

Une ébréchure dans la règle dite « de la preuve unique ou déterminante » (CEDH, Grande Chambre, 15 décembre 2011, n° 26766/05 et 22228/06, *Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni*, D. 2012. 586 , note J.-F. Renucci )

Damien Roets, Maître de conférences à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, O.M.I.J.

La règle dite « de la preuve unique ou déterminante », qui découle du droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge consacré par l'article 6, § 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme, est la règle selon laquelle « 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 faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats  (1) ». Elle a pour objet la preuve par oui-dire, laquelle peut être définie comme « toute déclaration de fait autre que formulée par une personne déposant oralement et rapportant des faits dont elle a été personnellement le témoin  (2) » et concerne concrètement soit le cas du témoin anonyme, soit le cas du témoin non comparant. En germe dans l'arrêt *Unterpertinger c/ Autriche* du 24 novembre 1986  (3) et dans un certain nombre d'autres arrêts ultérieurs  (4), la règle de la preuve unique ou déterminante a été clairement consacrée, à propos du témoignage anonyme, par les arrêts *Doorson c/ Pays-Bas* du 26 mars 1996  (5) et *Van Mechelen et autres c/ Pays-Bas* du 23 avril 1997  (6), avant d'être formulée de manière générale dans l'arrêt *A.M. c/ Italie* du 14 décembre 1999  (7) et constamment réaffirmée depuis dans de nombreux arrêts  (8). Contrairement à ce que suggère la Cour dans l'arrêt ici commenté (§ 146), cette règle a originellement bel et bien été conçue comme une règle absolue : la clarté de sa formulation en atteste, ainsi que la précision faite par la Cour dans l'arrêt *Doorson* suivant laquelle « même là où des procédures faisant contrepoids sont jugées compenser de manière suffisante les obstacles auxquels se heurte la défense, une condamnation ne peut se fonder uniquement, ni dans une mesure déterminante sur des déclarations anonymes  (9) » (précision valant, *mutatis mutandis*, pour les déclarations d'un témoin non comparant). L'arrêt de Grande Chambre *Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni* du 15 décembre 2011, en admettant que le caractère unique ou déterminant d'une preuve par oui-dire peut ne pas nuire à l'équité du procès pénal dès lors qu'existent « des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve » (§ 147) ouvre une brèche dans la règle de la preuve unique ou déterminante.

La première des deux affaires objet de l'arrêt a pour origine la condamnation, en novembre 2004, du premier requérant, un médecin, pour une agression sexuelle commise sous hypnose sur l'une de ses patientes, sur le fondement de la déclaration de la supposée victime, décédée avant l'audience. Dans le même temps, M. Al-Khawaja était condamné pour une autre agression sexuelle perpétrée dans les mêmes conditions dont la victime, une autre de ses patientes, était, elle, présente à l'audience. Au cours d'une audience préliminaire, le juge qui la présidait décida que la déclaration de la victime absente pour cause de mort pouvait être lue aux jurés. « Estimant que la véritable question qui se posait était celle de savoir si l'accusé pourrait contester cette déclaration dans des conditions équitables pour lui, il fit observer que l'intéressé pourrait s'expliquer sur ce qui s'était passé au cours de la consultation, que le ministère public avait l'intention de faire citer à comparaître les amis de [la victime] pour qu'ils rapportent les propos qu'elle leur avait tenus et que les incohérences entre leurs déclarations et celle de [la victime] offriraient au requérant un moyen de contester cette dernière » (§ 13). « Il ajouta que le ministère public entendait appeler un témoin expert à la barre pour témoigner sur les altérations de la perception provoquées par l'hypnose et que la

défense pourrait lui faire subir un contre-interrogatoire en vue de jeter le doute sur la crédibilité des déclarations de [*la victime*] » (§ 13). « Dans son résumé à l'intention des jurés, il adressa à ces derniers les instructions suivantes : "Lorsque vous examinerez la déclaration [*de la victime absente*], vous devrez absolument garder à l'esprit que vous ne l'avez pas vue déposer et que vous n'avez pas entendu son témoignage ni le contre-interrogatoire de [*l'avocat de M. Al-Khawaja*], qui lui aurait sûrement posé des questions. [...] N'oubliez pas [...] qu'il vous a été donné lecture de cette déclaration. L'accusé nie en bloc les faits qui lui sont reprochés [...], ce dont vous devez tenir compte pour apprécier ce témoignage" » (§ 13). Le requérant interjeta vainement appel de sa condamnation, la cour d'appel saisie concluant au respect du droit à un procès équitable et jugeant cette condamnation compatible avec l'article 6, § 1 et 3 d) de la Convention.

La seconde affaire, quant à elle, est née de la condamnation, en avril 2005, du second requérant pour coups et blessures visant à causer des lésions graves. M. Tahery était accusé d'avoir porté trois coups de couteau à un dénommé S. à l'occasion d'une altercation à laquelle assistèrent plusieurs individus, dont un certain T. Interrogés sur les lieux de l'incident, aucun des témoins ne déclara avoir vu le second requérant poignarder S. Ce n'est que deux jours plus tard que le témoin T. affirma à la police avoir vu M. Tahery porter des coups de couteau à S. Au cours de l'audience, ce dernier témoigna à charge, mais reconnut au cours du contre-interrogatoire qu'il n'avait pas vu le second requérant se placer derrière lui et admit même qu'ils se faisaient face. Le ministère public sollicita l'autorisation de donner lecture au jury de la déposition de T., au titre de l'article 116 de la loi de 2003 sur la justice pénale, soutenant que T. avait trop peur pour comparaître en personne devant le jury et que des mesures particulières devaient être prises à son égard. Le juge, convaincu que les craintes de T. étaient réelles, en l'absence du jury, recueillit la déposition de T. derrière un écran. T. expliqua que ces craintes pour sa famille comme pour lui provenaient de certaines visites et de certains appels téléphoniques, mais sans imputer ces visites et appels au requérant. Le juge autorisa ensuite la lecture de la déposition de T. au jury sur le fondement de l'article 116 de la loi de 2003 sur la justice pénale, aux motifs que « la peur éprouvée par [T.] [*était*] réelle » (§ 34), qu'« il serait injuste de l'écarter des débats » (*ibid.*), que « son admission n'aurait rien d'inéquitable » (*ibid.*), précisant que « cette conviction se fonde [*ait*] sur le libellé de [*la loi de 2003*], en particulier sur la disposition voulant que soit prise en compte la difficulté de contester une déclaration dont l'auteur refuse de déposer oralement » (*ibid.*). Au cours des débats, la déposition de l'expert médico-légal ne permit pas d'aboutir à des conclusions certaines. À leur issue, « dans son résumé à l'intention des jurés, le juge les avertit dans les termes suivants des risques qu'il y avait à ajouter foi à la déposition de T. : "Comme vous le savez, cette déposition vous a été lue en application des règles qui autorisent cette mesure lorsqu'un témoin éprouve de la peur [...] et vous devez l'examiner avec circonspection. [...] La défense a justement souligné qu'elle avait été privée de la possibilité de soumettre cette pièce à l'épreuve d'un contre-interrogatoire. Il est également vrai que vous n'avez pas pu observer le témoin et ses réactions à la barre. Vous n'avez pas eu l'occasion de lui faire repenser à sa déposition [...] En d'autres termes, vous ne devez jamais perdre de vue qu'il a pu associer des faits dont il a été réellement témoin tout en se trompant sur les conclusions qu'il en a tirées. Voilà comment vous devez apprécier sa déposition. Vous devez vous demander si elle vous paraît fiable, convaincante. [...] Vous ne devez vous fonder sur cette pièce que si elle vous semble convaincante" » (§ 37). Le second requérant se vit par la suite refuser le droit de faire appel de sa condamnation.

Le 20 janvier 2009, faisant application de la règle de la preuve unique ou déterminante, une chambre de la quatrième section de la Cour européenne des droits de l'homme conclut, à l'unanimité, à la violation de l'article 6, § 1 combiné avec l'article 6, § 3 d) concernant tant M. Al-Khawaja que M. Tahery. Cet arrêt suscita de vives critiques outre-Manche. En particulier, « dans les décisions rendues par elles dans l'affaire *R. v. Horncastle and others*, la cour d'appel et la cour suprême du Royaume-Uni se sont livrées à une analyse de l'arrêt [*de chambre*] *Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni* » (§ 51). Le 22 mai 2009, « la cour d'appel indiqua que le pouvoir conféré au juge par l'article 125 de la loi de 2003 de mettre un terme au procès devant le caractère non concluant d'un ouï-dire [...] représentait une garantie propre à assurer une "appréciation équilibrée de la fiabilité" de ce mode de preuve et que la justice n'aurait rien à gagner à ce que ce pouvoir soit bridé par une règle imposant qu'il en soit fait

usage à chaque fois que le oui-dire constitue la preuve unique ou déterminante de la culpabilité d'un accusé » (§ 55), ajoutant qu'« en présence de raisons légitimes de douter de la valeur probante d'un oui-dire important pour l'issue d'une affaire, il incombait au juge de se forger sa propre conviction sur la solidité d'une éventuelle condamnation en portant une appréciation sur la fiabilité du oui-dire, sa place dans l'ensemble des éléments de preuve, les questions mises au jour dans l'affaire et toutes les autres circonstances propres à celle-ci » (*ibid.*). Quant à la cour suprême du Royaume-Uni, par un arrêt du 9 décembre 2009, elle confirma à l'unanimité la décision de la cour d'appel. « Dans cet arrêt, qu'il lui revint de prononcer, Lord Phillips déclara que, si la loi de 1998 sur les droits de l'homme imposait aux juridictions internes de "tenir compte" de la jurisprudence de Strasbourg s'agissant des principes bien établis, dans les rares cas où la Cour de Strasbourg pouvait sembler ne pas avoir bien compris ou suffisamment pris en compte telle ou telle particularité du droit anglais dans l'un de ses arrêts, il leur était loisible de ne pas se conformer à la solution retenue par elle » (§ 57). Il précisa - non sans une certaine mauvaise foi au regard de la clarté de la jurisprudence strasbourgeoise sur la preuve unique ou déterminante - que « l'examen de la jurisprudence de Strasbourg sur l'article 6, § 3 d) l'avait conduit à conclure que la Cour avait reconnu la nécessité d'apporter certains tempéraments à la rigueur de cette disposition, mais que les cas dans lesquels elle avait accepté d'y aménager des exceptions formaient une jurisprudence manquant de clarté » (§ 58). Il ajouta, par ailleurs, qu'« il lui semblait que la raison pour laquelle ce critère avait été élaboré tenait à ce que la procédure pénale continentale ne possédait pas, en matière d'admissibilité des moyens de preuve, un corpus de règles législatives et jurisprudentielles comparable à celui de la *common law* » (*ibid.*). Il jugea encore que « l'introduction du critère de la preuve unique ou déterminante dans la procédure pénale britannique causerait de sérieuses difficultés d'ordre pratique » (§ 59), relevant notamment que « le critère en question serait difficile à appliquer en raison du manque de clarté du terme "déterminant" » (*ibid.*). Enfin, il estima que, selon lui, « l'introduction du critère de la preuve unique ou déterminante dans la procédure pénale anglaise était inutile, dans la mesure où, si les dispositions de la loi de 2003 étaient respectées, il était exclu qu'une condamnation - même fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur une preuve par oui-dire - pût être contraire à l'article 6, § 3 d) » (§ 61). Sans doute soucieux de « mettre les points sur les i », Lord Brown, quant à lui, « s'exprima ainsi : "La présente affaire revêt une importance capitale. S'il fallait considérer que la jurisprudence de Strasbourg énonce un principe strict et inflexible selon lequel une condamnation fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déclaration d'un témoin non comparant ou anonyme est nécessairement inéquitable et doit être annulée pour violation de l'article 6, § 1 et 3 d) de la Convention, l'ensemble des règles internes visant à garantir l'équité du procès [...] devraient être remises en cause et un grand nombre de condamnés devraient être remis en liberté. On a peine à concevoir que la Cour de Strasbourg ait pu énoncer un principe aussi absolu. [...] De la même manière, il n'est guère pensable que la Cour de Strasbourg ait eu conscience des difficultés pratiques et des inconvénients qu'un principe tel que celui qui est ici en cause ne manquerait pas d'engendrer [...] s'il revêtait un caractère absolu" » (§ 62).

Sur le terrain des « principes généraux », la Cour commence par rappeler que « le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire [...] ne va pas sans exceptions » (§ 118), mais que les « droits de la défense [...] commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur » (*ibid.*). Elle ajoute ensuite que « de ce principe général découlent, selon la jurisprudence de la Cour, deux exigences : premièrement, l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux ; deuxièmement, lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 (règle de la preuve "unique ou déterminante") » (§ 119). Partant, la question primordiale posée *in casu* est celle de « savoir si cette règle doit être considérée comme une règle absolue dont le non-respect rendrait automatiquement la procédure inéquitable et emporterait par conséquent violation de l'article 6, § 1 de la Convention » (*ibid.*). Mais avant d'y répondre, la Cour donne de précieuses indications sur ces deux motifs

sérieux susceptibles de justifier l'absence d'un témoin que sont le décès et la peur.

Si, selon la Cour, « il est évident que lorsque le témoin est décédé, son témoignage ne peut être pris en compte que si sa déposition a été versée au dossier » (§ 121), « l'absence due à la peur appelle un examen plus poussé » (§ 122). Elle distingue deux types de peur : « la peur imputable à des menaces ou à d'autres manoeuvres de l'accusé ou de personnes agissant pour son compte, et la peur plus générale des conséquences que pourrait avoir le fait de témoigner au procès » (*ibid.*). En ce qui concerne le premier cas, elle affirme qu'« un accusé qui a agi de la sorte doit être réputé avoir renoncé à son droit, garanti par l'article 6, § 3 d), d'interroger les témoins en question » (§ 123), précisant qu'« il faut en juger de même lorsque les menaces ou manoeuvres qui sont à l'origine de la peur de comparaître du témoin proviennent de personnes agissant pour le compte, ou au su et avec l'approbation, de l'accusé » (*ibid.*). Pour ce qui est du second cas, elle considère qu'« il n'est [...] pas nécessaire pour que le témoin soit dispensé de comparaître à l'audience que sa peur soit directement due à des menaces de l'accusé » (§ 124), précisant que, « en outre, la peur pour la vie ou l'intégrité physique d'un tiers et la crainte d'un préjudice matériel sont également des éléments à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier l'opportunité de contraindre un témoin à comparaître » (*ibid.*). Pour autant, « toute peur subjective ressentie par le témoin ne suffit pas à le dispenser de comparaître » (*ibid.*) : « le juge doit mener les investigations appropriées pour déterminer, premièrement, si cette peur est fondée sur des motifs objectifs et, deuxièmement, si ces motifs objectifs reposent sur des éléments concrets » (*ibid.*). Pour conclure sur cette question préliminaire, la Cour souligne que « lorsque le témoin n'a jamais été interrogé aux stades antérieurs de la procédure, il ne faut admettre sa déposition écrite en lieu et place de sa présence au procès qu'en dernier recours » (§ 25) : « avant de pouvoir dispenser un témoin de comparaître au motif qu'il craint de se présenter au procès, le juge doit estimer établi que toutes les autres possibilités, telles que l'anonymat ou d'autres mesures spéciales, seraient inadaptées ou impossibles à mettre en oeuvre » (*ibid.*). Par delà ces utiles précisions (synthétisant pour partie la jurisprudence antérieure de la Cour), le coeur de l'arrêt est constitué des paragraphes 129 à 165 dans lesquels la Cour, après avoir répondu aux quatre arguments formulés par le gouvernement, relayant les critiques des juges britanniques, consacre une exception à la règle de la preuve unique et déterminante.

En réponse à l'argument du gouvernement selon lequel l'article 6, § 3 d) de la Convention aurait été conçu pour produire des effets principalement dans les pays de droit romain, les pays de *common law* ayant de longue date adopté un droit de la preuve respectueux du procès équitable, dont la proscription de principe de la preuve par oui-dire, la Cour, après avoir opportunément relevé que « les affaires ici examinées sont nées précisément du fait que l'exclusion stricte du oui-dire a été abandonnée en Angleterre et au pays de Galles » (§ 130), indique que « s'il importe qu'[elle] tienne compte des différences significatives qui peuvent exister entre les divers systèmes juridiques et les procédures qu'ils prévoient, notamment quant à la recevabilité des preuves dans les procès pénaux, il reste que, lorsqu'elle examine la question du respect ou non des [*clauses des paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6*] de la Convention dans une affaire donnée, elle doit appliquer les mêmes critères d'appréciation quel que soit l'ordre juridique dont émane l'affaire » (§ 130). Sur les difficultés pratiques engendrées, selon le gouvernement, par la règle de la preuve unique ou déterminante, faute d'explications suffisantes sur le caractère déterminant ou non d'une preuve, la Cour précise que « 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 » (§ 131). Si elle admet qu'« il [*peut*] être difficile pour un juge de déterminer avant le procès, alors qu'il n'a pas encore examiné et soupesé la totalité des éléments versés au dossier, lesquels seront déterminants » (§ 133), elle considère que, « une fois l'ensemble des éléments à charge présentés par l'accusation, l'importance et le poids des dépositions des témoins absents peuvent être appréciés par le juge à la lumière des autres éléments à charge » (§ 134), étant rappelé que « dans les systèmes de *common law*, il est fréquent que les juges doivent, à ce stade, déterminer s'il y a lieu de tenir un procès contre l'accusé » (*ibid.*), ceux-ci devant alors « apprécier la force probante et la fiabilité des éléments à charge » (*ibid.*). En ce qui concerne l'argument gouvernemental suivant lequel « il n'aurait pas été suffisamment débattu du principe sous-tendant cette règle, qui reposerait sur la supposition erronée que tout témoignage par oui-dire crucial pour une affaire doit être considéré comme sujet à

caution ou, en l'absence d'un contre-interrogatoire du témoin, comme impossible à évaluer correctement » (§ 129), la Cour y répond, de manière très convaincante, en expliquant que « la règle repose plutôt sur le principe selon lequel plus la preuve que constitue le témoignage est importante, plus grande est l'injustice que risque de subir l'accusé si l'on permet au témoin de rester anonyme ou de ne pas être présent au procès, et plus grande est la nécessité de respecter des règles permettant de garantir que la fiabilité du témoignage est démontrable ou qu'elle peut être dûment testée et appréciée » (§ 139).

C'est dans sa réponse au quatrième argument du gouvernement que la Cour ouvre une brèche dans la règle de la preuve unique ou déterminante. En effet, courtoisement, mais fermement, sommée par le gouvernement britannique de s'expliquer sur la « rigidité excessive » de la règle de la preuve unique ou déterminante (§ 129 *in fine*), la Cour, affirme tout d'abord que « pour apprécier le respect de l'article 6, § 3, [elle] examine toujours l'équité de la procédure dans son ensemble » (§ 143 *in fine*). Elle concède ensuite que, si la règle de la preuve unique et déterminante « doit être appliquée de la même manière » (§ 146), « il ne serait pas juste d'examiner l'équité d'une procédure en appliquant cette règle de manière rigide ou en ignorant totalement les spécificités de l'ordre juridique concerné et, notamment, de ses règles d'administration des preuves » (*ibid.*) : « ce serait faire de cette règle un instrument aveugle et inflexible n'ayant rien à voir avec la manière dont la Cour examine traditionnellement la question de l'équité globale de la procédure, à savoir en mettant en balance les intérêts concurrents de la défense, de la victime et des témoins et l'intérêt public à assurer une bonne administration de la justice » (*ibid.*). Sa « conclusion générale sur la règle de la preuve unique ou déterminante » est la suivante :

« Étant donné les risques inhérents aux témoignages par oui-dire, le caractère unique ou déterminant d'une preuve de ce type admise dans une affaire est [...] un facteur très important à prendre en compte dans l'*appréciation de l'équité globale de la procédure* et il doit être *contrebalancé par des éléments suffisants*, notamment par des *garanties procédurales solides*. Dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose en rapport avec une déposition d'un témoin absent, il s'agit de savoir 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. L'examen de cette question permet de ne prononcer une condamnation que si la déposition du témoin absent est suffisamment fiable compte tenu de son importance dans la cause » (§ 147 (10)).

Faisant application de la règle de la preuve unique ou déterminante ainsi assouplie, eu égard aux « mesures compensatoires » (§ 148) qui existaient dans le droit anglais à l'époque des procédures litigieuses, la Cour, d'une part, par quinze voix contre deux, conclut à la non-violation de l'article 6, § 3 d) de la Convention dans l'affaire *Al-Khawaja* et, d'autre part, à l'unanimité, à la violation dudit article dans l'affaire *Tahery*.

L'arrêt ici commenté, il convient de le rappeler, a été rendu dans un contexte de tension entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Royaume-Uni : outre que celui-ci a refusé d'appliquer la jurisprudence européenne relative à la règle de la preuve unique ou déterminante après l'arrêt de chambre du 20 janvier 2009, la question du droit de vote des détenus fait figure de *casus belli* entre Londres et Strasbourg (11), et l'arrêt de Grande chambre à venir, sur cette question, dans l'affaire *Scoppola c/ Italie (n° 3)* est attendu avec impatience (12). Le rôle du commentateur d'arrêts n'étant pas de faire des procès d'intention à ceux qui les ont rendus, on s'en tiendra prudemment au contenu manifeste de l'arrêt de Grande chambre *Al-Khawaja et Tahery c/ Royaume-Uni*. En l'occurrence, la question qui se pose est de savoir si, comme l'affirment les juges Sajó et Karakas dans leur opinion commune en partie concordante et en partie dissidente, la Cour a abaissé le niveau de protection de la Convention en permettant de compenser l'absence de confrontation de l'accusé avec un témoin à charge unique ou déterminant par des « garanties procédurales solides ».

Le coeur du raisonnement suivi est assurément l'affirmation selon laquelle « pour apprécier le respect de l'article 6, § 3, la Cour examine toujours l'équité de la procédure dans son ensemble », avec un renvoi à l'arrêt de Grande Chambre *Salduz c/ Turquie*. C'est en effet sur la base de cette affirmation, et de ce renvoi, que la Cour fait du droit à la confrontation avec

les témoins à charge, consacré par l'article 6, § 3 d) de la Convention, un droit *relatif*, en admettant que l'absence de confrontation puisse être compensée par de solides garanties de procédure. S'agissant du renvoi à l'arrêt de Grande Chambre *Salduz c/ Turquie*, il convient de comparer les situations en cause dans l'affaire *Salduz*, d'une part, et dans les affaires *Al-Khawaja* et *Tahery*, d'autre part. Dans l'affaire *Salduz*, était en cause le droit à l'assistance d'un avocat *dès les premiers stades des interrogatoires* « que la Convention n'énonce pas expressément » (13), l'article 6, § 3 c) consacrant précisément le droit pour « tout accusé à [...] se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix ». En somme, dans cet arrêt, comme dans un certain nombre d'autres (14), la Cour a précisé la portée du droit pour tout accusé à bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix (15), indiquant que le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires en découlant, non absolu, pouvait être, lui, soumis à certaines restrictions (16). Dans les affaires *Al-Khawaja* et *Tahery*, contrairement à l'affaire *Salduz*, était en cause un droit que la Convention énonce *expressément* en son article 6, § 3 d) : celui d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge. La règle dite « de la preuve unique ou déterminante » étant la matérialisation, sur le terrain probatoire, de ce dernier, admettre des exceptions à celle-là équivaut à accepter que celui-ci puisse, dans certains cas, être « vidé de sa substance » (17). Alors que dans l'arrêt *Salduz* la Grande Chambre n'a fait que préciser les conditions d'exercice du droit consacré par l'article 6, § 3 c) (18), dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* elle consacre le principe de la possible violation de l'article 6, § 3 d). Aussi, quand bien même la Cour examinerait-elle « toujours l'équité de la procédure dans son ensemble » pour apprécier le respect des divers droits garantis par l'article 6, § 3 - ce qui reste à démontrer -, il est pour le moins douteux qu'une procédure puisse être équitable en présence d'une violation de l'un de ces droits. Il faut d'ailleurs relever que le présent arrêt aboutit à un curieux changement de perspective lorsqu'on le confronte à un certain nombre d'arrêts antérieurement rendus dans des affaires où était en cause l'admissibilité de preuves au regard du droit à un procès équitable : alors que dans ces derniers la Cour affirmait que « pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés » (19), elle considère ici, *de facto*, que pour déterminer si les droits de la défense ont été respectés il faut aussi se demander si la procédure a été équitable dans son ensemble. La Cour en viendra-t-elle, demain, à considérer qu'un accusé peut être privé de son droit à « être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui » (art. 6, § 3 a)), de son droit à « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » (art. 6, § 3 b)), de son droit à « se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent » (art. 6, § 3 c)) et de son droit à « se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience » (art. 6, § 3 e)) dès lors que la procédure aura été équitable « dans son ensemble » ? À l'approche holistique ici adoptée, la Cour eût dû s'en tenir à l'approche garantiste qui était, jusqu'à présent, la sienne. En relativisant le droit d'interroger ou de faire interroger un témoin à charge unique ou déterminant, la Cour fait droit à l'argument spécieux de la « rigidité » de la règle de la preuve unique ou déterminante telle qu'entendue pendant de nombreuses années. Or, le terme même de « rigidité », péjoratif, est impropre. En procédure pénale, un certain nombre de principes et règles sont absolus, et doivent l'être, pour protéger efficacement la personne poursuivie (d'un point de vue macro-procédural, la démarche consistant à brandir quelques exemples censés démontrer la non-pertinence d'une règle (20) n'est pas efficiente). La relativisation de la règle de la preuve unique ou déterminant ne peut qu'être source d'insécurité juridique dès lors que, ne procédant pas d'un ou plusieurs critères clairs, précis et objectifs, elle induit une appréciation au cas par cas, par le juge national et/ou européen des droits de l'homme, de la valeur des garanties procédurales censées compenser la mise hors jeu du droit à la confrontation avec un témoin à charge unique ou déterminant, créant ainsi une incertitude bien plus grande que celle (à laquelle elle vient d'ailleurs s'ajouter) née de la nécessité d'apprécier le caractère déterminant ou non du témoignage (21). Elle devrait entraîner des évolutions législatives ou jurisprudentielles dans les États parties, dont la France, qui avaient accordé leur violon procédural sur le diapason strasbourgeois (22). Il reste, toutefois, à espérer que la théorie procédurale de la compensation ne sera pas étendue aux autres droits garantis par l'article 6 § 3...

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Procès équitable * Principe du contradictoire * Audition de témoin * Preuve par ouï-dire

(1) CEDH 27 févr. 2001, *Lucà c/ Italie*, § 40.

(2) Définition citée par la Cour dans le présent arrêt (§ 40).

(3) V. les § 31 à 33 de l'arrêt.

(4) V. not. CEDH 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas* (§ 44) ; CEDH, 19 déc. 1990, n° 11444/85, *Delta*, D. 1991. 213 , obs. J. Pradel  ; GAPP, 7^e éd. 2011, n° 45 ; RSC 1990. 832, obs. L.-E. Pettiti  ; *ibid.* 1991. 393, obs. L.-E. Pettiti , § 37 ; CEDH, 20 sept. 1993, n° 14647/89, *Saidi c/ France*, D. 1995. 104 , obs. J.-F. Renucci  ; RSC 1994. 142, obs. L.-E. Pettiti  ; *ibid.* 362, obs. R. Koering-Joulin , § 43 et 44).

(5) V. § 76 de l'arrêt.

(6) V. § 55 de l'arrêt.

(7) V. § 25 de l'arrêt.

(8) Outre les arrêts *A.M. c/ Italie* et *Lucà c/ Italie*, préc., et l'arrêt de chambre rendu le 20 janv. 2009 dans les présentes affaires, V. not. CEDH 17 juill. 2001, *Sadak et autres c/ Turquie* (n° 1), § 65 ; 19 juin 2003, *Hulki Günes c/ Turquie*, § 86 ; 2 août 2005, *Kolu c/ Turquie*, § 59 ; 13 oct. 2005, § 55 ; 13 avr. 2006, *Vaturi c/ France*, § 50, et *Zentar c/ France*, § 26 ; 20 avr. 2006, *Carta c/ Italie*, § 49 ; 22 juin 2006, § 53 ; 19 oct. 2006, *Majadallah c/ Italie*, § 38 ; 6 févr. 2007, *Mentes c/ Italie*, § 30 ; *Panarisi c/ Italie*, 10 avr. 2007, § 106 ; 27 mai 2008, *Ünel c/ Turquie*, § 38 ; 13 janv. 2009, n° 926/05, *Taxquet c/ Belgique*, D. 2009. 1058 , note J.-F. Renucci  ; Just. & cass. 2011. 241, étude C. Mathon ; RFDA 2009. 677, étude L. Berthier et A.-B. Caire  ; RSC 2009. 657, obs. J.-P. Marguénaud , § 58 ; 30 avr. 2009, *Tsotsos c/ Grèce*, § 33 ; 16 févr. 2010, *V.D. c/ Roumanie*, § 110 ; 18 mai 2010, *Ogaristi c/ Italie*, § 58 ; 1^{er} mars 2011, *Nevruz Bozkurt c/ Turquie*, § 48.

(9) V. § 76 de l'arrêt.

(10) Souligné par nous.

(11) Sur la question, V. CEDH, 6 oct. 2005, n° 74025/01, AJDA 2006. 466, chron. J.-F. Flauss  ; RSC 2006. 662, chron. F. Massias  ; CEDH, 23 nov. 2010, n° 60041/08, D. 2011. 193, obs. J.-F. Renucci  ; RSC 2011. 226, obs. J.-P. Marguénaud .

(12) Le Royaume-Uni avait initialement jusqu'au 11 oct. 2011 pour mettre sa législation en conformité avec les arrêts *Hirst* (n° 2) et *Greens et M.T.*, mais ce délai a été prolongé pour une période expirant six mois après la date à laquelle l'arrêt de Grande chambre dans l'affaire *Scoppola c/ Italie* (n° 3) aura été rendu.

(13) V. § 52 de l'arrêt.

(14) V. p. ex. CEDH, 8 févr. 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, § 63 ; 6 juin 2000, *Magee c/ Royaume-Uni*, § 41 ; 16 oct. 2001, *Brennan c/ Royaume-Uni*, § 45 ; 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*, D. 2009. 2897 , note J.-F. Renucci  ; AJ pénal 2010. 27 , étude C. Saas  ; RSC 2010. 231, obs. D. Roets , § 31 ; 2 mars 2010, *Adamkiewicz c/ Pologne*, § 84 ; 21 déc. 2010, *Hovanesian c/ Bulgarie*, § 32.

(15) En ce sens, V. not. CEDH, gr. ch., *Salduz c/ Turquie*, préc., § 51.

(16) Ibid. ; V. cep. ci-dessus les obs. de J.-P. Marguénaud à propos de l'arrêt CEDH, 27 oct. 2011, n° 25303/08, *Stojkovic c/ France et Belgique*, AJ pénal 2012. 93 , note J.-R. Demarchi .

(17) V. l'opinion commune des juges Sajó et Karakas.

(18) V. § 51 de l'arrêt.

(19) CEDH, gr. ch., 11 juil. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, § 96 ; dans le même sens, V. not. CEDH, 1^{er} mars 2007, *Heglas c/ République Tchèque*, § 86 ; 11 déc. 2008, *Panovits c/ Chypre*, 11 déc. 2008, § 82 ; gr. ch., 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, § 90 ; 28 juil. 2009, *Lee Davies c/ Belgique*, § 42 ; gr. ch., 1^{er} juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, § 164

(20) En ce sens, V. § 60 de l'arrêt.

(21) En ce sens, V. l'opinion commune des juges Sajó et Karakas.

(22) Pour la France, V. Crim. 12 févr. 1997, n° 96-82.266, inédit, et Crim., 10 mai 2006, n° 05-82.826, Bull. crim. n° 123 ; AJ pénal 2006. 318  ; pour une application stricte du droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge, V. Crim., 18 mai 2010, n° 09-83.156, Bull. crim. n° 88 ; D. 2010. 1653, chron. P. Chaumont, A. Leprieur et E. Degorce  ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel .