une conception pragmatique du procès équitable», in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 237-241.

²⁷ C.E.D.H., arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, § 69. Cette réserve n'a par contre pas été jugée applicable aux stupéfiants dissimulés dans le corps d'un suspect et recueillis à la suite de l'administration forcée d'un émétique (C.E.D.H., arrêt *Jalloh c. Allemagne* (G.C.) du 11 juillet 2006, § 114).

²⁸ C.E.D.H., déc. *Tirado Ortiz et Lorenzo Martin c. Espagne* du 15 juin 1999 (req. 43486/98).

²⁹ C.E.D.H., arrêt *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009, § 102. Les faits à l'origine de cet arrêt étaient passablement rocambolesques: le requérant aurait sollicité un certain V. pour faire assassiner son ancien associé, mais, au lieu de mettre le projet à exécution, V. dénonça le requérant à la police; celle-ci organisa alors une mise en scène élaborée pour faire croire que le «contrat» avait été rempli (annonce officielle dans les médias de la découverte de deux cadavres au domicile de l'ancien associé du requérant) puis envoya V., pourvu d'un micro caché, chez le requérant afin de l'informer du (faux) assassinat et de tenter d'obtenir, du même coup, la preuve que le requérant avait bien commandité celui-ci. L'enregistrement du dialogue entre les deux hommes – bien que ne comportant pas d'aveux exprès du requérant – fut ensuite utilisé à charge dans le cadre du procès pénal ultérieur.

³⁰ Dans son arrêt *Allan c. Royaume-Uni* du 5 novembre 2002, la Cour semble en effet avoir considéré (§ 52) qu'il y a une forme de pression psychologique inhérente au contexte carcéral, qui avait en l'occurrence affaibli le caractère volontaire de ce que le requérant avait prétendument révélé à l'informateur de police placé, à dessein, dans la même cellule que lui.

Section 3

Les déclarations d'un accusé recueillies sans l'assistance d'un avocat

Nous ne reviendrons pas ici en détail sur la jurisprudence *Salduz* de la Cour européenne qui a déjà fait couler tant d'encre et suscité des réformes majeures dans divers systèmes juridiques nationaux. Qu'il nous soit simplement permis d'en résumer les principaux enseignements, tels qu'ils se dégagent de l'arrêt de Grande Chambre du 27 novembre 2008 et des nombreux arrêts ultérieurs qui l'ont prolongé et/ou précisé.

Il paraît désormais acquis que tout suspect privé de liberté³¹ doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat durant³² ses auditions³³ «sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit»³⁴.

Plus délicate, par contre, est la question de savoir si la méconnaissance initiale du droit à l'assistance d'un avocat peut être «réparable».

Depuis l'arrêt *Salduz*, il est clairement établi que si un accusé a été interrogé sans l'assistance d'un avocat, toute utilisation des éventuelles déclarations auto-incriminantes qu'il aurait pu faire à cette occasion est par principe prohibée. Il n'y a dès lors plus lieu d'examiner quel poids (plus ou moins déterminant) les déclarations en cause ont pu avoir dans la condamnation. La seule circonstance qu'elles aient été prises en compte pour fonder, fût-ce partiellement,

³¹ Comme nous avons eu l'occasion de l'exposer ailleurs (voy. M.-A. BEFFRAERT, «La jurisprudence européenne *Salduz* et ses répercussions en droit belge», in *Le rôle de l'avocat dans la phase préliminaire du procès pénal à la lumière de la réforme Salduz*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 49-50), trois arrêts postérieurs à l'arrêt *Salduz* de novembre 2008 nous semblent accréditer la thèse selon laquelle une privation de liberté (ou, à tout le moins une restriction significative à la liberté d'action) serait une condition d'ouverture du droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête préliminaire: les arrêts *Aleksandr Zaichenko c. Russie* du 18 février 2010 (spéc. §§ 47-48), *Begu c. Roumanie* du 15 mars 2011 (spéc. § 140) et *Stojkovic c. France et Belgique* du 27 octobre 2011 (spéc. § 53).

³² Depuis l'arrêt *Brusco c. France* du 14 octobre 2010 (spéc. §§ 45 et 54), il ne paraît en effet plus contesté qu'au sens où l'entend la Cour européenne, la notion d'assistance implique la présence physique de l'avocat aux côtés des suspects lors de leurs interrogatoires.

³³ Etant entendu que tout entretien entre un suspect détenu et la police paraît devoir être considéré comme une audition, sans pouvoir être qualifié de simple discussion informelle à laquelle l'article 6 de la Convention européenne ne s'appliquerait pas (voy. C.E.D.H., arrêt *Titarenko c. Ukraine* du 20 septembre 2012, § 87).

³⁴ C.E.D.H., arrêt *Salduz c. Turquie* (G.C.) du 27 novembre 2008, § 55.

la condamnation suffit à emporter violation du droit au procès équitable³⁵, même dans l'hypothèse où elles auraient été recueillies dans un État étranger³⁶.

Cela étant, dans son arrêt *Saldur*, la Cour ne semblait pas attacher de sanction à l'absence d'assistance d'un avocat comme telle : c'est uniquement du fait de l'utilisation à charge des déclarations faites sans une telle assistance qu'elle avait conclu à une violation de l'article 6 de la Convention. En d'autres termes, elle semblait admettre que le vice initial pouvait être réparé si les déclarations – mal – recueillies n'étaient en aucune façon prises en compte dans la suite de la procédure. Et plusieurs arrêts ultérieurs allaient d'ailleurs conclure à la non-violation de l'article 6 au motif que les déclarations initiales consenties sans assistance d'un avocat avaient été écartées du dossier ou n'avaient pas été utilisées par la suite³⁷.

L'arrêt *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009 est toutefois venu brouiller les cartes en la matière puisque la Cour y a conclu à la violation de l'article 6 alors même que le requérant avait gardé le silence pendant toute la durée de la garde à vue subie sans assistance d'un avocat, ce dont le gouvernement turc tirait argument pour conclure que cette absence d'avocat n'avait eu aucune incidence sur le respect des droits de la défense. Pour la Cour, c'était là une lecture trop étroite du rôle de l'avocat. À son estime, l'accusé privé de sa liberté doit en effet pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat « indépendamment des interrogatoires qu'il subit ». Il en va de l'équité de la procédure qui requiert que l'accusé puisse obtenir « toute la vaste gamme d'interventions » d'un avocat : discussion de l'affaire, organisation de sa défense, recherche de preuves à décharge, préparation des interrogatoires, soutien moral ou encore contrôle de ses conditions de détention (§ 32). Cette jurisprudence, répétée depuis à l'une ou l'autre occasion³⁸, semblait donc emprunter une voie nettement plus

³⁵ Pour une affirmation expresse en ce sens, voy. C.E.D.H., arrêt *Leonid Lazarenko c. Ukraine* du 28 octobre 2010, dans lequel la Cour s'est exprimée comme suit : « It is to be underlined that the extent to which the applicant's initial confession affected his conviction is of *no importance*. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had *some bearing* on the conviction. While not being the sole basis for the applicant's conviction in the present case, the impugned confession undoubtedly influenced it and was relied on by the courts » (§ 57).

³⁶ C.E.D.H., arrêt *Stojkovic c. France et Belgique* du 27 octobre 2011 (spéc. §§ 56-57).

³⁷ En particulier, l'arrêt *Kuralic c. Croatie* du 15 octobre 1999 et l'arrêt *Hovanesian c. Bulgarie* du 21 décembre 2010. Inversement, dans l'affaire *Stojkovic c. France et Belgique* où les aveux initiaux du requérant, faits sans l'assistance d'un avocat, avaient fondé sa mise en examen puis son renvoi devant la cour d'assises, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 6 en soulignant que « ces étapes de la procédure étaient des préalables indispensables à sa comparution, et donc à sa condamnation ». À l'estime de la Cour, le fait que le requérant « ait, par la suite, devant la juridiction de jugement, reconnu l'intégralité des faits », ne pouvait dès lors « suffire à régulariser l'atteinte initialement commise, d'autant qu'il n'était, à ce stade, plus en mesure de contester la validité de l'audition litigieuse » (C.E.D.H., 27 octobre 2011, § 56).

³⁸ Voy., en particulier, l'arrêt *Yesilkaya c. Turquie* du 8 décembre 2009, dans lequel la Cour constate une violation de l'article 6 de la Convention du fait du refus d'accès à l'avocat pendant la garde à vue, alors même que le

radicale consistant à faire de l'absence initiale d'avocat une atteinte irréparable à l'équité de la procédure.

Plus récemment, un arrêt *Zdravko Petrov c. Bulgarie* du 23 juin 2011 a tenté une forme de synthèse entre ces deux orientations jurisprudentielles *a priori* difficilement conciliables³⁹. Le requérant dans cette affaire avait été privé de l'assistance d'un avocat durant les vingt-quatre premières heures de sa privation de liberté. Sa condamnation, toutefois, se fondait exclusivement sur les déclarations qu'il avait consenties dans la suite de la procédure, après avoir reçu l'assistance d'un avocat. La Cour y trouve un motif suffisant de conclure à la non-violation de l'article 6, estimant que l'absence initiale de conseil n'avait pas porté d'atteinte irréversible aux droits de la défense de l'intéressé. Mais elle poursuit en prenant soin de distinguer le cas d'espèce de l'affaire *Dayanan* où c'est pendant toute la période de garde à vue (soit, en l'occurrence, durant plusieurs jours) que le requérant s'était vu priver de l'assistance d'un avocat, ce qui pouvait effectivement avoir eu un sérieux impact sur sa défense (§ 47).

Tout paraît donc dépendre des circonstances du cas d'espèce: si l'accusé a, *de facto*, pu bénéficier de «toute la vaste gamme d'interventions» d'un avocat, parce qu'il a reçu l'assistance d'un défenseur – fût-ce après avoir déjà subi un premier interrogatoire – il suffira d'écarter les déclarations initiales pour rétablir l'équité de la procédure; si, au contraire, c'est de manière plus longue que l'accusé privé de liberté s'est vu refuser l'assistance d'un avocat, et qu'il a, de ce fait, été entravé dans l'exercice de ses droits de défense à un moment crucial de la procédure, il faudra considérer qu'il a été irréversiblement porté atteinte au procès équitable, même en l'absence de toute (utilisation d'une) déclaration auto-incriminante formulée par l'accusé durant cette période.

Section 4

L'utilisation d'éléments de preuve recueillis de manière illégale ou inconventionnelle

La question des répercussions sur l'équité du procès pénal de l'utilisation d'éléments de preuve irrégulièrement recueillis figure assurément parmi les problématiques les plus délicates du droit contemporain de la preuve pénale.

requérant avait, d'un bout à l'autre de la procédure – et y compris donc lors de ses premiers interrogatoires sans avocat – nié toute implication dans les faits qui lui étaient reprochés.

³⁹ Olivier Michiels évoquait, lui aussi, deux grandes tendances se dégageant de la jurisprudence de la Cour européenne quant à la question de la sanction de l'absence d'assistance d'un avocat (« De Salduz à Brusco ou les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme sur la présence de l'avocat », in *Het strafrecht bedreven. Liber amicorum Alain De Nauw*, Brugge, die Keure, 2011, p. 655).

La jurisprudence de la Cour européenne y a apporté une réponse différente selon que l'irrégularité en cause trouve son origine dans une violation du droit interne (sous-section 1) ou de la Convention, en distinguant encore, dans le second cas, selon que c'est l'article 8 (sous-section 2) ou l'article 3 de la Convention (sous-section 3) qui a été méconnu.

Sous-section 1

Les éléments de preuve obtenus en violation du droit interne

C'est dans son arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988 que la Cour européenne des droits de l'homme a, pour la première fois, jugé qu'un procès peut être équitable même si la culpabilité de l'accusé est établie au moyen d'éléments de preuve recueillis en violation de la loi nationale.

Rappelons que dans cette affaire – qui concernait l'enregistrement d'une conversation téléphonique opéré illégalement parce que non ordonné par un juge d'instruction –, la Cour avait conclu à la non-violation de l'article 6 aux motifs qu'il n'y avait pas eu de violation des droits de la défense (celle-ci ayant eu la possibilité de contester l'authenticité de l'enregistrement litigieux⁴⁰), et que l'enregistrement en cause n'avait pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation⁴¹.

Plus récemment, la Cour a eu l'occasion de répéter cette jurisprudence à l'égard de la Belgique, dans son arrêt *Lee Davies* du 28 juillet 2009.

L'affaire concernait, cette fois, des poursuites intentées à la suite de perquisitions illégales, des policiers ayant pénétré sans consentement ni mandat dans un hangar et un bâtiment industriel où ils avaient découvert de grandes quantités de stupéfiants et appréhendé les suspects. Les preuves ainsi recueillies l'avaient certes été en violation de la loi belge du 5 août 1992 sur la fonction de police, mais sans pour autant violer l'article 8 de la Convention, dès lors que les lieux illégalement perquisitionnés ne constituaient pas un «domicile» au sens de cette disposition.

En droit interne, il avait été fait application de la nouvelle jurisprudence dite *Antigoon* de la Cour de cassation⁴², les juges du fond ayant refusé d'écarter les preuves irrégulièrement recueillies qui n'avaient, à leur estime, pas eu

⁴⁰ C.E.D.H., arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, § 47.

⁴¹ *Ibid.*, § 48.

⁴² Pour rappel, cette jurisprudence – inaugurée à l'occasion d'un arrêt du 14 octobre 2003, répétée et affinée par de nombreux arrêts ultérieurs et finalement légalement consacrée à l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale par une loi du 24 octobre 2013 – n'autorise plus l'écartement d'une preuve irrégulière que dans trois hypothèses : en cas de violation d'une règle prescrite à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou lorsque l'usage de la preuve compromettrait le droit à un procès équitable.

d'incidence sur le droit au procès équitable. Et la Cour européenne va, de son côté, valider leur raisonnement, malgré le caractère manifestement décisif des preuves irrégulièrement recueillies pour la condamnation prononcée. À l'estime de la Cour, l'article 6 n'avait pas été violé pour autant, dès lors que «les circonstances dans lesquelles les éléments litigieux [avaient] été recueillis ne [faisaient] aucunement douter de leur fiabilité ou de leur exactitude», et que le respect des droits de la défense du requérant avait été assuré, celui-ci s'étant «vu offrir la possibilité de contester devant trois degrés de juridiction les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation»⁴³.

Sous-section 2

Les éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8 de la Convention

La Cour européenne des droits de l'homme ne se montre à l'évidence pas plus sévère lorsque l'irrégularité commise dans la collecte des preuves a consisté en une violation de l'article 8 de la Convention.

Ici aussi, ce sont les critères du respect des droits de la défense et de la qualité de l'élément de preuve qui paraissent décisifs: dès lors que l'accusé s'était vu offrir la possibilité de contester la façon dont les éléments litigieux avaient été recueillis et utilisés et qu'il n'y avait pas de raison de douter de la fiabilité ou de l'exactitude de ceux-ci, la Cour a accepté – à diverses reprises⁴⁴ – de considérer comme «équitable» au sens de l'article 6 de la Convention un procès pénal dans le cadre duquel la culpabilité de l'intéressé avait été établie au moyen de preuves recueillies au mépris de l'article 8.

Cette jurisprudence a pourtant suscité de fortes réticences jusqu'au sein même de la Cour européenne, ainsi qu'en attestent les opinions dissidentes dont sont assortis certains des arrêts rendus. Celles-ci sont, pour l'essentiel, basées sur deux ordres d'arguments:

- la Convention doit s'interpréter comme un tout cohérent⁴⁵, et l'on ne saurait dès lors admettre que ce qui est interdit sous une disposition puisse être admis sous une autre, et qu'une violation de l'article 8 puisse être considérée comme «équitable» au regard de l'article 6⁴⁶;

⁴³ C.E.D.H., arrêt *Lee Davids c. Belgique* du 28 juillet 2009, § 53.

⁴⁴ C.E.D.H., arrêts *Khan c. Royaume-Uni* du 12 mai 2000, P.G. et J.H. c. *Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, *Heglas c. République tchèque* du 1^{er} mars 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2) du 26 avril 2007, *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009.

⁴⁵ Voy., en ce sens, l'opinion en partie dissidente du juge SPIELMANN sous l'arrêt *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009, à laquelle se sont ralliés les juges ROZAKIS, TULKENS, CASADEVALL et MIJOVIC.

⁴⁶ A fortiori si les éléments recueillis en violation de l'article 8 constituent la seule preuve à charge de l'accusé. Dans son opinion en partie dissidente sous l'arrêt *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009, le juge COSTA semble

exclure du procès pénal les preuves recueillies au mépris du droit au respect de la vie privée est la seule manière de garantir l'effectivité de l'article 8⁴⁷; l'on ne voit guère, sans cela, «comment il sera possible de dissuader efficacement la police d'adopter derechef une conduite illícite»⁴⁸.

Sous-section 3

Les éléments de preuve obtenus en violation de l'article 3 de la Convention

La Cour européenne est par contre bien plus intransigeante en présence d'éléments de preuve obtenus au moyen d'une mesure jugée contraire à l'article 3, s'agissant d'une disposition qui fait partie du «noyau dur» de la Convention et ne supporte pas de dérogation, même dans les hypothèses couvertes par l'article 15.

En la matière, la jurisprudence de la Cour s'articule autour d'une double distinction: la nature du mauvais traitement infligé (torture *versus* traitement inhumain et dégradant⁴⁹) et le type de preuves en cause (déclarations *versus* preuves matérielles). Si l'on croise ces deux critères de distinction, les enseignements de sa jurisprudence peuvent être synthétisés comme suit.

- 1° Il y a nécessairement violation de l'article 6 de la Convention s'il est fait usage au procès de *déclarations* obtenues en violation de l'article 3⁵⁰, peu importe que les agissements en cause soient constitutifs de *torture*⁵¹ ou «simplement» de *traitements inhumains ou dégradants*⁵². En pareille hypothèse, l'exclusion s'impose donc, et ce, même si la personne à laquelle les

ainsi défendre l'idée qu'il doit en tout cas y avoir violation de l'article 6 si la preuve obtenue au mépris de l'article 8 joue un rôle décisif dans la condamnation.

⁴⁷ Voy., en ce sens, l'opinion dissidente de la juge TULKENS sous l'arrêt *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, ainsi que l'opinion en partie dissidente du juge SPIELMANN sous l'arrêt *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009, à laquelle se sont ralliés les juges ROZAKIS, TULKENS, CASADEVALL et MUJOVIC.

⁴⁸ Opinion dissidente du juge LOUCAIDES sous l'arrêt *Khan c. Royaume-Uni* du 12 mai 2000.

⁴⁹ Pour consacré qu'il soit par la jurisprudence de la Cour européenne (en particulier ses arrêts de Grande Chambre *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006 et *Gäfgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010), ce premier critère nous paraît difficilement compatible avec le texte de la Convention, dès lors qu'il introduit une différenciation entre les catégories de traitements prohibés par l'article 3, alors que la Convention confère un caractère absolu et inderogable à l'ensemble de l'article 3, sans distinguer en fonction de la qualification du traitement incriminé.

⁵⁰ C.E.D.H., arrêt *Gäfgen c. Allemagne* (G.C.) du 1^{er} juin 2010, § 166.

⁵¹ Pour une application, voy. C.E.D.H., arrêt *Haroutyunian c. Arménie* du 28 juin 2007, § 66.

⁵² Pour une application, voy. C.E.D.H., arrêt *Söylemez c. Turquie* du 21 septembre 2006, § 122.

déclarations ont été extorquées en violation de l'article 3 est une autre personne que l'accusé⁵³.

- 2° Il y a aussi automatiquement violation de l'article 6 en cas d'utilisation au procès de *preuves matérielles* recueillies au moyen d'actes qualifiables de *torture*⁵⁴.
- 3° S'agissant de l'utilisation de *preuves matérielles* recueillies au moyen d'actes qualifiés d'*inhumains ou dégradants*, la position de la Cour est par contre plus équivoque: la Cour a été confrontée à cette dernière hypothèse à deux reprises, mais les enseignements des deux arrêts de Grande Chambre qu'elle a rendus en la matière restent assez flous.

La première affaire (*Jalloh c. Allemagne*) portait sur une procédure dans le cadre de laquelle la police allemande avait administré de force un émétique à un suspect en vue de lui faire régurgiter un sachet qu'il avait avalé au moment de son arrestation et dont on soupçonnait qu'il contenait de la drogue. Ce traitement fut considéré comme inhumain et dégradant par la Cour, qui a également conclu, dans la foulée, à une violation de l'article 6 de la Convention. La Cour va toutefois refuser de trancher *en termes généraux* la question de savoir si l'usage de preuves matérielles obtenues par traitements inhumains ou dégradants compromet *automatiquement* le caractère équitable du procès. Si elle conclut malgré tout à une violation de l'article 6 de la Convention en l'espèce, c'est uniquement sur la base des spécificités de l'affaire, deux circonstances paraissant avoir été déterminantes à cet égard: le fait que les stupéfiants recueillis grâce à la mesure litigieuse avaient été l'élément décisif de la condamnation du requérant, et le fait que l'infraction en cause n'était pas d'une gravité particulière (la mesure ayant visé un trafiquant de rue qui revendait de la drogue en relativement petites quantités)⁵⁵.

La seconde affaire (*Güfgen c. Allemagne*), bien plus effroyable, concernait l'enlèvement et le meurtre d'un jeune garçon de onze ans, pour lesquels le requérant avait été condamné à la réclusion à perpétuité. Devant la Cour européenne, il se plaignait d'une violation tant de l'article 3 que de l'article 6 de la Convention, au motif qu'il avait été soumis par la police allemande à la menace de graves sévices, à la suite de quoi il était passé aux aveux et avait accepté de

⁵³ C.F.D.H., arrêt *El Haski c. Belgique* du 25 septembre 2012, § 85. Dans ce même arrêt, la Cour a précisé qu'en présence de déclarations recueillies dans un État tiers dont le système judiciaire n'offre pas de garanties réelles d'examen indépendant, impartial et sérieux des allégations de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, il suffit, pour que l'intéressé puisse se prévaloir de la règle d'exclusion sous couvert de l'article 6 de la Convention, qu'il démontre qu'il y a un « risque réel » que la déclaration litigieuse a été obtenue au moyen de traitements contraires à l'article 3 (*idem*, § 88).

⁵⁴ C.E.D.H., arrêts *Jalloh c. Allemagne* (G.C.) du 11 juillet 2006, § 105 et *Güfgen c. Allemagne* (G.C.) du 1^{er} juin 2010, § 166.

⁵⁵ C.F.D.H., arrêt *Jalloh c. Allemagne* (G.C.) du 11 juillet 2006, § 107.

conduire les enquêteurs jusqu'à la dépouille de l'enfant. Les juridictions nationales avaient, par la suite, expressément reconnu que les menaces subies par le requérant l'avaient été en violation de l'article 3 de la Convention. Seuls ses aveux furent toutefois exclus en qualité de preuves par la juridiction de jugement, laquelle refusa, par contre, d'exclure également les éléments matériels que ces aveux avaient permis de récolter (notamment la découverte du corps de l'enfant et les résultats de l'autopsie), considérant qu'une telle exclusion serait disproportionnée dans les circonstances du cas d'espèce, la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux de l'accusé (*menacé* de violences physiques) ne faisant pas le poids face à la gravité de l'infraction qui lui était reprochée et qu'il fallait instruire (à savoir le meurtre *effectif* d'un enfant). Après avoir été informé tout à la fois de l'exclusion de ses déclarations antérieures et du refus d'écarter les preuves matérielles que ces déclarations avaient permis de recueillir, le requérant avait réitéré des aveux au procès et c'est ceux-ci qui constituèrent le fondement principal de sa condamnation, même si les éléments litigieux furent également pris en compte, parmi d'autres éléments de preuve, pour établir la véracité de ces aveux.

Ainsi confrontée une nouvelle fois à une question du même type que dans l'affaire *Jalloh*⁵⁶, la Grande Chambre de la Cour va, dans son arrêt du 1^{er} juin 2010, se montrer à la fois plus stricte et plus ambiguë.

Elle commence par affirmer que même si, contrairement à l'article 3 de la Convention, l'article 6 ne consacre pas un droit absolu, il n'en reste pas moins que l'admission, dans le contexte de l'article 6, de preuves recueillies au moyen d'une conduite prohibée par l'article 3 pourrait inciter les représentants de la loi à recourir à de telles méthodes malgré cette interdiction absolue. Et la Cour d'en déduire que « la répression de l'emploi de méthodes d'enquête transgressant l'article 3 et la protection effective des individus contre de telles méthodes peuvent donc elles aussi exiger en principe *d'exclure l'utilisation* au procès des preuves matérielles rassemblées au moyen d'une violation de l'article 3 » (§ 178)⁵⁷.

Immédiatement après avoir proclamé ce principe, la Cour y apporte toutefois une exception en ajoutant que l'équité d'un procès pénal ne saurait être

⁵⁶ Dans cette deuxième affaire, le problème se posait toutefois en des termes quelque peu différents de l'affaire *Jalloh* puisque ce qui était en cause, c'était l'utilisation de preuves matérielles obtenues non pas *directement* au moyen d'un traitement inhumain, mais bien *indirectement*, en tant que *suite médiate* de celui-ci. La question posée était donc en substance celle de l'application de la théorie dite des « fruits de l'arbre empoisonné ».

⁵⁷ « Même si – ajoute la Cour – ces preuves ont un lien plus ténu avec la violation de l'article 3 que celles extorquées directement grâce à une violation de cet article ». À notre estime, cette précision fait référence à la différence, évoquée dans la note précédente, entre les affaires *Gäfgen* et *Jalloh*: l'exclusion de principe doit valoir non pas seulement pour les preuves matérielles résultant directement de la violation de l'article 3, mais aussi pour les « fruits de l'arbre empoisonné ».

en jeu que s'il est démontré que «la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusé, autrement dit a eu un *impact* sur le verdict de culpabilité ou la peine» (même §, *in fine*). Or, tel n'aurait pas été le cas en l'espèce, dans la mesure où les tribunaux internes fondèrent la condamnation du requérant sur les nouveaux aveux qu'il avait formulés au procès, sans recourir comme preuves nécessaires de culpabilité aux éléments matériels litigieux. «On peut donc dire», poursuit la Cour, «que la *chaîne de causalité* entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses» (§ 180). En somme, la condamnation du requérant serait équitable parce qu'elle se fonderait sur des aveux librement formulés à son procès, et non sur les preuves matérielles obtenues en violation de l'article 3 qui, bien que non écartées devant la juridiction de jugement, n'auraient eu aucune incidence sur l'issue de la procédure.

Cette théorie de la «rupture de la chaîne de causalité» que la Cour a consacrée à l'occasion de l'affaire *Gäfgen* nous paraît extrêmement formaliste, si pas spécieuse: le plus souvent, en effet (et très certainement dans l'affaire *Gäfgen*), l'accusé qui formule de (nouveaux) aveux après avoir vainement tenté d'obtenir l'écartement d'éléments de preuve litigieux ne le fait que parce que c'est la dernière stratégie de défense qui lui reste. Et la Cour n'est généralement pas dupe, refusant de considérer que des aveux subséquents peuvent «réparer» ou «blanchir» une atteinte initiale à la Convention⁵⁸.

Loin d'être une règle de principe qui devrait trouver à s'appliquer aussi en cas de violation d'autres dispositions de la Convention⁵⁹, il nous semble au contraire qu'il faut y voir un artifice juridique inventé par la Cour pour tenter de valider la procédure suivie en droit interne dans une affaire extrêmement sensible. Nous en voulons pour preuve le fait que la Cour n'a plus jamais eu recours à cette théorie de la rupture de chaîne de causalité depuis lors, alors même qu'elle aurait eu l'occasion de l'appliquer dans d'autres affaires. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Stojkovic c. France et Belgique*, la Cour a expressément considéré que le fait que le requérant, qui avait vainement tenté de faire écarter ses déclarations initiales, recueillies sans l'assistance d'un avocat, ait par la suite reconnu l'intégralité des faits devant la juridiction de jugement ne pouvait suf-

⁵⁸ Ainsi par exemple, dans son arrêt *Ramanauskas* prononcé quelque deux ans avant l'arrêt *Gäfgen*, la Cour avait expressément exclu que l'aveu d'avoir commis une infraction à laquelle on a été provoqué puisse faire disparaître la provocation ou les effets de celle-ci (C.E.D.H., arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* (G.C.) du 5 février 2008, § 72).

⁵⁹ Comme le défendent notamment O. MICHIELS et A. JACOBS («Les implications de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur les preuves. La jurisprudence *Saldutis* et l'arrêt *Gäfgen*», J.T., 2011, pp. 153 et s., spéc. pp. 158-159).

fire à régulariser l'atteinte initialement portée à l'article 6 de la Convention⁶⁰. Paradoxalement donc, alors qu'elle avait, un an plus tôt, déduit des nouveaux aveux de l'intéressé une rupture de la chaîne de causalité en présence d'une violation de l'article 3, la Cour n'a pas admis la même rupture de causalité lorsqu'il était en cause une violation de l'article 6 (qui ne consacre pourtant pas, quant à lui, un droit absolu)⁶¹.

Section 5

Le droit d'(de faire) interroger les témoins à charge

L'article 6, § 3, d), de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit à tout accusé le droit «d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge», commande, en principe, d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante, non seulement de contester un témoignage à charge, mais aussi d'être confronté, à un moment ou un autre de la procédure, aux témoins qui l'accusent.

Cette exigence vaut pour tous les témoins, au sens large et autonome que la Cour donne à cette notion⁶², et dans tous les types d'affaires, en ce compris les plus délicates. Nous verrons que l'approche de la Cour présente toutefois certaines spécificités lorsque le témoin est resté anonyme, ainsi que dans les affaires de mœurs.

Sous-section 1

Généralités – Le témoin «absent»⁶³

Si l'article 6 de la Convention garantit à tout accusé le droit d'être confronté aux témoins qui l'accusent, ce droit n'est toutefois pas absolu. Classiquement, la Cour européenne admettait qu'un témoignage puisse, dans une certaine mesure, contribuer à forger la conviction du juge, alors même que l'accusé ne s'était pas vu offrir d'occasion suffisante et adéquate d'en interroger l'auteur, pour autant qu'il fût satisfait à deux conditions cumulatives: le défaut

⁶⁰ C.E.D.H., arrêt *Stojkovic c. France et Belgique* du 27 octobre 2011, § 56.

⁶¹ Dans le même sens, voy. A. WEYEMBERGH, « Vers une approche maximaliste du droit à l'assistance d'un avocat », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 165.

⁶² Rappelons que la signification que la Cour européenne donne à la notion de témoin est susceptible de s'écarter des qualifications adoptées en droit interne: même si elle ne dépose pas en personne à la barre, sera considérée comme témoin toute personne dont les dires sont pris en compte par le juge du fond (voy. notamment, pour des rappels récents du principe, C.E.D.H., arrêts *Vojigov c. Russie* du 26 avril 2007, § 52 et *Z. c. Lettonie* du 24 janvier 2008, § 95).

⁶³ Par témoin «absent», il faut entendre ici celui qui ne témoigne pas de façon contradictoire à l'audience et auquel l'accusé n'a jamais pu être confronté.

de confrontation avec le témoin devait être justifié par un motif sérieux et la condamnation ne devait pas être fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur ses dépositions.

Depuis son arrêt de Grande Chambre *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* du 15 décembre 2011, la Cour a toutefois sensiblement infléchi cette jurisprudence antérieure: la première exigence a été maintenue, mais la seconde en est ressortie fortement atténuée. À l'estime de la Cour, la règle de la «preuve unique ou déterminante» ne peut en effet pas (ou plus) être considérée comme une règle absolue, dont le non-respect rendrait automatiquement le procès inéquitable et emporterait nécessairement violation de l'article 6.

Rappelant qu'elle a pour habitude d'apprécier plutôt l'équité globale de la procédure (§§ 145-146), la Cour considère que, lorsqu'elle est confrontée à la déposition d'un témoin absent constituant l'élément à charge unique ou déterminant, elle doit «soumettre la procédure à l'examen le plus rigoureux» et vérifier en particulier «s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci» (§ 147).

En réalité, ce sont donc désormais non plus deux mais trois questions qu'il faut successivement se poser en présence de déclarations recueillies d'un témoin à charge que la défense n'a pas pu interroger.

1° *L'impossibilité faite à la défense d'interroger le témoin était-elle justifiée par un motif sérieux?*

À défaut de motif valable, un constat de violation de l'article 6 s'imposera, indépendamment du poids de la déposition litigieuse⁶⁴.

Cela étant, la Cour est disposée à admettre différents types de motifs pour justifier qu'un témoin ne soit pas contre-interrogé par la défense. Cela pourrait être:

- l'impossibilité de localiser le témoin (pour autant que les autorités aient fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour retrouver le témoin concerné et assurer sa présence à la barre⁶⁵);
- le décès de celui-ci⁶⁶;
- la peur du témoin qui craint des représailles (à condition que le juge s'assure que cette peur est fondée sur des motifs objectifs, reposant sur

⁶⁴ C.E.D.H., arrêts *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* (G.C.) du 15 décembre 2011, § 120, *Karpenko c. Russie* du 13 mars 2012, § 76 et *Tseher c. République tchèque* du 22 novembre 2012, § 45.

⁶⁵ C.E.D.H., arrêt *Tseher c. République tchèque* du 22 novembre 2012, §§ 48-49 (et la jurisprudence y citée).

⁶⁶ C.E.D.H., arrêt *Al Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* (G.C.) du 15 décembre 2011, § 121.

- des éléments concrets⁶⁷) ou son impossibilité à subir un contre-interrogatoire à la suite d'un stress post-traumatique médicalement établi⁶⁸;
- le choix du témoin, par ailleurs accusé en matière pénale, de se prévaloir de son droit au silence⁶⁹;
- le souci d'éviter aux membres de la famille d'un accusé un cas de conscience en les dispensant de témoigner à l'audience⁷⁰.

2° *Le témoignage en cause a-t-il constitué la preuve à charge unique ou déterminante?*

Si le témoignage en cause n'est pas le seul élément à charge et n'a pas davantage revêtu de caractère déterminant, la Cour pourrait conclure à la non-violation de l'article 6 sans avoir besoin d'aller plus loin⁷¹.

Reste à savoir ce que la Cour entend par preuve «déterminante». Elle a eu l'occasion de s'en expliquer dans son arrêt de Grande Chambre *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* du 15 décembre 2011, précisant à ce propos que «déterminante» est plus fort que «probante», «c'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'il soit constant que, sans la preuve, la probabilité d'une condamnation reculerait au profit de la probabilité d'un acquittement». À l'estime de la Cour, le mot «déterminante» doit être pris dans un sens étroit, comme désignant «une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la décision sur l'affaire». Et la Cour d'ajouter que «si la déposition d'un témoin n'ayant pas comparu au procès est corroborée par d'autres éléments, l'appréciation de son caractère déterminant dépendra de la force probante de ces autres éléments: plus elle sera importante, moins la déposition du témoin absent sera susceptible d'être considérée comme déterminante» (§ 131).

Cela dit – et c'est bien là que se situe la nouveauté introduite par l'arrêt *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* –, s'il apparaît que la déposition en cause était bien la preuve à charge unique ou déterminante, cette seule circonstance ne suffit désormais plus à emporter violation de l'article 6. Tout au plus justifiera-t-elle de passer à la troisième et dernière question.

3° *L'admission de ce témoignage a-t-elle été contrebalancée par des éléments suffisants pour assurer l'équité de la procédure examinée dans son ensemble?*

En présence d'éléments «suffisamment compensateurs» des inconvénients liés à l'admission de la déposition d'un témoin absent constituant l'élément à charge unique ou déterminant, il n'y aura pas violation de l'article 6,

⁶⁷ *Ibid.*, § 124.

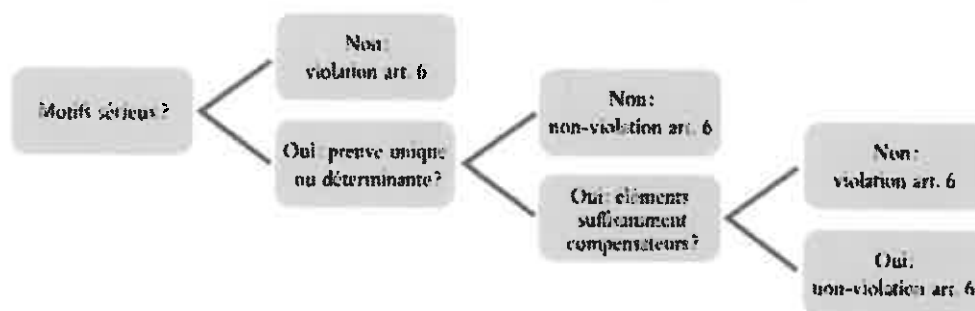
⁶⁸ C.E.D.H., arrêt *Gani c. Espagne* du 19 février 2013, § 45.

⁶⁹ C.E.D.H., arrêt *Vidgen c. Pays-Bas* du 10 juillet 2012, § 42.

⁷⁰ C.E.D.H., arrêt *Hummer c. Allemagne* du 19 juillet 2012, § 41.

⁷¹ Pour une application, voy. C.E.D.H., arrêt *Alatytsina c. Russie* du 27 mars 2014, § 164.

tandis que dans la négative, le constat de violation s'imposera. Présenté sous forme d'arborescence, le raisonnement de la Cour est donc le suivant:



La Cour n'a encore jamais, jusqu'ici, procédé à une énumération de ce que pourraient être ces éléments compensateurs. Mais le fait que la fiabilité de la déposition litigieuse ait pu être confirmée par d'autres preuves indirectes est assurément un élément de poids en la matière⁷².

Sous-section 2

Le témoignage anonyme

La jurisprudence de Grande Chambre développée à l'occasion de l'arrêt *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* est manifestement applicable également à l'audition de témoins anonymes.

Comme la Cour l'a relevé, dans cet arrêt même (§ 127), «si les problèmes que soulèvent d'une part les dépositions de témoins anonymes et d'autre part celles de témoins absents ne sont pas identiques, les deux situations ne diffèrent pas dans le principe, dès lors que les unes comme les autres dépositions risquent de désavantager l'accusé», la règle étant que «dans un procès pénal, l'accusé doit avoir une possibilité réelle de contester les allégations dont il fait l'objet».

À l'instar du témoignage d'une personne dont l'accusé connaît l'identité mais qu'il n'a pas pu faire interroger en sa présence, la déposition d'un témoin anonyme supposera donc de se poser successivement trois questions, relatives respectivement aux motifs justifiant l'anonymat, au poids du témoignage en question et à l'existence d'éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve⁷³.

⁷² C.E.D.H., arrêts *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* (G.C.) du 15 décembre 2011, § 156, *Gani c. Espagne* du 19 février 2013, § 48 et *Schatschaschwili c. Allemagne* du 17 avril 2014, § 77.

⁷³ C.E.D.H., déc. *Ellis, Simms et Martin c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012 (req. 46099/06 et 46699/06), §§ 76-78 et arrêt *Pesukic c. Suisse* du 6 décembre 2012, § 45.

En ce qui concerne la première question, c'est bien évidemment la crainte de représailles qui sera le plus souvent invoquée pour justifier le maintien de l'anonymat. Il s'agit d'un motif classiquement admis par la Cour, pour autant que l'appréciation de la menace ne soit pas déraisonnable⁷⁴.

Le caractère potentiellement déterminant du témoignage anonyme sera, quant à lui, apprécié comme celui de tout autre témoignage.

Par contre, s'agissant de la troisième et dernière question, celle de l'existence d'éléments compensateurs suffisants pour permettre d'assurer l'équité globale de la procédure, il semble bien que l'approche de la Cour présente certaines spécificités en matière de témoignage anonyme. L'anonymat de témoins confronte en effet la défense à des difficultés particulièrement lourdes – le fait pour l'accusé de ne pas connaître l'identité de ses accusateurs l'empêchant le plus souvent de contester leur probité et leur crédibilité – et la Cour va donc également exiger des garanties procédurales particulièrement solides.

Par le passé, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser diverses exigences en la matière. Rappelons que la Cour requiert à tout le moins que le témoin anonyme soit entendu par un juge indépendant et impartial qui connaît son identité et qui pourra porter une appréciation nuancée tant sur les raisons pour lesquelles le témoin veut conserver l'anonymat que sur sa fiabilité⁷⁵. Il convient, par ailleurs, que la défense reçoive une occasion suffisante de participer à cette audition et d'interroger directement le témoin, au besoin à distance, à travers une connexion sonore⁷⁶.

Sous-section 3

La victime d'abus sexuels

Le droit d'interroger les témoins à charge est apprécié de façon spécifique par la Cour dans les procédures pénales portant sur des infractions à caractère

⁷⁴ C.E.D.H., arrêt *Pesukic c. Suisse* du 6 décembre 2012, § 46.

⁷⁵ Voy., *a contrario*, l'arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989 (dans lequel étaient en cause deux témoins anonymes, l'un qui avait été entendu par un juge d'instruction, mais sans que ce dernier ne connaisse son identité, et l'autre qui avait été entendu seulement par la police), ainsi que l'arrêt *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990 (dans lequel les deux femmes restées anonymes n'avaient été entendues que par la police) ou l'arrêt *Biutis et autres c. Lituanie* du 28 mars 2002 (où les déclarations des témoins anonymes avaient été recueillies par le parquet).

⁷⁶ Le lecteur se souviendra sans doute qu'une telle procédure avait été censurée par la Cour dans son arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997 (la Cour ayant jugé que cette façon de faire privait la défense « de la possibilité d'observer les réactions des témoins à des questions directes, ce qui lui eût permis de contrôler leur fiabilité » – § 59). Mais elle a depuis lors été validée à plusieurs reprises, en particulier dans une affaire *Kok c. Pays-Bas* (déc. du 4 juillet 2000, req. 43149/98) et, plus récemment, dans son arrêt *Pesukic c. Suisse* du 6 décembre 2012 (dans lequel la Cour a souligné – § 47 – que le constat de violation dans l'affaire *Van Mechelen* s'expliquait surtout par le fait que l'octroi de l'anonymat aux officiers de police n'avait pas été suffisamment justifié).

sexuel. À l'estime de la Cour, ces procédures présentent en effet des particularités dont il convient de tenir compte: elles sont bien souvent vécues comme une épreuve par la victime, en particulier lorsque celle-ci est confrontée contre son gré à l'accusé, et ces aspects prennent plus de relief encore dans les affaires impliquant des mineurs. Par conséquent, la Cour admet que dans le cadre de procédures pénales se rapportant à des violences sexuelles, certaines mesures soient prises aux fins de protéger la victime, pourvu que ces mesures puissent être conciliées avec un exercice adéquat et effectif des droits de la défense⁷⁷.

De la jurisprudence la plus récente de la Cour, il ressort que les étapes du raisonnement établi dans l'arrêt de Grande Chambre *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* sont applicables en cette matière également⁷⁸, étant entendu que, s'agissant de la première question (motif sérieux justifiant que le témoin ne soit pas confronté à l'accusé), le souci de protéger les victimes d'infractions sexuelles paraît être une raison valable en soi⁷⁹ et que, le plus souvent, le témoignage de la victime en question apparaîtra décisif.

Reste alors à déterminer ce que devraient être les éléments compensateurs en la matière. En l'occurrence, trois exigences minimales paraissent se dégager de la jurisprudence récente de la Cour qui requiert, à tout le moins, 1^o que l'accusé ait été informé de l'audition de la victime, 2^o qu'il ait reçu la possibilité d'observer son déroulement, soit en temps réel, soit ultérieurement grâce à un enregistrement audiovisuel, et 3^o qu'il ait pu soumettre des questions à la victime, directement ou indirectement, lors de la première audition ou ultérieurement⁸⁰.

Conclusion

Même si elle considère que la recevabilité des preuves est une question qui relève au premier chef du droit interne, la Cour européenne des droits de l'homme n'en a pas moins tracé un certain nombre de limites en cette matière. Mais celles-ci évoluent avec le temps et continueront assurément d'évoluer encore.

Parmi les développements majeurs de ces dernières années, certains méritent d'être salués. Nous songeons en particulier au développement, par la Cour, d'un contrôle non plus seulement substantiel mais également procé-

⁷⁷ Voy, notamment, C.E.D.H., arrêts *A.H. c. Finlande* du 10 mai 2007, § 42, *D. c. Finlande* du 7 juillet 2009, § 43 et *Aigner c. Autriche* du 10 mai 2012, § 37.

⁷⁸ C.E.D.H., arrêts *Vronchenko c. Estonie* du 18 juillet 2013, § 57 et *Rosin c. Estonie* du 19 décembre 2013, § 54.

⁷⁹ C.E.D.H., arrêts *Vronchenko c. Estonie* du 18 juillet 2013, § 58 et *Rosin c. Estonie* du 19 décembre 2013, § 55.

⁸⁰ C.E.D.H., arrêt *A.S. c. Finlande* du 28 septembre 2010, § 56.

daral en matière de provocation policière⁸¹, et au renforcement des garanties en matière d'accès à l'avocat dès les premières auditions d'un accusé privé de liberté⁸².

Nombre d'évolutions, par contre, vont dans le sens d'un assouplissement, parfois considérable, des exigences du procès équitable: la Cour ne considère par exemple plus que le droit au silence soit nécessairement méconnu lorsque des déclarations ont été obtenues d'un accusé sous la menace d'une sanction⁸³ ou à l'intervention d'un tiers de mêche avec la police⁸⁴, ni que l'article 6 soit systématiquement violé lorsque les déclarations d'un témoin auquel l'accusé n'a pas été confronté revêtent un caractère déterminant⁸⁵ ou que l'on a admis, au procès, des éléments de preuve résultant de traitements inhumains et dégradants⁸⁶.

Cette souplesse renforcée est malheureusement porteuse d'insécurité juridique: en préférant aux principes clairs et tranchés, une appréciation «holistique» de l'équité de la procédure, la Cour renforce une certaine imprévisibilité du droit, l'équité «globale» de la procédure restant une notion aux contours fort indéterminés et dont l'appréciation finale est souvent difficile à pronostiquer...

⁸¹ Pour un rappel des principes, voy. C.E.D.H., arrêt *Ramanauskas c. Lituanie* (G.C.) du 5 février 2008.

⁸² C.E.D.H., arrêt *Saldutz c. Turquie* (G.C.) du 27 novembre 2008.

⁸³ C.E.D.H., arrêt *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* (G.C.) du 29 juin 2007.

⁸⁴ C.E.D.H., arrêt *Bykov c. Russie* (G.C.) du 10 mars 2009.

⁸⁵ C.E.D.H., arrêt *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni* (G.C.) du 15 décembre 2011.

⁸⁶ C.E.D.H., arrêt *Gafgen c. Allemagne* (G.C.) du 1^{er} juin 2010.