

LA RECEVABILITÉ DES PREUVES EN MATIÈRE PÉNALE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PAR

Marie-Aude BEERNAERT,

*Chargée de cours à l'Université catholique
de Louvain*

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 interne (1).

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» (2).

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 par la Cour européenne au fur et à mesure du développement de sa jurisprudence.

De cette jurisprudence, il ressort que doivent être écartées comme contraires à l'exigence d'équité du procès pénal, les preuves recueillies à la suite d'une provocation policière (I) ou en violation du droit au silence de l'accusé (II). De même, ce n'est qu'à des conditions très strictes que pourraient être admises au titre de preuves

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

(2) Voy. notamment, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, §39, *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990, §25, *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, §50, et, plus récemment, *Mayali c. France* du 14 juin 2005, §31, et *Zentar c. France* du 13 avril 2006, §26.

les déclarations de «repentis» (III). Plus délicate, par contre, est la question de l'admissibilité de la preuve obtenue illégalement (IV).

Le respect du contradictoire – qui constitue l'une des facettes du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, §1^{er} de la Convention – suppose, par ailleurs, que la personne qui se retrouve accusée en matière pénale reçoive la possibilité de contester effectivement les éléments de preuve essentiels. En ce qui concerne les déclarations de témoins, cette exigence est traduite de manière spécifique au point d) du paragraphe 3 de l'article 6 qui garantit à tout accusé le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge (V), et d'obtenir la convocation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge (VI). Mais la même exigence de contradiction effective s'impose aussi s'agissant des expertises (VII). Et elle implique, par ailleurs, de manière générale, une obligation de divulgation de tous les éléments de preuve pertinents (VIII).

I. – L'interdit de la provocation policière

De la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il ressort clairement que l'exigence générale d'équité des procédures pénales consacrée par l'article 6 de la Convention ne peut pas se concilier avec l'utilisation d'éléments de preuve recueillis à la suite d'une provocation policière (3). La Cour conclut dès lors à une violation de l'article 6 lorsqu'elle constate que l'activité de policiers infiltrés (4) a eu pour effet d'inciter l'accusé à commettre l'infraction qui lui est reprochée, rien n'indiquant que, sans leur intervention, celle-ci aurait été perpétrée (5).

(3) Voy., en ce sens, les arrêts *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, §36, et *Edward et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003, §49.

(4) Même dans l'hypothèse d'éléments de preuve recueillies à la suite d'un guet-apens «privé», monté non par des fonctionnaires de police mais par un simple particulier n'agissant pas pour le compte de l'Etat, la Cour «n'exclut pas que l'admission de preuves ainsi obtenues peut, dans certains cas, rendre la procédure inéquitable au regard de l'article 6 de la Convention» (voy., en ce sens, la décision d'irrecevabilité du 6 avril 2004 en cause de *Shannon c. Royaume-Uni*, req. 67537/01; le requérant en cette affaire était un acteur britannique condamné pour avoir fourni de la drogue à un journaliste qui l'avait piégé en se faisant passer pour un cheikh désireux d'obtenir de la cocaïne; en l'occurrence les juridictions internes estimèrent – sans que la Cour ne voie aucune raison de remettre en cause cette appréciation – que le requérant n'avait pas été frauduleusement poussé à commettre l'infraction mais qu'il avait délibérément proposé et accepté de fournir de la drogue, sans avoir été soumis à aucune pression).

(5) Arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, §39; arrêt *Vanyan c. Russie* du 15 décembre 2005, §49.

A contrario, et même si elle doit être « circonscrite et entourée de garanties » (6), la « simple » intervention d'un agent infiltré n'empêche pas privation d'un procès équitable, dès lors qu'elle n'a pas eu pour effet de provoquer la commission de l'infraction (7).

A l'estime de la Cour, un élément de nature à conférer à une opération déterminée le caractère d'une « infiltration » plutôt que celui d'une « provocation », tient dans l'existence préalable de « bonnes raisons de soupçonner » l'accusé de se livrer ou vouloir se livrer aux infractions en cause (8). Ces suspicions préexistantes doivent « reposer sur des éléments concrets, montrant un commencement de réalisation des faits constitutifs de l'infraction pour laquelle l'accusé est ensuite poursuivi » (9).

II. – Le droit au silence

Contrairement à l'article 14, §3, g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantit formellement à toute personne accusée d'une infraction pénale le droit de ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne consacre pas expressément un tel droit au silence.

(6) A notre connaissance, la Cour n'a jamais précisé en quoi devraient consister ces garanties. Un élément auquel elle semble accorder un certain poids, toutefois, est le fait que les policiers en cause agissaient dans le cadre d'une enquête préliminaire ordonnée par le parquet et sous le contrôle de celui-ci (voy., en ce sens, la décision d'irrecevabilité du 7 septembre 2004 en cause de *Eurofinacom c. France*, req. 58753/00).

(7) Voy., en ce sens, l'arrêt *Ludi c. Suisse* du 15 juin 1992 (dans cette affaire, la Cour a estimé que l'activité de l'officier de police agissant sous une fausse identité n'avait pas dépassé celle d'un agent infiltré, mais elle a malgré tout conclu à une violation de l'article 6, §1^{er}, combiné avec l'article 6, §3, d), dans la mesure où ni l'accusé ni son conseil n'avaient reçu, à aucun moment de la procédure, la possibilité d'interroger l'agent infiltré), ainsi que les décisions d'irrecevabilité en cause de *Calabro c. Italie et Allemagne* (décision du 21 mars 2002, req. 59895/00), *Sequeira c. Portugal* (décision du 6 mai 2003, req. 73557/01) et *Eurofinacom c. France* (décision du 7 septembre 2004, req. 58753/00).

(8) Arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, §38 et décision d'irrecevabilité du 6 mai 2003 en cause de *Sequeira c. Portugal* (req. 73557/01).

(9) Décision d'irrecevabilité du 7 septembre 2004 en cause de *Eurofinacom c. France* (req. 58753/00). Tout récemment, la Cour a aussi conclu à une violation de l'article 6, §1^{er}, au motif qu'alors même que la juridiction interne saisie avait des raisons de croire à une provocation policière, elle s'était abstenue d'analyser les éléments de fait et de droit pertinents qui lui auraient permis de distinguer entre provocation et forme légitime d'investigation policière (voy., en ce sens, l'arrêt *Khudobin c. Russie* du 26 octobre 2006).

En 1992, dans une affaire *K. c. Autriche*, la Commission a toutefois jugé qu'il s'agissait d'un des aspects les plus fondamentaux du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention (10). Et, depuis 1993, la Cour reconnaît, de son côté, que le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination est compris dans la notion de procès équitable (11).

Après avoir examiné la question du fondement de ce droit au silence (A), nous analyserons ses répercussions en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve (B), ainsi qu'une question particulière étroitement liée à la problématique du droit au silence, celle des « prisonniers informateurs » ou « jailhouse informants » (C).

A. – *Fondement*

Le droit au silence dont bénéficie l'accusé paraît avoir un double fondement.

Il peut être présenté comme devant mettre le prévenu à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités et comme devant concourir, ainsi, à éviter des erreurs judiciaires (12).

Mais il pourrait aussi être justifié comme permettant de garantir « le respect de la dignité et de la liberté de l'homme », qui exigent que « tout suspect soit totalement libre de décider de l'attitude à adopter face aux accusations portées contre lui » (13), sans être tenu

(10) Comm. eur. dr. h., *K. c. Autriche*, rapport du 13 octobre 1992, §49, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, pp. 243 et s., et note O. KLEES.

(11) Voy., à cet égard, les arrêts *Funke c. France* du 25 février 1993, §44, *Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, §45, *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, §68, *Serves c. France* du 20 octobre 1997, §46, *Condron c. Royaume-Uni* du 2 mai 2000, §56, *Averill c. Royaume-Uni* du 6 juin 2000, §45, *I.J.L., G.M.R. et A.K.P. c. Royaume-Uni* du 19 septembre 2000, §83, *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, §40, *Quinn c. Irlande* du 21 décembre 2000, §40, *J.B. c. Suisse* du 3 mai 2001, §64, *Weh c. Autriche* du 8 juillet 2004, §39, *Shannon c. Royaume-Uni* du 4 octobre 2005, §32.

(12) En ce sens, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, §45; arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, §68; arrêt *Serves c. France* du 20 octobre 1997, §46; arrêt *Quinn c. Irlande* du 21 décembre 2000, §40; arrêt *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, §40; arrêt *J.B. c. Suisse* du 3 mai 2001, §64.

(13) Th. WERQUIN, « Droit pénal social : le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le droit au silence et l'obstacle à la surveillance », *J.T.T.*, 2000, p. 82; dans le même sens, voy. aussi A.H.J. SWART, « Bewijs leveren tegen zichzelf », *Ars Aequi*, 1993, p. 676, ainsi que l'opinion dissidente du juge PETTITI sous l'arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996 (« L'inculpé est libre [...] d'avouer ou de ne pas avouer, ce qui est une forme de respect de la dignité de la personne »).

de s'auto-accuser au mépris de la répugnance naturelle de tout un chacun à s'exposer soi-même à de graves atteintes à son honneur ou à sa liberté. En ce second sens, le droit au silence peut être rapproché de la liberté d'expression, dont il constituerait en quelque sorte le versant négatif. C'est d'ailleurs sous l'angle de l'article 10 de la Convention que la Commission européenne des droits de l'homme a, en son temps, examiné l'affaire *K. c. Autriche*, précitée (14).

Certains voient, en outre, dans le droit au silence de l'accusé un corollaire de la présomption d'innocence (15) mais cela nous paraît beaucoup plus discutable. La présomption d'innocence signifie, en effet, simplement, nous semble-t-il, qu'à défaut de certitude, le dilemme judiciaire se résout en faveur de l'accusé. A la différence de la culpabilité, qui doit être prouvée, l'innocence est ainsi présumée, ce qui implique que l'accusation a la charge de prouver sa thèse, alors que la défense peut se cantonner dans une attitude purement passive. Par contre, en tant que telle, la règle de la présomption d'innocence ne dit rien de la *manière* dont l'accusation doit ou peut démontrer sa thèse. Et rien n'empêche d'imaginer que

(14) Le sieur K. avait été convoqué comme témoin dans le cadre d'une procédure pénale diligentée à charge d'un couple d'individus auxquels il était soupçonné d'avoir acheté de l'héroïne. Etant lui-même poursuivi pour ces mêmes faits dans le cadre d'une procédure distincte, il refusa de répondre aux questions qui lui étaient posées et fut condamné à une amende et à cinq jours d'emprisonnement. La Commission considéra qu'il s'agissait là d'une ingérence dans la liberté d'expression du requérant, laquelle inclut celle, négative, de taire certaines informations. Cette ingérence était certes prévue par la loi autrichienne et poursuivait incontestablement une finalité légitime («la prévention des délits qui comprend leur répression par l'exercice de l'action pénale»), mais eu égard au principe de protection contre l'auto-incrimination qui est un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable, elle parut disproportionnée à la Commission, à tout le moins dans les circonstances de la cause (la Commission refusa, en effet, expressément de se prononcer sur la question de savoir si le risque d'auto-incrimination exclut nécessairement et toujours l'obligation de témoigner; voy. rapport précité, §52).

(15) La Cour européenne des droits de l'homme, notamment, a jugé à plusieurs reprises que «le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé» et qu'«en ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 §2 de la Convention» (arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, §68; arrêt *Quinn c. Irlande* du 21 décembre 2000, §40; arrêt *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, §40). Dans un sens similaire, voy. aussi M. AYAT qui estime que «le droit du suspect et de l'accusé à garder le silence devant ceux qui les interpellent ou les interrogent» est notamment fondé sur «le principe de la présomption d'innocence» («Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit international pénal», *Rev. dr. int. comp.*, 2001, p. 220).

l'accusation utilise à cet égard des pouvoirs coercitifs et contraigne l'accusé à avouer ce qu'il sait. La présomption d'innocence se borne en effet à imposer le fardeau de la preuve à la partie poursuivante, mais ne lui interdit nullement de fournir cette preuve en faisant parler l'accusé (16).

B. – *Conséquences quant à la recevabilité
de la preuve*

Quoi qu'il en soit des fondements du droit au silence de l'accusé, il est certain que, tel qu'interprété par la Cour européenne, celui-ci s'oppose à ce que les autorités nationales utilisent, dans le cadre d'une instance pénale, des déclarations qui ont été précédemment obtenues de l'accusé sous la menace d'une sanction (17) (18).

Le droit au silence n'empêche par contre 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 que «les documents recueillis en vertu d'un mandat» et «les prélèvements

(16) Dans le même sens, voy. A.H.J. SWART, «Bewijs leveren tegen zichzelf», *op. cit.*, p. 676, ainsi que G. STESENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 299.

(17) En ce sens, voy. les arrêts *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996 et *I.J.L., G.M.R. et A.K.P c. Royaume-Uni* du 19 septembre 2000.

(18) En amont de la question de l'utilisation, dans un procès pénal, d'éléments de preuve obtenus au mépris de la volonté de l'accusé, un autre aspect du droit au silence – étranger à la problématique de la recevabilité des preuves qui nous occupe – tient dans l'interdiction de sanctionner un accusé qui refuserait de collaborer à sa propre incrimination. A plusieurs reprises, la Cour européenne a en effet jugé qu'il y a violation du droit au silence lorsqu'un accusé se voit sanctionné pour avoir refusé de communiquer certains éléments potentiellement incriminants (voy. les arrêts *Funke c. France* du 25 février 1993 et *J.B. c. Suisse* du 3 mai 2001) sans qu'il ne soit nécessaire que ces éléments obtenus par la contrainte aient été réellement utilisés dans le cadre d'une procédure pénale pour que trouve à s'appliquer le droit de ne pas s'incriminer soi-même (voy. les arrêts *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, *Quinn c. Irlande* du 21 décembre 2000 et *Shannon c. Royaume-Uni* du 4 octobre 2005). Ce qui est requis, par contre, pour que le droit au silence trouve à s'appliquer, c'est que la personne sanctionnée pour avoir refusé de collaborer ait bien pu être considérée comme «accusée» au sens de l'article 6 de la Convention, ce qui suppose qu'il y ait eu une procédure pénale déjà engagée ou au moins envisagée contre elle. Le simple fait pour l'intéressé de vouloir empêcher les autorités de découvrir certains faits susceptibles de justifier le déclenchement de poursuites ne suffit pas à faire jouer le droit de ne pas s'incriminer soi-même (voy. les arrêts *Weh c. Autriche* du 8 juillet 2004 et *Rieg c. Autriche* du 24 mars 2005).

d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN» (19) ou d'un test d'alcoolémie (20).

Dans son récent arrêt *Jalloh c. Allemagne*, la Grande Chambre de la Cour a jugé que cette réserve n'était par contre pas applicable aux stupéfiants dissimulés dans le corps du requérant et recueillis à la suite de l'administration forcée d'un émétique. Même si de tels éléments peuvent «passer pour relever de la catégorie des données qui existent indépendamment de la volonté du suspect et dont l'utilisation n'est généralement pas interdite dans le cadre d'une procédure pénale», la Cour a estimé que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination était malgré tout en cause (et même méconnu) en l'espèce, notamment du fait que «la force employée en l'espèce différ[ait] considérablement en degré de la coercition normalement nécessaire» pour prélever du sang, des cheveux ou des tissus corporels (21).

Une autre conséquence découlant du droit au silence – mais qui, en réalité, relève davantage de la question de l'appréciation des preuves que de celle de leur recevabilité – est que l'attitude du prévenu qui décide de garder le silence ne saurait être interprétée comme une reconnaissance tacite de culpabilité et suffire à fonder, à elle seule, une condamnation. La Cour européenne des droits de l'homme considère, par contre, que l'article 6 de la Convention n'interdit pas de prendre en compte le silence de l'accusé dans des situations appelant manifestement une explication de sa part (22).

C. – *Une problématique particulière :*
l'admissibilité, au regard du droit au silence,
des «jailhouse informants» ou prisonniers informateurs

D'origine anglo-saxonne, le phénomène du *jailhouse informant* consiste à faire délibérément cohabiter dans le même établissement pénitentiaire, voire dans la même cellule, un informateur de police et un accusé détenu dont on souhaite qu'il gagne la confiance et obtienne des aveux (23).

(19) Cour eur. dr. h., arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, §69.

(20) Cour eur. dr. h., décision d'irrecevabilité du 15 juin 1999 en cause de *Tirado Ortiz et Lozano Martin c. Espagne*, req. 43486/98.

(21) Arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, §114.

(22) Arrêts *Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996 et *Averill c. Royaume-Uni* du 6 juin 2000.

(23) Sur cette pratique, voy. M.A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal : analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 366-371.



Il y a quelques années déjà, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à examiner la compatibilité de cette pratique avec l'article 6 de la Convention à l'occasion d'une affaire *Allan c. Royaume-Uni*.

Soupçonné d'avoir participé au meurtre du gérant d'un supermarché, Richard Roy Allan, le requérant en cette affaire, s'était, dès le début de l'enquête, prévalu de son droit de garder le silence. Il fut dès lors décidé de placer dans sa cellule un autre détenu, un certain H., qui était depuis longtemps informateur de police. Celui-ci reçut pour instruction d'essayer d'obtenir d'Allan des informations qui l'impliqueraient dans les infractions dont on le soupçonnait. La technique se révéla payante, puisque l'informateur en question affirma ensuite que le requérant lui avait avoué sa présence sur le lieu du crime et que ces «aveux» constituèrent l'élément principal et déterminant du procès.

Dans son arrêt du 5 novembre 2002, la Cour estima que, pour apprécier si le droit du requérant de garder le silence avait été compromis par le subterfuge des autorités, il fallait vérifier si l'informateur avait agi en qualité d'agent de l'Etat au moment où l'accusé avait formulé les déclarations litigieuses et si c'était l'informateur qui l'avait amené à le faire (24).

En l'occurrence, elle considéra que l'une et l'autre condition étaient remplies. S'agissant en particulier de la seconde condition, la Cour reconnut qu'aucun élément de coercition directe n'avait été mis en évidence mais elle estima néanmoins qu'il y avait une forme de pression psychologique inhérente au contexte carcéral qui avait affaibli le caractère volontaire de ce que le requérant avait prétendument révélé à H (25).

Partant, les informations recueillies grâce à l'intervention de H. pouvaient, à l'estime de la Cour, passer pour avoir été obtenues contre le gré du requérant et l'utilisation qui en avait été faite au procès devait être considérée comme ayant porté atteinte au droit de l'intéressé de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

III. – Les déclarations de «repentis»

Par «repentis» (aussi appelés parfois «collaborateurs de justice»), l'on désigne habituellement des auteurs d'infractions déterminées qui

(24) Arrêt *Allan c. Royaume-Uni* du 5 novembre 2002, §51.

(25) *Ibid.*, §52.

consentent à coopérer avec les autorités répressives et qui, en retour, obtiennent des bénéfices divers et échappent, en particulier, à tout ou partie de la peine qu'ils auraient normalement dû encourir.

Même si elle semble particulièrement en vogue depuis quelque temps, l'idée de récompenser de la sorte, sous la forme d'avantages de nature notamment pénale, des suspects, prévenus ou condamnés qui acceptent de collaborer aux enquêtes et aux poursuites suscite un certain nombre de questions et de réserves.

Une des objections les plus couramment avancées – et sans doute aussi une des plus décisives – à l'encontre du recours aux «repentis», consiste à dénoncer le caractère intéressé, et par là même sujet à caution, de leurs déclarations : les «repentis» seraient prêts à déclarer tout ce qui peut servir leur intérêt ou leur valoir d'être récompensés pénalement.

Est-ce à dire que l'utilisation de leurs déclarations devrait, en toute hypothèse, être considérée comme incompatible avec le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention? Sans aller jusque là, la Cour européenne des droits de l'homme invite malgré tout à une certaine réserve lorsqu'il s'agit d'utiliser le témoignage d'un «repenti» comme fondement d'une condamnation pénale.

Chaque fois qu'elle a eu à connaître de cette problématique, la Cour s'est plu à souligner que «l'utilisation au cours d'un procès d'un témoignage obtenu d'un complice contre la promesse de ne pas poursuivre ledit complice» pouvait «mettre en question le caractère équitable du procès fait à l'accusé et donc poser un problème sous l'angle de l'article 6, §1^{er}, de la Convention» (26). A l'estime de la Cour, «les déclarations dont il s'agit se prêtent à la manipulation et peuvent être faites uniquement en vue d'obtenir les avantages offerts en échange ou à titre de vengeance personnelle» (27). Pour autant, l'utilisation de ce type de déclarations ne suffit pas en soi à rendre la procédure inéquitable. Tout dépendra, à cet égard, des circonstances de la cause (28).

(26) Voy., en ce sens, les décisions d'irrecevabilité en cause de *Erdem c. Allemagne* (décision du 9 décembre 1999, req. 38321/97), *Lorsé c. Pays-Bas* et *Verhoek c. Pays-Bas* (décisions du 27 janvier 2004, req. 44484/98 et 54445/00) et *Cornelis c. Pays-Bas* (décision du 25 mai 2004, req. 994/03).

(27) Décision d'irrecevabilité du 25 mai 2004 en cause de *Cornelis c. Pays-Bas* (req. 994/03).

(28) Voy., en ce sens, les décisions d'irrecevabilité en cause de *Lorsé c. Pays-Bas* et *Verhoek c. Pays-Bas* (décisions du 27 janvier 2004, req. 44484/98 et 54445/00) et *Cornelis c. Pays-Bas* (décision du 25 mai 2004, req. 994/03).



En réalité, et compte tenu des réserves que peut susciter *a priori* la probité d'un «repenti», trois conditions minimales semblent se dégager de la jurisprudence de la Cour qui devraient être respectées pour garantir malgré tout un procès équitable. Il faut que la transparence soit assurée quant aux conditions dans lesquelles le témoignage du «repenti» a été obtenu, que les juridictions internes montrent qu'elles sont conscientes des dangers, difficultés et pièges entourant ce type de pratique, et, enfin, que les dires du «repenti» soient corroborés par d'autres éléments de preuve (29).

IV. – L'utilisation d'éléments de preuve recueillis de manière illégale

La question des répercussions de l'utilisation d'éléments de preuve illégalement recueillis sur l'équité du procès pénal figure assurément parmi les problématiques les plus délicates du droit contemporain de la preuve pénale (30).

La jurisprudence de la Cour européenne y a apporté une réponse différente selon que l'illégalité en cause trouve son origine dans une violation du droit interne (A), de l'article 8 de la Convention (B) ou de l'article 3 de la Convention (C).

(29) Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Cornelis c. Pays-Bas*, la Cour a souligné que le requérant et les juridictions internes avaient eu, dès le départ, connaissance de l'accord passé par le parquet avec le témoin «repenti», que les juridictions internes avaient examiné cet accord avec une circonspection particulière et que la condamnation du requérant n'était pas assise uniquement sur le témoignage de ce «repenti» mais également sur les déclarations d'autres co-suspects et témoins, sur plusieurs rapports de police, sur les constatations du laboratoire judiciaire et sur les propres déclarations du requérant (décision du 25 mai 2004, req. 994/03; dans un sens similaire, voy. aussi les décisions d'irrecevabilité du 27 janvier 2004 en cause de *Lorsé c. Pays-Bas* (req. 44484/98) et *Verhoek c. Pays-Bas* (req. 54445/00)).

(30) Sur l'évolution récente de la jurisprudence belge en la matière, voy. notamment Ph. TRÆST, «Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit», *T. Strafr.*, 2004, pp. 133-143; F. KUTY, «La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement», *R.C.J.B.*, 2004, pp. 408-438; M.-A. BEERNAERT, «La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites», *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094-1109; C. DE VALKENEER, «Que reste-t-il du principe de légalité de la preuve? Variations autour de quelques arrêts récents de la Cour de cassation», *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, pp. 685-695.

A. – *Les éléments de preuve obtenus
en violation du droit interne*

Dans son arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1998, la Cour européenne des droits de l'homme a 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.

Dans cette affaire qui concernait l'enregistrement d'une conversation téléphonique opéré illégalement parce que non ordonné par un juge d'instruction, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 6 aux motifs que :

- 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 litigieux (31),
- l'enregistrement en cause n'avait, par ailleurs, pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation (32).

B. – *Les éléments de preuve obtenus
en violation de l'article 8 de la Convention*

Bien que critiquée au sein même de la Cour – en particulier par les juges Pettiti, Spielmann, De Meyer et Carrillo Salcedo lesquels, dans leur opinion dissidente commune sous l'arrêt *Schenk*, firent valoir qu'aucune juridiction «ne peut, sans desservir une bonne administration de la justice, tenir compte d'une preuve qui a été obtenue, non pas simplement par des moyens déloyaux, mais surtout d'une manière illégale» et que, «si elle le fait, le procès ne peut être équitable au sens de la Convention» – cette jurisprudence fut ensuite étendue à l'hypothèse d'une violation non plus de la loi nationale, mais bien de la Convention elle-même.

A trois reprises, en effet, dans ses arrêts *Khan c. Royaume-Uni* du 12 mai 2000, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001 et *Allan c. Royaume-Uni* du 5 novembre 2002, la Cour européenne a accepté de considérer comme «équitable» au sens de l'article 6 de la Convention un procès pénal dans le cadre duquel la culpabilité de l'accusé avait été établie au moyen d'éléments de preuve dont elle reconnaissait pourtant, explicitement, qu'ils avaient été recueillis au mépris de l'article 8.

(31) Arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1998, §47.

(32) *Ibid.*, §48.

Les deux premiers de ces arrêts ont donné lieu à des opinions partiellement dissidentes, de la part respectivement des juges Loucaides et Tulkens. Le juge Loucaides refusa d'admettre qu'un procès puisse être équitable au sens de l'article 6 lorsque la culpabilité de l'accusé est établie au moyen d'éléments de preuve obtenus en violation des droits de l'homme garantis par la Convention, *a fortiori* si – comme c'était le cas dans l'affaire *Khan c. Royaume-Uni* – ces éléments constituent la seule preuve à charge de l'accusé; selon lui, «le terme 'équité', lorsqu'il est envisagé dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, requiert le respect de la prééminence du droit, ce qui présuppose celui des droits de l'homme énoncés dans la Convention» et «l'exclusion de preuves recueillies au mépris du droit au respect de la vie privée garanti par la Convention doit être considérée comme un corollaire essentiel de ce droit». Quant à la juge Tulkens, elle fit valoir qu'en concluant à la non-violation de l'article 6, «la Cour prive l'article 8 de toute effectivité», et elle s'interrogea sur les limites du raisonnement de la majorité, se demandant s'il s'appliquerait également dans le cas d'une preuve «obtenue en violation d'autres dispositions de la Convention, comme l'article 3» (33).

*C. – Les éléments de preuve obtenus
en violation de l'article 3 de la Convention*

Tout récemment, dans son arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, la Grande Chambre a apporté une réponse partielle à cette question de la juge Tulkens. La Cour y a en effet précisé que «des éléments à charge – qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels – rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitement pouvant être qualifiés de *torture* ne doivent jamais, quelle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime» (34). Ce faisant, la Cour ne fait que consacrer la même règle que celle de l'article 15 de la Convention des Nations unies contre la torture du 10 décembre 1984, qui impose expressément aux Etats de veiller à ce qu'une

(33) Dans un sens comparable, voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 125. A l'estime de l'auteur, les arrêts *Khan* et *P.G. et J.H.* sont «les plus mauvais qu'il ait été donné à la nouvelle Cour de rendre» au cours de ses trois premières années de fonctionnement (*ibid.*).

(34) Arrêt *Jalloh c. Allemagne* du 11 juillet 2006, §105.

déclaration obtenue par la torture ne puisse pas être invoquée comme élément de preuve.

En l'espèce, toutefois, la question se posait en d'autres termes : le traitement auquel le requérant avait été soumis (l'administration forcée d'un émétique) avait, en effet, été considéré par la Cour comme inhumain et dégradant, mais non comme constitutif de faits de torture. Et, de manière assez interpellante, la Cour va refuser de trancher en termes généraux la question de savoir si l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés d'inhumains et dégradants compromet automatiquement le caractère équitable d'un procès. Si elle conclut malgré tout à la violation du droit à un procès équitable *in casu*, c'est uniquement sur la base des particularités de l'affaire. Deux circonstances paraissent 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) (35).

La prudence affichée par la Cour dans cette affaire nous paraît extrêmement regrettable. En laissant entendre que le fait de prendre en compte des éléments de preuve obtenus au moyen d'un acte qualifié de traitement inhumain et dégradant ne compromet pas automatiquement le caractère équitable d'un procès, la Cour adresse aux instances nationales chargées des poursuites en matière pénale un message pour le moins ambigu : l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (tout comme celle de la torture) figure certes parmi les droits les plus fondamentaux protégés par la Convention ; elle est énoncée en termes absolus, sans réserves ni possibilité de dérogation, même en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la Nation ; mais les autorités publiques pourraient malgré tout retirer éventuellement un certain bénéfice de la transgression de cette interdiction puisque les éléments obtenus au moyen d'un tel traitement inhumain ou dégradant pourraient, le cas échéant, être admis comme preuves et motiver une condamnation pénale, sans que cela ne soit nécessairement contraire aux exigences d'équité du procès. On n'est pas loin de la «schizophrénie juridique» évoquée par E. Molina à propos du régime des preuves en droit français contemporain (36)...

(35) *Ibid.*, §107.

(36) E. MOLINA, «Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain», *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 264.

V. – Le droit 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 – la Cour européenne a eu l'occasion de le rappeler à de nombreuses reprises (37) – 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 (38), aux témoins (39) qui l'accusent.

Cette exigence vaut en principe pour tous les témoins à charge, anonymes ou non. Cela étant, il va de soi que le souci de préserver l'anonymat d'un témoin peut rendre particulièrement délicate l'organisation d'une telle confrontation (40). Par ailleurs, l'anonymat d'un témoin confronte la défense à des difficultés supplémen-

(37) Voy. notamment, en ce sens, les arrêts *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, §31; *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, §41; *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990, §26; *Delta c. France* du 19 décembre 1990, §36; *Isgro c. Italie* du 19 février 1991, §34; *Asch c. Autriche* du 26 avril 1991, §27; *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, §47; *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, §43; *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996, §51; *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, §51; *A.M. c. Italie* du 14 décembre 1999, §25; *Luca c. Italie* du 27 février 2001, §32; *Sadak c. Turquie* du 17 juillet 2001, §64; *Solakov c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* du 31 octobre 2001, §57; *P.S. c. Allemagne* du 20 décembre 2001, §21; *S.N. c. Suède* du 2 juillet 2002, §44; *Craxi c. Italie* du 5 décembre 2002, §85; *Hulki Gunes c. Turquie* du 19 juin 2003, §86; *Rachdad c. France* du 13 novembre 2003, §23; *Mayali c. France* du 14 juin 2005, §31; *Bracci c. Italie* du 13 octobre 2005, §54; *Vaturi c. France* du 13 avril 2006, §50; *Zentar c. France* du 13 avril 2006, §26; *Carta c. Italie* du 20 avril 2006, §48; *Guilloury c. France* du 22 juin 2006, §53; *Balsan c. République tchèque* du 18 juillet 2006, §30.

(38) «Au moment de la déposition ou plus tard», dit la Cour européenne.

(39) Notons que la Cour européenne donne à la notion de témoin une signification large et autonome, qui 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 Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, §40; arrêt *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990, §23; arrêt *Delta c. France* du 19 décembre 1990, §34; arrêt *Isgro c. Italie* du 19 février 1991, §33; arrêt *Asch c. Autriche* du 26 avril 1991, §25; arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, §44; arrêt *Artner c. Autriche* du 28 août 1992, §14; arrêt *Pullar c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996, §45; arrêt *S.N. c. Suède* du 2 juillet 2002, §45).

(40) Tel ne sera toutefois pas nécessairement le cas: ainsi, par exemple, en matière d'opérations sous couverture, le prévenu connaît normalement déjà l'aspect extérieur de l'agent infiltré, et s'il peut être nécessaire de garder secrète l'identité de celui-ci, il n'y a pas de raisons particulières de refuser une confrontation (voy., en ce sens, Cour eur. dr. h., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, §49).

taires et spécifiques : «un témoignage ou d'autres déclarations chargeant un accusé peuvent fort bien constituer un mensonge ou résulter d'une simple erreur; la défense ne peut guère le démontrer si elle ne possède pas les informations qui lui fourniraient le moyen de contrôler la crédibilité de l'auteur ou de jeter le doute sur celle-ci» (41).

Nous nous proposons dès lors d'examiner successivement les contours généraux de la jurisprudence de la Cour quant au droit de l'accusé d'être confronté aux témoins à charge (A), avant d'aborder le problème plus spécifique du témoignage anonyme (B).

A. – *Témoignage dont l'accusé n'a pas eu
la possibilité d'interroger l'auteur
(alors même que l'identité de celui-ci est connue)*

Si l'article 6, §3, d) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit en principe à tout accusé le droit d'être confronté aux témoins qui l'accusent, ce droit n'est toutefois pas absolu.

La Cour européenne admet ainsi qu'un témoignage puisse, dans une certaine mesure, contribuer à forger la conviction du juge, alors même que l'accusé ne s'est pas vu offrir d'occasion suffisante et adéquate d'en interroger l'auteur, pour autant qu'il soit satisfait à deux conditions cumulatives :

Il faut, d'abord, qu'il y ait eu des raisons valables et suffisantes expliquant cette absence de confrontation.

Ces raisons paraissent pouvoir être de deux ordres. La confrontation peut avoir été impossible pour des raisons matérielles, non imputables aux autorités judiciaires (42), telles que la disparition (43) ou le décès (44) du témoin. Mais le défaut de confrontation

(41) Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, §42.

(42) Dans plusieurs arrêts récents, la Cour a expressément fait valoir que «lorsque le défaut de confrontation est dû à l'impossibilité de localiser le témoin, il doit être établi que les autorités compétentes ont activement recherché celui-ci aux fins de permettre cette confrontation» (Cour eur. dr. h., arrêts *Rachdad c. France* du 13 novembre 2003, §24; *Mayali c. France* du 14 juin 2005, §32; *Zentar c. France* du 13 avril 2006, §28; *Carta c. Italie* du 20 avril 2006, §48; *Guilloury c. France* du 22 juin 2006, §54; *Balsan c. République tchèque* du 18 juillet 2006, §30).

(43) Cour eur. dr. h., arrêt *Artner c. Autriche* du 28 août 1992, §§17 et 21; arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, §§31, 32, 79.

(44) Cour eur. dr. h., arrêt *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996, §52.

pourrait aussi être dû à des raisons qui tiennent à la protection des intérêts des témoins. Il pourrait s'agir, par exemple, d'éviter à un témoin d'être confronté avec un accusé de la même famille pour lui épargner un cas de conscience (45), de ménager la victime mineure d'abus sexuels (46), de respecter le choix d'un coïnculpé de se prévaloir de son droit de garder le silence (47), ou encore, dans le cadre de procès visant les agissements d'organisations mafieuses, d'éviter à un témoin de devoir réitérer ses dépositions en public par crainte de conséquences pour sa sécurité (48).

Il faut, par ailleurs et en outre, que la condamnation ne soit pas fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur le témoignage en cause.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme semble, sur ce point, hésiter entre une logique qualitative et une logique plus quantitative (49). Dans ses premiers arrêts, la Cour concluait, en effet, à la violation de l'article 6, §3, d), lorsqu'elle constatait que la condamnation était fondée «pour l'essentiel» (50) ou «de manière déterminante» (51) sur le témoignage incriminé, ou lorsqu'elle relevait que celui-ci avait été «capital» (52). Par la suite, la Cour a semblé ne plus retenir de violation de l'article 6, §3, d), que lorsque les déclarations litigieuses avaient constitué la seule base de la condamnation (53), concluant au contraire à l'absence de violation chaque fois que les dépositions incriminées se trouvaient

(45) Ainsi dans son arrêt *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, la Cour a jugé (§30) que l'article 152, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code autrichien de procédure pénale n'enfreignait «manifestement pas, en tant que tel, l'article 6, §§1^{er} et 3 d), de la Convention» dans la mesure où «tenant compte des problèmes particuliers que peut soulever la confrontation entre un «accusé» et un témoin de sa propre famille, il tend à protéger ce dernier en lui épargnant un cas de conscience»; notons que c'est la même disposition du Code autrichien de procédure pénale qui était en cause dans l'arrêt *Asch c. Autriche* du 26 avril 1991.

(46) Cour eur. dr. h., arrêt *P.S. c. Allemagne* du 20 décembre 2001, §28.

(47) Cour eur. dr. h., arrêts *Craxi c. Italie* du 5 décembre 2002, §§87-88, *Carta c. Italie* du 20 avril 2006, §51; *Balsan c. République tchèque* du 18 juillet 2006, §§30-31

(48) Cour eur. dr. h., arrêt *Luca c. Italie* du 27 février 2001, §33.

(49) Dans le même sens, voy. B. DE SMET, «Het onmiddellijkheidsbeginsel in het strafproces: een anachronisme of een waarborg voor een kwalitatief goede rechtspleging?», *R.W.*, 1996-97, p. 71.

(50) Cour eur. dr. h., arrêt *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, §33.

(51) Cour eur. dr. h., arrêt *Delta c. France* du 19 décembre 1990, §37.

(52) Cour eur. dr. h., arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, §86.

(53) Cour eur. dr. h., arrêt *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, §44.

corroborées par d'autres éléments de preuve (54). Depuis quelques années, par contre, la Cour paraît en être revenue à sa jurisprudence plus ancienne, affirmant que «les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur les dépositions d'un témoin que, ni au stade de l'instruction, ni pendant les débats, l'accusé n'a eu la possibilité d'interroger ou de faire interroger» (55).

B. – *Témoignage anonyme*

A première vue, le fait de recourir aux déclarations de personnes qui restent anonymes semble l'antinomie même d'un procès équitable. Comme le relevait la Cour européenne dès son premier arrêt rendu en la matière, «si la défense ignore l'identité d'un individu qu'elle essaie d'interroger, elle peut se voir privée des précisions lui permettant d'établir qu'il est partial, hostile ou indigne de foi» (56). Ceci constitue «un handicap presque insurmontable» pour la défense, à laquelle il manquera «les renseignements nécessaires pour contrôler la crédibilité des témoins ou jeter le doute sur celle-ci» (57).

Pour autant, le recours aux témoins anonymes n'est pas nécessairement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Depuis l'arrêt *Kostovski c. Pays-Bas*, prononcé le 20 novembre 1989, la Cour européenne a eu l'occasion de connaître à diverses reprises de la problématique du témoignage anonyme et, à l'analyse des diverses décisions rendues en cette matière, il semble que le

(54) Cour eur. dr. h., arrêt *Isgro c. Italie* du 19 février 1991, §35; arrêt *Asch c. Autriche* du 26 avril 1991, §30; arrêt *Artner c. Autriche* du 28 août 1992, §24; arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, §80; arrêt *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996, §52.

(55) Cour eur. dr. h., arrêt *A.M. c. Italie* du 14 décembre 1999, §25; arrêt *Luca c. Italie* du 27 février 2001, §40; arrêt *Sadak c. Turquie* du 17 juillet 2001, §65; arrêt *P.S. c. Allemagne* du 20 décembre 2001, §24; arrêt *Craxi c. Italie* du 5 décembre 2002, §86; arrêt *Hulki Gunes c. Turquie* du 19 juin 2003, §86; arrêt *Rachdad c. France* du 13 novembre 2003, §23; arrêt *Mayali c. France* du 14 juin 2005, §31; arrêt *Bracci c. Italie* du 13 octobre 2005, §54; arrêt *Vaturi c. France* du 13 avril 2006, §50; arrêt *Zentar c. France* du 13 avril 2006, §26; arrêt *Carta c. Italie* du 20 avril 2006, §49; arrêt *Guilloury c. France* du 22 juin 2006, §53; arrêt *Balsan c. République tchèque* du 18 juillet 2006, §30. Notons que c'est également la terminologie qu'elle continue d'utiliser en matière de témoignages anonymes (voy. *infra*, point b).

(56) Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, §42.

(57) Cour eur. dr. h., arrêt *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990, §28.



recours au témoignage anonyme résiste à la censure de Strasbourg pour autant qu'il soit satisfait à trois conditions cumulatives.

Il faut d'abord qu'il y ait eu des motifs suffisants de conserver l'anonymat du témoin.

Peuvent constituer des justifications valables à cet égard tant la crainte de représailles (58) que les besoins opérationnels de la police qui souhaite pouvoir utiliser encore à l'avenir des agents employés à certaines activités secrètes (59).

Il faut toutefois que les motifs invoqués fassent l'objet d'une appréciation in concreto et ne soient pas fondés uniquement sur la gravité des infractions commises (60).

Il convient, en outre, de toujours privilégier la mesure la moins attentatoire aux droits de la défense, et l'anonymat complet ne saurait dès lors être justifié si une mesure moins restrictive peut suffire (61).

Dès lors que le maintien de l'anonymat confronte la défense à des difficultés qui ne devraient normalement pas s'élever dans le cadre d'un procès pénal, il faut encore que la procédure suivie devant les instances judiciaires ait suffisamment compensé ces difficultés.

A cette fin, la Cour exige 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

(58) Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, §71, ainsi que la décision d'irrecevabilité du 4 juillet 2000 en cause de *Kok c. Pays-Bas* (req. 43149/98).

(59) Cour eur. dr. h., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, §49; arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, §57; arrêt *Birutis et autres c. Lituanie* du 28 mars 2002, §30.

(60) Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, §61 et décision d'irrecevabilité du 4 juillet 2000 en cause de *Kok c. Pays-Bas* (req. 43149/98). Pour des cas dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les instances nationales n'avaient pas suffisamment vérifié le sérieux et le bien-fondé des motifs invoqués par les témoins qui souhaitaient rester anonymes, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Visser c. Pays-Bas* du 14 février 2002, §§47-48 et arrêt *Krasniki c. République tchèque* du 28 février 2006, §§81-83.

(61) Ainsi, dans l'affaire *Lüdi c. Suisse*, la Cour a estimé qu'une confrontation aurait dû être possible, dès lors que le requérant connaissait déjà l'apparence physique de l'agent infiltré (arrêt du 15 juin 1992, §49) et dans l'affaire *Van Mechelen c. Pays-Bas*, elle semble avoir considéré que les besoins opérationnels de la police auraient pu être suffisamment garantis en utilisant un maquillage ou un déguisement, ou en évitant que les regards puissent se croiser (arrêt du 23 avril 1997, §60).

raisons pour lesquelles le témoin veut conserver l'anonymat que sur sa fiabilité (62).

Il convient, par ailleurs, que la défense reçoive une occasion suffisante de participer à cette audition et d'interroger directement le témoin. La question de savoir jusqu'où doit aller cette participation est, par contre, beaucoup plus délicate.

La participation de la défense paraît suffisamment garantie, aux yeux de la Cour, lorsque les témoins anonymes ont été interrogés par un juge d'instruction en présence de l'avocat du prévenu qui a pu leur poser toutes les questions paraissant servir les intérêts de la défense (sauf celles qui auraient pu conduire au dévoilement de leur identité) (63). Tel ne semble, par contre, pas être le cas lorsque la défense n'a eu que la possibilité d'adresser aux témoins des questions écrites par l'intermédiaire du juge d'instruction (64).

Dans son arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, la Cour a précisé que les mesures prises doivent «adéquatement remplacer la possibilité pour la défense d'interroger les témoins en leur présence et de se former son propre jugement quant à leur attitude et à leur fiabilité» (65), censurant la procédure qui avait été suivie en l'espèce et qui avait consisté à faire interroger les témoins anonymes par un juge d'instruction, tout en offrant à la défense – comme, d'ailleurs, à l'accusation – la possibilité de participer à cet interrogatoire à distance, au moyen d'une connexion sonore.

On a pu en déduire, à l'époque, que la Cour exigeait un contact visuel direct entre le témoin anonyme et la défense (66), permettant

(62) 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 *Birutis et autres c. Lituanie* du 28 mars 2002 (où les déclarations des témoins anonymes avaient été recueillies par le parquet).

(63) Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996.

(64) Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, §42.

(65) Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, §62.

(66) J. DE CODT, «La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense», *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 166.



à celle-ci d'observer les réactions du témoin à ses questions (67) et de déceler notamment tous les signaux non-verbaux émis (68).

Entre-temps, la Cour a, toutefois, rejeté comme étant manifestement mal fondée une nouvelle requête dirigée contre les Pays-Bas dans une procédure où le témoin anonyme avait été entendu selon des modalités tout à fait similaires à celles de l'affaire *Van Mechelen* (69) et l'on ne saurait donc plus affirmer aussi péremptoirement que l'article 6 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour, exige nécessairement – et quel que soit, en particulier, le poids du témoignage anonyme dans la décision de condamnation (70) – d'offrir à la défense la possibilité d'observer personnellement les réactions des témoins anonymes à ses questions directes.

Enfin, même là où les procédures faisant contrepoids sont jugées compenser de manière suffisante les obstacles auxquels se heurte la défense, il faut encore que la condamnation n'ait pas été fondée «uniquement, ni dans une mesure déterminante» sur les déclarations anonymes (71).

(67) M.A. BEERNAERT, «Témoignage anonyme : un vent nouveau venu de Strasbourg», *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, p. 1232; M. GUERRIN, «Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2002, p. 58.

(68) B. DE SMET, «Het recht op een eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren», *R.W.*, 1997-98, p. 251.

(69) Cour eur. dr. h., décision d'irrecevabilité du 4 juillet 2000 en cause de *Kok c. Pays-Bas* (req. 43149/98). Le requérant n'avait d'ailleurs pas manqué de souligner cette similitude devant la Cour : «the method used has been the same as that which the Court had found, in its *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* judgment of 23 April 1997, to be in violation of Article 6, §§1 and 3 (d)».

(70) Dans l'affaire *Kok c. Pays-Bas*, les déclarations du témoin anonyme semblent, en effet, n'avoir contribué que très secondairement à la décision de condamnation, et la Cour a expressément relevé cette circonstance au moment de déterminer si la procédure suivie en l'espèce avait suffisamment contrebalancé les obstacles auxquels était confrontée la défense : «[La Cour] considère que, pour juger si les modalités de l'audition du témoin anonyme offraient des garanties suffisantes pour compenser les difficultés causées à la défense, il y a lieu de tenir dûment compte de la conclusion ci-dessus selon laquelle le témoignage anonyme n'a absolument pas été déterminant pour la condamnation du requérant. La défense s'est donc trouvée handicapée dans une bien moindre mesure que si tel avait été le cas».

(71) Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, §76 et arrêt *Visser c. Pays-Bas* du 14 février 2002, §50. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'est prononcé dans le même sens dans sa recommandation R(97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, adoptée le 10 septembre 1997, précisant que «lorsque l'anonymat a été accordé à une personne, une condamnation ne peut pas reposer exclusivement ou dans une mesure décisive sur la preuve apportée par de telles personnes» (art. 13 de l'annexe à la recommandation R (97) 13).

On ne saurait, en particulier, admettre que les déclarations de témoins anonymes constituent «le seul élément de preuve identifiant formellement les accusés comme les auteurs des infractions», même si la condamnation est, pour le surplus, également fondée sur des preuves provenant de sources non anonymes (72).

VI. – Le droit d’obtenir la convocation et l’interrogation de témoins à décharge «dans les mêmes conditions que les témoins à charge»

C’est dans son arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* que la Cour européenne des droits de l’homme a précisé, pour la première fois, que l’article 6, §3, d) «n’exige pas la convocation et l’interrogation de tout témoin à décharge», mais que, «ainsi que l’indiquent les mots ‘dans les mêmes conditions’, il a pour but essentiel une complète ‘égalité des armes’ en la matière» (73).

Seules des circonstances exceptionnelles pourraient donc conduire la Cour à conclure à l’incompatibilité avec l’article 6 de la non-audition d’une personne comme témoin (74).

Il ne suffit pas, à cet égard, que le requérant qui allègue la violation de l’article 6, §3, d) de la Convention, démontre qu’il n’a pas pu interroger un certain témoin à décharge. Encore faut-il qu’il rende vraisemblable que la convocation dudit témoin était nécessaire à la recherche de la vérité et que le refus de l’interroger a causé un préjudice aux droits de la défense (75).

Applicant ces principes, la Cour européenne a notamment conclu à une violation de l’article 6 de la Convention :

– dans une affaire où le requérant, après avoir été acquitté par la juridiction de première instance qui avait entendu plusieurs

(72) Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, §63.

(73) Cour eur. dr. h., arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas* du 8 juin 1976, §9. La Cour a réaffirmé le même principe à diverses reprises par la suite, notamment dans ses arrêts *Vidal c. Belgique* du 22 avril 1992 (§33), *Pisano c. Italie* du 27 juillet 2000 (§21), *Destrethem c. France* du 18 mai 2004 (§39), *Vaturi c. France* du 13 avril 2006 (§51) et *Guilloury c. France* du 22 juin 2006 (§55).

(74) Cour eur. dr. h., arrêt *Bricmont c. Belgique* du 7 juillet 1989, §89 et arrêt *Destrethem c. France* du 18 mai 2004, §41.

(75) Cour eur. dr. h., arrêt *Morel c. France (n° 2)* du 12 février 2004, §63, arrêt *Vaturi c. France* du 13 avril 2006, §51, et arrêt *Guilloury c. France* du 22 juin 2006, §55.

témoins, avait été condamné en appel sur la base exclusive des pièces du dossier, la cour d'appel n'ayant, en outre, nullement motivé le rejet de la demande de convocation de témoins à décharge (76);

- ainsi que dans une autre affaire où le requérant avait été condamné en appel sans que la juridiction n'accepte de ré-entendre des témoins dont les dires lui apparurent non crédibles, alors même qu'ils avaient justifié l'acquittement du requérant en première instance (77).

VII. – L'exigence de contradiction appliquée aux opérations d'expertise

Le respect du contradictoire, comme d'ailleurs celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, vise l'instance devant un «tribunal».

A l'estime de la Cour européenne, on ne saurait donc déduire de cette disposition un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un juge, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel, d'après la Cour, est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le «tribunal» (78), ce qui suppose qu'ils puissent, à cette occasion, prendre connaissance des conclusions du rapport d'expertise et les discuter effectivement.

Il est des cas, néanmoins, où la simple possibilité indirecte de discuter le rapport d'expertise devant les juges du fond ne peut passer pour un équivalent valable du droit de participer à la séance d'expertise, et où l'absence de caractère contradictoire des opérations d'expertise est dès lors de nature à entraîner une violation de l'article 6, §1^{er}. Pour qu'il en aille ainsi, deux conditions cumulatives paraissent devoir être remplies : il faut, d'une part, qu'aucune difficulté technique n'ait fait obstacle à ce que l'accusé fût associé au processus d'élaboration du rapport d'expertise, et, d'autre part,

(76) Cour eur. dr. h., arrêt *Vidal c. Belgique* du 22 avril 1992.

(77) Cour eur. dr. h., arrêt *Destrehem c. France* du 18 mai 2004.

(78) Cour eur. dr. h., arrêt *Mantovanelli c. France* du 18 mars 1997, §33; arrêt *Cottin c. Belgique* du 2 juin 2005, §30.

que les conclusions de l'expertise litigieuse aient été susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le tribunal (79).

VIII. – L'obligation de divulgation des éléments de preuve essentiels

Parmi les impératifs de l'équité voulue par le paragraphe 1^{er} de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales figure l'obligation, pour les autorités de poursuite, de communiquer à la défense tous les éléments de preuve importants, à charge ou à décharge (80).

Le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est certes pas absolu. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense, de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. D'après la Cour européenne, seules sont toutefois légitimes, au regard de l'article 6, §1^{er}, les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, toutes les difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (81).

Applicant ces principes dans différentes affaires, la Cour a jugé que :

- une procédure dans laquelle c'est l'accusation elle-même qui, sans en référer au juge, décide de ne pas divulguer certaines pièces à

(79) Cour eur. dr. h., arrêt *Mantovanelli c. France* du 18 mars 1997, §36; arrêt *Cottin c. Belgique* du 2 juin 2005, §§31-32 (voy. également l'article de A. JACOBS publié dans le présent numéro de la *Revue* : «L'arrêt *Cottin c. Belgique* ou l'irrésistible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale»).

(80) Cour eur. dr. h., arrêts *Edwards c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1992, §36; *Fitt c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §44; *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §51; *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §60; *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, §67; *Dowsett c. Royaume-Uni* du 24 juin 2003, §41; *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003, §52.

(81) Cour eur. dr. h., arrêts *Fitt c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §45; *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §52; *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, §61; *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, §67; *Dowsett c. Royaume-Uni* du 24 juin 2003, §41; *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003, §52.

la défense ne saurait passer pour compatible avec le droit à un procès équitable (82);

- est compatible, au contraire, avec les exigences de l'article 6, §1^{er} de la Convention, la procédure dans laquelle c'est le juge qui décide si l'accusation peut garder pour elle certains éléments (sans que la défense ne participe au processus décisionnel en cause) dès lors que l'accusation ne se prévaut nullement, dans le cadre du jugement au fond, des éléments de preuve non divulgués (83);
- il y a, inversement, violation du droit à un procès équitable même si c'est un juge indépendant et impartial qui décide quels éléments de preuve pourraient ne pas être divulgués à la défense, dès lors que les éléments non divulgués – que la défense n'aura donc par hypothèse pas la possibilité de contrer – sont susceptibles d'être directement pertinents pour une question à trancher par le juge du fond, comme la thèse d'un guet-apens ou d'une provocation illicite (84).

A l'instar donc des principes qu'elle a affirmés en matière d'admissibilité du témoignage anonyme, il semble que la Cour européenne des droits de l'homme n'admette la non-divulgateion de certains éléments de preuve à la défense que si ceux-ci n'apparaissent pas déterminants pour l'issue de la procédure au fond.

(82) Cour eur. dr. h., arrêts *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000 et *Dowsett c. Royaume-Uni* du 24 juin 2003. Dans ce dernier arrêt, la Cour a précisé (§44) qu'une procédure «dans laquelle l'accusation entreprend d'évaluer elle-même l'importance pour la défense d'informations qu'elle cache et de la mettre en balance avec l'intérêt public à garder ces informations secrètes ne saurait passer pour respecter les exigences [...] de l'article 6, §1».

(83) Cour eur. dr. 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 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.

(84) Cour eur. dr. h., arrêt *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni* du 22 juillet 2003.

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.

Des paragraphes 1^{er} et 3 de l'article 6 de la Convention, elle a dégagé une exigence générale d'équité de la procédure, doublée d'une exigence spécifique de contradiction, qui l'a conduite à affirmer l'interdiction absolue de certains modes de preuve, à savoir les preuves recueillies à la suite d'une provocation policière, en violation du droit au silence de l'accusé ou au moyen d'actes qualifiables de torture.

Pour d'autres éléments de preuve, tels que les déclarations de «repentis», les preuves recueillies de manière illégale (sans pour autant que l'illégalité en cause ne soit constitutive de faits de torture), ou encore les dires de témoins anonymes ou auxquels l'accusé n'a pas pu être confronté, l'interdiction n'est pas absolue mais dépendra des circonstances du cas d'espèce et, notamment, du poids plus ou moins déterminant que l'élément de preuve litigieux semble avoir eu dans la condamnation prononcée.

Et c'est encore à l'aune ce même critère – celui d'une influence plus ou moins prépondérante dans l'appréciation des faits par le juge du fond – que la Cour apprécie le caractère équitable ou non d'une procédure pénale dans le cadre de laquelle l'accusé n'a pas pu obtenir la convocation de certains témoins à décharge, n'a pas pu assister aux opérations d'expertise, ou n'a pas reçu communication de tous les éléments en possession de l'accusation.

