



HAL
open science

GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE ET LUTTE CONTRE LE TERRORISME

Laure Laganier Milano

► **To cite this version:**

Laure Laganier Milano. GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE ET LUTTE CONTRE LE TERRORISME. Revue des droits et libertés fondamentaux, 2015. hal-02298468

HAL Id: hal-02298468

<https://hal.science/hal-02298468>

Submitted on 26 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE ET LUTTE CONTRE LE TERRORISME

 revuedlf.com/cedh/garanties-du-proces-equitable-et-lutte-contre-le-terrorisme/

Article par [Laure Milano](#)

Chronique classée dans [Droit européen des droits de l'homme](#)

Appartient au dossier : "[Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux](#)"

RDLF 2015, chron. n°07

Mot(s)-clef(s): [Article 3 de la CEDH](#), [article 6 de la CEDH](#), [CEDH](#), [CourEDH](#), [Droits de la défense](#), [Preuve, terrorisme](#)

À la lumière de l'arrêt Ibrahim c/ Royaume-Uni du 16 décembre 2014, il est intéressant de revenir sur la jurisprudence européenne relative à l'application des garanties du procès équitable dans des contentieux liés au terrorisme. La question centrale dans ces contentieux est celle de l'admissibilité de la preuve, admissibilité qui s'avère particulièrement problématique lorsque la preuve est obtenue en violation de l'article 3 de la Convention ou en violation des droits de la défense.

Le contentieux lié à l'application des garanties du procès équitable dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est paradoxalement très peu développé devant la Cour de Strasbourg, alors que l'article 6 de la Convention reste la garantie la plus invoquée devant elle. Si on élargit le recensement aux autres droits garantis dans la Convention, on s'aperçoit que la moisson est plus riche, notamment sous l'angle des articles 3 et 5 garantissant respectivement l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants et le droit à la liberté et à la sûreté. Ce contentieux reste néanmoins quantitativement moins important qu'il ne l'est devant les juridictions de l'Union européenne, celles-ci étant essentiellement confrontées au problème des mesures restrictives touchant les personnes susceptibles de financer des activités terroristes.

Nul doute cependant que les contentieux en lien avec la lutte anti-terroriste sont appelés à se développer sous l'angle de la Convention EDH et bien sûr, notamment, en ce qui concerne les garanties procédurales.

Il s'agit même, nous semble-t-il, du principal défi qui attend les démocraties européennes et le juge européen des droits de l'homme : comment concilier lutte efficace contre le terrorisme et respect des garanties procédurales. Face à une menace terroriste grandissante et avant même que les terribles événements qui viennent de frapper la France se soient produits, la plupart des États européens annonçaient le renforcement de leur arsenal législatif en la matière. Ainsi, David Cameron l'annonçait dès le mois de septembre pour le Royaume-Uni et la France se dotait en novembre dernier d'une nouvelle loi contre le terrorisme ([Loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014](#) ; Note C. Maro, *JCP G*, 2014.1203). Celle-ci s'inscrit dans un contexte général de renforcement des outils de surveillance. Ces outils sont destinés à lutter contre la criminalité organisée et trouvent une application dans la lutte contre le terrorisme telle que la loi sur la géolocalisation ([Loi n°2014-372 du 28 mars 2014](#) ; Note J. Pradel, *JCP G*, 2014.77) ou celle relative à la programmation militaire ([Loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013](#) ; Entretien L. Marino, *Dalloz*, 2014.360) qui renforce le dispositif étatique en matière de cyberdéfense et de surveillance des traces numériques et dont un décret ([n°2014-1576 du 24 décembre 2014](#)) relatif à l'accès administratif aux données de connexion, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2015, prévoit un accès très vaste des services de l'État aux télécommunications (téléphone, SMS, internet etc).

L'ensemble de ces moyens dont se dotent les États pour faire face à la menace terroriste sont susceptibles de porter atteinte à différents droits et libertés. Sont toujours placées en exergue, les atteintes potentielles au droit au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, qui inclut la liberté de recevoir et de communiquer des informations, droits qui, il est vrai, sont « les victimes directes » de ces nouveaux outils, même si l'utilisation de ces derniers peut s'avérer tout à fait justifiée et justifiable.

On oublie trop souvent de dire que le respect des garanties procédurales se situe au cœur du débat. Dans la guerre que les États européens semblent décider à mener de manière enfin efficace contre le terrorisme, beaucoup s'inquiètent du sort des droits et libertés et le débat va vraisemblablement enfler en France au cours des prochains mois. Ne va-t-on pas multiplier les lois d'exception ? Porter une atteinte disproportionnée à nos libertés ? S'acheminer vers un *Patriot Act* à la française ? Autant de questions légitimes qui ne trouveront de réponses convaincantes que si le respect des garanties procédurales constitue un moyen et une finalité de la politique de lutte contre le terrorisme.

Nous l'avons souvent écrit (voy. notamment notre thèse, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention EDH* Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006) et nous en sommes plus que jamais convaincue, les garanties procédurales sont le vecteur des droits, elles ne sont pas l'accessoire du droit, elles sont au cœur du droit et des droits. Le respect des droits procéduraux constitue donc une condition mais également une garantie incontournable du respect des autres droits.

La problématique à laquelle les sociétés démocratiques vont être confrontées est de savoir si le contentieux lié au terrorisme peut justifier une modulation des garanties procédurales. L'arrêt *Ibrahim c/ Royaume-Uni* du 16 décembre 2014 (n°50541/08 ; *JCP G* 2015.62 act. L. Milano) concernant le déroulement d'une enquête sur des attentats ratés intervenant quelques jours après ceux dans le métro de Londres, fournit l'occasion de se livrer à une analyse plus globale de la jurisprudence européenne. La question centrale en la matière, et de manière générale en droit pénal, est celle de l'obtention de la preuve, puisque seule la preuve d'agissements répréhensibles permettra l'arrestation puis le jugement du suspect. De ce point de vue, l'arrêt *Ibrahim* marque indéniablement un recul des droits de la défense. Il s'inscrit toutefois dans une jurisprudence concernant l'admissibilité de la preuve qui ne manque pas d'ambiguïté.

Selon une jurisprudence constante, la Cour EDH considère que l'article 6 ne régit pas le régime des preuves en tant que tel et octroie donc une marge d'appréciation importante aux États en la matière. Elle estime, en effet, que l'administration des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et qu'il revient aux juridictions nationales d'apprécier les preuves et leur pertinence (12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse*, §46). En vertu de ce principe de subsidiarité, elle considère donc « qu'elle n'a pas à se prononcer, par principe, sur l'admissibilité de certaines sortes d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne, ou encore sur la culpabilité du requérant. Elle doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'« illégalité » en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation » (1^{er} mars 2007, n°5935/02, *Heglas c/ Rép. Tchèque*, §§89-92).

Il est, toutefois, très rare qu'elle considère que la violation d'un droit substantiel pour recueillir les preuves, entache la procédure d'iniquité. Ainsi, dans la très grande majorité des arrêts relatifs à l'utilisation d'écoutes secrètes et illégales, la Cour, bien qu'elle ait constaté une violation du droit au respect de la vie privée, n'a pas conclu à la violation de l'article 6 (par ex. *GC*, 10 mars 2009, n°4378/02, *Bykov c/ Russie*).

La Cour a, toutefois, toujours distingué les preuves obtenues en violation d'un droit protégé par la Convention, le plus souvent l'article 8 mais d'autres droits peuvent également être invoqués, et les preuves recueillies au moyen d'une mesure jugée contraire à l'article 3, distinction justifiée par le caractère absolu de ce dernier droit. Si la Cour admet généralement que l'utilisation de preuves obtenues en violation de droits garantis n'entache pas l'équité du procès, l'utilisation de preuves obtenues par la torture entraîne, au contraire, automatiquement la violation de l'article 6. Toutefois, même lorsqu'il s'agit de la violation de l'article 3, la jurisprudence européenne n'est pas toujours aussi ferme que l'on aurait pu s'y attendre.

Il convient donc de revenir sur cette question fondamentale qu'est l'utilisation de preuves obtenues en violation de l'article 3 dans le procès puis de s'interroger sur la question du respect des droits de la défense en matière d'admissibilité de la preuve.

I- ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE ET VIOLATION DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION.

La jurisprudence en la matière ne s'est pas forgée à partir d'affaires en lien avec le terrorisme, néanmoins c'est un tel contentieux qui a donné l'occasion à la Cour de préciser sa jurisprudence. Ainsi que le fait immanquablement la Cour, il faut rappeler que « même dans des situations extrêmement difficiles, telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime » (GC, 11 juill. 2006, n°54810/00, *Jalloh c/ Allemagne*, §99 ; JCP G 2007. I 106, obs. F. Sudre), l'article 3 ne souffrant d'aucune exception ni dérogation.

Pourtant, en distinguant deux types de preuves, la Cour opère une différenciation très contestable qui remet, selon nous, en cause la portée absolue de ce droit.

A- La distinction opérée par la Cour entre l'aveu et les preuves matérielles.

Dans l'arrêt *Jalloh* (op. cit.), concernant un trafiquant de drogue, la Cour va poser les bases de son raisonnement en estimant que l'utilisation dans le cadre d'une procédure pénale d'éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 frappe d'iniquité l'ensemble du procès (§108) ; elle conclura à la violation de l'article 6, le requérant ayant été soumis à un traitement inhumain et dégradant pour obtenir les preuves de sa culpabilité (administration forcée d'émétiques pour récupérer les sachets de drogue qu'il avait avalés). Elle va ensuite affiner son raisonnement dans l'arrêt *Gäfgen c/ Allemagne* (GC, 1^{er} juin 2010, n°22978/05 ; JCP G 2010.859, obs. F. Sudre), affaire particulièrement délicate concernant un meurtrier soumis à des traitements contraires à l'article 3 pour le faire avouer où était l'enfant qu'il avait enlevé, dans l'espoir de le sauver.

La ligne d'analyse de la Cour se fonde sur une distinction subtile, peu claire et critiquable entre la preuve par aveux et les preuves matérielles. Ainsi, l'admission dans la procédure pénale d'aveux ou de déclarations obtenus par la torture ou tout autre traitement contraire à l'article 3 entache d'iniquité l'ensemble de la procédure (*Gäfgen*, §166), ces preuves doivent donc être automatiquement exclues du procès. En ce qui concerne l'utilisation dans le procès de preuves matérielles obtenues par des traitements contraires à l'article 3, la Cour estime que si ces éléments matériels à charge ont été obtenus par des actes qualifiables de torture, ils ne peuvent jamais, quelle que soit leur valeur probante, être utilisés, leur utilisation entraînant automatiquement la violation de l'article 6 (*Gäfgen*, §173). En revanche, « l'utilisation de telles preuves obtenues au moyen d'un traitement contraire à l'article 3 qui se situe en-deçà de la torture ne contrevient à l'article 6 que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure, c'est-à-dire qu'elle a eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine » (*Gäfgen*, §178, mais surtout *CEDH, 25 sept. 2012, n°649/08, El Haski c/ Belgique*, §85).

Le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Gäfgen* est particulièrement tortueux, et vivement critiqué par les juges dissidents, et s'explique sans doute par les circonstances très particulières de cette affaire. La Cour y aboutira à un constat de non violation de l'article 6 au motif que les aveux du requérant obtenus par un traitement inhumain n'ont pas été utilisés lors du procès ; quant aux preuves matérielles découvertes, bien qu'elles soient le résultat direct de l'interrogatoire du requérant mené en violation de l'article 3, elles n'ont pas servi à prouver la culpabilité ou à fixer la peine du requérant, celui-ci ayant tout avoué lors du procès.

B- Une distinction très contestable.

1- La fermeté de la Cour en matière d'aveux obtenus par un traitement contraire à l'article 3.

L'hypothèse d'aveux ou de déclarations obtenus en méconnaissance de l'article 3 est la moins problématique dans la mesure où la règle d'exclusion est alors automatique. Ce cas de figure va être précisé lors d'affaires liées au terrorisme, tel l'arrêt *Othman c/ Royaume-Uni* (17 janv. 2012, n°8139/09 ; JCP G 2012.141, actu. L. Milano) concernant un requérant soupçonné de liens avec Al-Quaïda et qui devait être expulsé vers la Jordanie. Le requérant arguait qu'en cas d'expulsion, il serait soumis en Jordanie à un procès et qu'il serait, de ce fait, exposé à un risque de torture et à un procès inéquitable fondé sur des preuves obtenues par la torture de ses co-défendeurs. Sous l'angle de l'article 6, la Cour va qualifier, pour la première fois, le recours à des preuves obtenues par la torture au cours d'un procès pénal de déni de justice flagrant. Clarifiant cette notion, qui était jusque-là entourée d'un certain flou (20 juill. 2001, n°30882/96, *Pellegrini c/ Italie*), elle précise qu'un déni de justice flagrant va au-delà de la simple violation des garanties du procès équitable et implique une destruction de

l'essence même des garanties de cet article (§§259-260). De plus, elle transpose sa jurisprudence relative à la charge de la preuve en cas d'expulsion contraire à l'article 3 (28 fév. 2008, n°37201/06, Saadi c/ Italie, §129) et estime que si le requérant doit apporter la preuve d'un risque réel de déni de justice flagrant, c'est à l'État de dissiper ces doutes. La Jordanie ne fournissant aucune assurance que les preuves obtenues par la torture des co-défendeurs du requérant ne seraient pas utilisées à son encontre, elle en conclut qu'en cas d'expulsion vers la Jordanie, où il sera rejugé, il encourt un risque réel de déni de justice flagrant contraire à l'article 6.

La Cour étend donc ici le champ d'application de sa jurisprudence *Gäfgen*, d'une part en utilisant la notion de victime potentielle, d'autre part en appliquant cette jurisprudence au cas où la victime de traitements contraires à l'article 3 n'est pas l'accusé lui-même mais un tiers, réalisant ainsi une sorte d'application par ricochet, ainsi qu'au cas où les traitements contraires à l'article 3 sont imputables non pas à l'État du for mais à un État tiers.

La responsabilité du juge interne s'en trouve dès lors alourdie, car il doit s'assurer que les éléments de preuve produits devant lui ont été recueillis de manière équitable, y compris lorsque ces éléments ont été recueillis dans un État tiers (7 avril 2011, n°25303/08, Stojkovic c/ France et Belgique).

Cette jurisprudence protectrice sera confirmée notamment dans l'arrêt *El-Haski* (*op. cit.*). Condamné pour terrorisme sur la base de témoignages de tiers fournis par les autorités marocaines, le requérant arguait d'une violation de l'article 6 au motif que ces preuves avaient été obtenues par la torture. Précisant l'arrêt *Othman*, la Cour estime que lorsque le système judiciaire de l'État tiers « n'offre pas de garanties réelles d'examen indépendant, impartial et sérieux » des allégations de traitements contraires à l'article 3 « il suffit, pour que l'intéressé puisse se prévaloir de la règle d'exclusion sous couvert de l'article 6 §1 de la Convention, qu'il démontre qu'il y a un risque réel que la déclaration litigieuse a été ainsi obtenue » (§88). En l'espèce, sur la base de diverses sources, notamment des rapports d'ONG, ce risque réel était établi, ce qui imposait aux juridictions belges d'écarter les preuves litigieuses « sauf à s'être préalablement assurées, au vu d'éléments spécifiques à la cause, qu'elles n'avaient pas été obtenues de cette manière » (§99).

On peut encore citer les arrêts du 24 juillet 2014 *Al Nashiri c/ Pologne* (requête no 28761/11) et *Husayn (Abu Zubaydah) c/ Pologne* (no 7511/13) dans lesquels la responsabilité de l'État polonais est engagée pour violation de l'article 6 du fait de sa coopération pour transférer les requérants depuis son territoire vers les États-Unis, alors qu'il savait que ceux-ci passeraient en jugement devant une commission militaire à Guantánamo selon une procédure ne respectant pas les exigences d'équité de la procédure et qu'il y avait donc un risque réel et prévisible qu'ils subissent un déni de justice flagrant.

Il convient, à ce propos, de signaler un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, en date du 3 septembre 2014 (n°11-83.598 ; *AJ Pénal* 2014.577, note O. Cahn). Cette affaire concerne trois terroristes français détenus au camp de Guantánamo, dans lequel ils subissent régulièrement de mauvais traitements, qui reçoivent la visite d'autorités françaises se présentant comme une « mission humanitaire » et qui sont en fait des agents des services secrets qui vont chercher à obtenir des aveux de leur part. Lors du procès en France de ces terroristes, les déclarations ainsi recueillies vont être utilisées à leur encontre. La Cour de cassation va rejeter les pourvois des requérants fondés sur une atteinte aux droits de la défense (*voy. infra*) en estimant « que les déclarations de culpabilité des prévenus ne sont fondées ni exclusivement ni même essentiellement sur les déclarations faites par eux, aux agents de la DST, alors qu'ils étaient détenus au camp militaire américain de Guantánamo (...) ». Cet arrêt soulève une nouvelle hypothèse puisque les déclarations obtenues par les agents des services secrets français ne l'ont pas été par des traitements contraires à l'article 3, néanmoins il est avéré que les détenus ont régulièrement subi de tels traitements lors de leur détention par les autorités américaines. Faut-il dans ce cas considérer que les déclarations faites dans un contexte de fragilité psychologique et physique doivent également être écartées ? La jurisprudence européenne ne fournit pas de réponse sur cette hypothèse, néanmoins, on peut penser qu'elle estimerait que de telles preuves sont irrecevables en raison de la situation de vulnérabilité psychologique dans laquelle se trouvaient les requérants (par ex. 6 juin 2000, n°28135/95, Magee c/ Royaume-Uni, §43). Si tel était le cas, suivant la ligne de l'arrêt *Gäfgen*, l'exclusion serait automatique, sans avoir à déterminer le poids réel de telles preuves dans la déclaration de culpabilité, contrairement au raisonnement suivi par la Cour de cassation.

Cet arrêt est d'autant plus étonnant que la Cour de cassation a consacré le principe de loyauté de la preuve et que

dans un arrêt du 7 janvier 2014 ([crim. n°13-85.246](#) ; Note E. Vergès, *Dalloz* 2014.407), elle a estimé que « porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique », arrêt rendu au visa de l'article 6 de la Convention (en l'espèce, sonorisation de cellules de garde à vue dans l'espoir d'obtenir des aveux). Or, cette définition correspond tout à fait à la situation des agents de l'autorité publique s'étant fait passer pour une mission humanitaire dans le but d'obtenir des aveux.

2- La brèche ouverte par la Cour en matière de preuves matérielles.

L'intransigeance de la Cour, s'agissant d'aveux obtenus en méconnaissance d'une valeur fondamentale de la Convention et de toute société démocratique, n'est malheureusement pas de mise s'agissant de l'obtention de preuves matérielles. En la matière, hormis l'hypothèse de torture, l'exclusion de telles preuves obtenues par un traitement inhumain ou dégradant n'est pas automatique. Même si cette hypothèse reste en pratique rare, elle soulève des difficultés importantes d'une part, parce qu'elle ouvre une brèche dans la protection de l'article 3, d'autre part parce qu'elle remet en cause l'idée même d'équité procédurale. A l'heure où certains États vont sans doute considérer que la fin justifie les moyens, cette brèche doit très vite être colmatée.

En l'état de sa jurisprudence, pour déterminer si les preuves matérielles obtenues par un traitement inhumain ou dégradant doivent ou non être exclues du procès, la Cour vérifie tout d'abord si ces éléments ont influé sur l'issue de la procédure. Elle vérifie ensuite si les droits de la défense ont été respectés et, en particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination qui « 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 » (*Jalloh*, *op. cit.*, §100), principe rappelé dans l'arrêt *Ibrahim c/ Royaume-Uni*, les requérants, nous y reviendrons, n'ayant cependant, en l'espèce, subi aucune pression ou contrainte. Pour rechercher si la procédure a anéanti « la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner en particulier les éléments suivants : la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus » (*Jalloh*, §101). Ainsi dans l'arrêt *Jalloh*, la Cour conclura à la violation de l'article 6 dans la mesure où la preuve matérielle obtenue par un traitement inhumain avait été déterminante dans la condamnation du requérant ; au contraire, dans l'arrêt *Gäfgen*, elle estimera que l'article 6 n'a pas été violé, les éléments matériels n'ayant pas été déterminants dans la condamnation du requérant.

Le raisonnement utilisé par la Cour nous paraît incohérent car il repose sur une prémisse, la distinction entre preuves obtenues par aveux et preuves matérielles, qui nous semble contestable et procède d'une compartimentation de la procédure très artificielle. Très souvent, et c'était le cas dans l'affaire *Gäfgen*, l'obtention des preuves matérielles n'est en effet que la résultante des déclarations du suspect, « la procédure pénale forme un tout organique et étroitement imbriqué. Un événement qui se produit dans une phase peut influencer sur ce qui advient à un autre stade et même parfois le déterminer » (opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt *Gäfgen*, *op. cit.*). Raisonner autrement s'inscrit à contre-courant de toute la jurisprudence relative à l'équité procédurale, la Cour ayant toujours estimé qu'il fallait considérer la procédure dans son ensemble et qu'un manquement à un stade de la procédure pouvait, selon sa nature, irrémédiablement vicier toute la procédure. C'est d'ailleurs cette logique qui a inspiré l'arrêt *Salduz* ([GC, 27 nov. 2008, n°36391/02, *Salduz c/ Turquie* ; GACEDH n°37](#)) et le respect des droits de la défense dès la garde à vue.

Plus fondamentalement, admettre au procès des preuves, même si elles n'ont aucune incidence sur la procédure, qui ont été obtenues en violation de l'article 3 revient à valider une dérogation à la protection absolue de l'article 3 et porte une atteinte irrémédiable à l'équité de la procédure. Il nous semble dès lors totalement inutile de rechercher si le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a été violé, la violation de l'article 3 emportant automatiquement la violation de l'article 6.

Certes, il ne faut pas éluder le fait que l'exclusion de preuves matérielles peut entraver la poursuite effective des infractions mais, ainsi que la Cour l'a elle-même reconnu, l'article 3 « ne saurait être mis en balance avec d'autres intérêts tels que la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête ou l'intérêt général à ce que soient menées des poursuites pénales effectives (...) ; sinon on sacrifierait ces valeurs et jetterait le discrédit sur l'administration de la justice » (*Gäfgen*, *op. cit.*, §176). Au regard de ces affirmations, la position de la Cour apparaît d'autant plus paradoxale.

II- ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE ET RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE

La question du respect des droits de la défense, que ce soit dans la manière de recueillir la preuve ou dans la possibilité d'en contester l'utilisation, est une question générale qui se pose qu'il y ait ou non atteinte à un autre droit protégé par la Convention pour recueillir la preuve. C'est l'élément sur lequel la Cour va se fonder pour déterminer si l'administration de la preuve est conforme à l'article 6 et si l'équité de la procédure a été respectée.

Dans la phase juridictionnelle, l'application du principe du contradictoire joue un rôle essentiel et implique la faculté de prendre connaissance des éléments de preuve et de les discuter. L'élément décisif pour la Cour est de savoir si le requérant « s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation » (*Bykov, op. cit.*, §90). Elle tient également compte du poids de l'élément de preuve litigieux, est-ce le seul élément à charge contre le requérant (12 mai 2000, n°35394/97, Khan c/ Royaume-Uni) ou est-ce un élément parmi d'autres (par ex. 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse, op. cit.*). En principe, le fait que le requérant puisse, de manière effective, contester les éléments de preuve à sa charge suffit à établir l'équité de la procédure (Voy. les arrêts *Schenk, Khan, Heglas, op.cit.*).

Néanmoins, à la lumière de l'arrêt *Ibrahim*, nous souhaiterions revenir sur la phase antérieure, celle de l'enquête, phase qui a fait l'objet d'une jurisprudence abondante ces dernières années et d'un constant renforcement des droits de la défense. Dans la phase d'enquête, deux exigences permettent de garantir les droits de la défense : le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de se taire (ou de ne point contribuer à sa propre incrimination). Or, sur ces deux aspects, l'arrêt *Ibrahim* innove.

A- Des raisons impérieuses peuvent justifier le report de l'intervention de l'avocat.

Bien qu'il soit désormais très connu, notamment pour ses implications sur le droit français, il est intéressant de revenir sur la motivation de l'arrêt *Salduz* (*op. cit.*), la Cour liant étroitement droit à l'assistance d'un avocat et admissibilité de la preuve (§55).

Le droit à l'assistance d'un avocat est garanti, pour les accusations en matière pénale, dans le §3 de l'article 6 et il a été reconnu comme applicable à la phase de l'instruction préliminaire menée par la police dès l'arrêt *John Murray c/ Royaume-Uni* (8 fév. 1996, n°18731/91 ; GACEDH n°35). L'arrêt *Salduz* ne vient que renforcer cette exigence en posant pour principe que ce droit doit être garanti « dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police » et en encadrant plus strictement les limitations à ce droit puisqu'il doit s'appliquer « sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit » (§56). La suite est également importante car la Cour considère que « même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6. Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation » (§56).

Ces raisons impérieuses de restreindre le droit d'accès à un avocat vont être admises, pour la première fois, par la Cour dans l'arrêt *Ibrahim*.

Dans cette affaire, il convient de différencier la situation des quatre requérants. Trois d'entre eux ont été arrêtés et interrogés par la police sans la présence d'un avocat, celle-ci ayant été reportée de quelques heures (7 ou 8 heures) ainsi que l'y autorisait la loi britannique de 2000 sur le terrorisme. La Cour estime, qu'en l'espèce, des raisons impérieuses justifiaient ce report. D'une part, elle différencie la situation de celle de l'arrêt *Salduz*, car les restrictions prévues par la loi anglaise n'ont rien de systématique, elles résultent d'une décision prise au cas d'espèce, selon les circonstances (§199) et sont strictement encadrées. D'autre part, elle met en exergue le contexte très particulier de cette affaire. Les arrestations des requérants ont eu lieu deux semaines après les

attentats dans le métro de Londres qui avaient tué 52 personnes. La police enquêtait dans des conditions matériellement difficiles et la conduite des auditions sans avocat est apparue nécessaire pour prévenir une menace imminente à la sécurité publique. De plus, la police a rigoureusement respecté le cadre législatif en vigueur. La Cour en conclut qu'il existait une menace exceptionnellement grave et imminente pour la sûreté publique, à savoir le risque d'autres attentats, et que cette menace constituait une raison impérieuse justifiant de retarder provisoirement l'accès des requérants à un avocat (§203). L'arrêt est sur ce point parfaitement motivé et, bien qu'elle reconnaisse l'existence de raisons impérieuses, la Cour ne renonce pas pour autant à son contrôle.

Il convient de signaler que la possibilité de retarder l'accès à l'avocat en matière de terrorisme est également prévue par le droit français.

En effet, en vertu de l'article 706-88 6^{ème} alinéa du code de procédure pénale, pour les infractions mentionnées à l'article 706-73 du CPP, « l'intervention de l'avocat peut être différée, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil ou la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes, pendant une durée maximale de quarante-huit heures ou, s'il s'agit d'une infraction mentionnée aux 3^o ou 11^o alinéa du même article 706-73, pendant une durée maximale de soixante-douze heures » (l'article 706-73 3^{ème} alinéa concerne le trafic de stupéfiants, le 11^{ème} le terrorisme).

A la différence de la loi anglaise (décision prise par un officier ou un commissaire de police), ce report de l'intervention de l'avocat est décidé par un magistrat, procureur de la République, juge des libertés et de la détention ou juge d'instruction en fonction des circonstances prévues par l'alinéa 7 de l'article 706-88 CPP. En toute hypothèse, cette décision est écrite et motivée.

Le hasard a fait que ces dispositions du code de procédure pénale ont été l'objet d'une décision QPC rendue le 21 novembre 2014 (décision [n°2014-428 QPC](#), 21 nov. 2014, *M. Nadav B.* ; voy. Note [F. Desprez](#), *La revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*), soit quelques semaines avant l'arrêt *Ibrahim*.

Le régime dérogatoire institué par ces dispositions de la loi du 9 mars 2004 (n°2004-204, Portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) n'avait pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* s'agissant de la question du report de l'intervention de l'avocat et le requérant soutenait que ce régime portait atteinte aux droits de la défense. Ce qui est très surprenant s'agissant de cette décision est que ni le dossier documentaire, ni le commentaire officiel ne mentionnent à aucun moment la jurisprudence strasbourgeoise, référence pourtant très courante, alors même que l'on sait que le droit français de la garde à vue a évolué sous l'influence du juge européen (Loi n°2011-392 du 14 avril 2011). Le Conseil constitutionnel va néanmoins rendre une décision en harmonie avec la jurisprudence européenne et appliquer la dérogation prévue par l'arrêt *Salduz* avant même que le juge européen ne l'ait mise en œuvre, dérogation également prévue par le CPP. Selon le Conseil, outre l'appréciation du caractère proportionné de l'atteinte aux droits de la défense que constitue ce report au regard de la gravité et de la complexité des faits, la commission de l'une des infractions prévues par l'article 706-73 CPP n'est pas suffisante pour justifier ce report. En effet, le report de l'intervention de l'avocat doit être entouré, ainsi que le prévoit le CPP, d'un certain nombre de garanties: il doit être motivé, au cas par cas, en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction ; la décision est prise par un magistrat, cette décision est écrite et motivée; le report, en matière de terrorisme, ne doit pas excéder une durée de 72 heures ; la personne est informée dès le début de la garde à vue des actes qu'elle est soupçonnée d'avoir commis, du droit de consulter certains documents et du droit de se taire. Le Conseil en conclut, qu'au regard de ces éléments, ces dispositions ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits de la défense et sont conformes à la Constitution.

Les garanties dont est entouré le report de l'intervention de l'avocat en droit français étant plus strictes que dans la loi anglaise et l'article 706-88 6^{ème} alinéa du code de procédure pénale visant, à l'instar de la jurisprudence européenne, la nécessité de « raisons impérieuses » pour justifier ce report, à la lumière de l'arrêt *Ibrahim*, la conventionnalité de ce régime dérogatoire ne nous semble faire aucun doute.

Dans l'arrêt *Ibrahim*, la situation du quatrième requérant était différente de celle des trois premiers, dans la mesure où celui-ci fut interrogé par la police en qualité de témoin et non de suspect et ne fut donc pas assisté d'un avocat.

La Cour estime que cette décision, fondée sur la crainte qu'il refuse de collaborer avec la police, n'était pas déraisonnable dans les circonstances d'espèce, les suspects étant encore en liberté au moment où il fut entendu (§202). Pour lui également, des raisons impérieuses justifiaient donc le report de l'intervention d'un avocat. Le cas de ce requérant apparaît cependant plus contestable dans la mesure où il était entendu de son plein gré par la police et que, bien qu'il s'auto-incrimina, les policiers ne le placèrent pas en état d'arrestation et ne l'informèrent pas qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat, celui-ci n'étant intervenu que plus tard. Au-delà du droit à l'assistance d'un avocat, c'est surtout la complémentarité établie dans la jurisprudence antérieure entre assistance d'un avocat et droit de se taire qui nous semble ici remise en cause.

B- Le droit de se taire, un droit à géométrie variable ?

L'article 6 de la Convention et par conséquent les droits qu'il énonce ne sont pas absolus, la Cour a eu l'occasion de le rappeler notamment dans l'arrêt *Gäfgen* (op. cit., §178) et des raisons impérieuses peuvent justifier des limitations aux droits de la défense ainsi que le prévoit l'arrêt *Salduz*. Loin de nous donc l'idée de penser que les droits de la défense doivent primer en toute circonstance et qu'il ne faille pas, ainsi que le dit très justement la Cour (par ex. dans *Gäfgen*), ménager un équilibre entre les droits et intérêts concurrents en jeu à savoir d'une part, la poursuite effective des infractions, d'autant plus dans un contexte de menace grave et imminente à la sécurité publique, et d'autre part, le droit de l'accusé à un procès pénal équitable, droit qui dépasse d'ailleurs les seuls intérêts de l'accusé car il existe « un intérêt public essentiel à la sauvegarde de l'intégrité du processus judiciaire et donc des valeurs des sociétés civilisées fondées sur la prééminence du droit » (*Gäfgen*, §175).

Toutefois, dans l'arrêt *Ibrahim*, sans fournir aucune explication, la Cour s'inscrit à contre-courant de sa jurisprudence antérieure et plus largement du développement des droits de la défense qu'elle a encouragé et qui a été relayé par le droit de l'Union européenne.

En l'espèce, les déclarations obtenues par la police sans l'assistance d'un avocat ont ensuite été utilisées lors du procès des requérants. Pour justifier cette atteinte aux droits de la défense, la Cour s'appuie sur le fait que le cadre législatif a été respecté pour les trois premiers requérants et prévoit, il est vrai, un certain nombre de garanties. S'agissant du quatrième requérant, il faut néanmoins préciser que les policiers, en violation du code de pratique applicable, ne l'ont pas informé de ses droits.

La Cour souligne également qu'aucune contrainte ou violence n'ont été exercées sur les requérants, ce qui aurait entraîné la violation de l'article 6 (voy. *supra*). Lors du procès, au cours duquel les requérants ont eu la possibilité de contester l'utilisation des preuves, le juge a procédé à un contrôle très rigoureux des conditions ayant entouré les interrogatoires. Enfin, la Cour constate, qu'au-delà de leurs seules déclarations, des preuves matérielles, recueillies au cours de l'enquête, ont fondé leur condamnation.

Il faut d'emblée préciser que nous ne remettons pas en cause le constat de non violation des §§ 1 et 3 de l'article 6, que les droits de la défense puissent connaître des limitations pour des raisons impérieuses est admissible, mais à condition que la Cour encadre strictement ces limitations et justifie clairement cette exception à sa propre jurisprudence, ce qui n'est pas du tout le cas en l'espèce.

La Cour a toujours considéré que l'article 6, et spécialement son § 3, peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès (24 nov. 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, §36).

Depuis l'arrêt *Salduz*, elle n'a eu de cesse de renforcer les droits de la défense dans la phase pré-juridictionnelle, estimant qu'un accusé se trouve « dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure (...) notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves. Dans la plupart des cas, cette vulnérabilité particulière ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même » (§54). Un prompt accès à un avocat fait ainsi partie des garanties procédurales auxquelles la Cour prête une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a ou non anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (voy. *Jalloh, op. cit.*, § 101). Elle considère, de plus,

que « ces principes revêtent une importance particulière dans le cas des infractions graves, car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques » (*Salduz*, §54).

Ces principes forts sont encore approfondis dans la jurisprudence ultérieure. Ainsi dans l'arrêt *Stojkovic c/ France et Belgique* (*op. cit.*), le requérant entendu comme témoin assisté par les autorités belges s'était vu refuser l'accès à un avocat. Remis aux autorités françaises, il demanda en vain l'annulation de la procédure en Belgique au cours de laquelle il avait reconnu son implication dans plusieurs vols, et fut condamné sur cette base. La Cour va considérer qu'il est porté « une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance préalable d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation » (§50). Le fait que le requérant ait par la suite reconnu l'intégralité des faits, ne peut suffire à régulariser l'atteinte aux droits de la défense, la Cour conclura à la violation des §§1 et 3 de l'article 6.

L'arrêt *Navone c/ Monaco* (24 oct. 2013, n°62880/11 ; RDP 2013.801, obs. L. Milano) est particulièrement intéressant quant aux liens entre assistance d'un avocat et droit de se taire. Les requérants avaient refusé l'assistance d'un avocat pendant leur garde à vue et ne s'étaient pas vue notifier leur droit de se taire. La Cour apporte deux précisions. D'une part, ces deux droits sont distincts, l'éventuelle renonciation à l'un n'emportant pas renonciation à l'autre ; d'autre part, ils sont complémentaires, l'accusé doit *a fortiori* être informé du droit de garder le silence lorsqu'il n'est pas assisté d'un avocat. Les déclarations faites à ce stade ne peuvent donc servir de preuve contre lui si aucun droit de garder le silence ne lui a été notifié et qu'il n'était pas assisté d'un avocat, ces violations ne pouvant être compensées ultérieurement dans la procédure (§74). La violation du droit d'être assisté d'un avocat peut, de plus, être constatée même dans l'hypothèse où l'accusé a gardé le silence pendant sa garde à vue (13 oct. 2009, n°7377/03, *Dayanan c/ Turquie*).

Elle rappelle en outre que « l'importance de la notification du droit au silence est telle que, même dans l'hypothèse où une personne consent délibérément à faire des déclarations aux policiers après avoir été informée que ses propos pourront servir de preuve contre elle (...), son choix ne saurait être considéré comme totalement éclairé dès lors qu'aucun droit à garder le silence ne lui a été expressément notifié et qu'elle pris sa décision sans être assistée par un conseil » (§74). L'utilisation d'autres éléments pour confirmer les aveux obtenus en garde à vue sans la présence de l'avocat ne permet pas non plus d'éviter une violation de l'article 6 §3 (16 juin 2009, n°5256/02, *Karabil c/ Turquie*).

Le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de se taire nouent également des liens étroits avec le droit à un interprète car « la décision de faire usage ou de renoncer à ces droits ne peut être prise que si leur titulaire comprend de manière claire les faits qui lui sont reprochés (...) » (14 oct. 2014, n°45440/04, *Baytar c/ Turquie*, §53 ; JCP G 2014.1158, actu. L. Milano). Ainsi, bien que l'article 6 §3 e) limite ce droit à l'audience, la Cour estime qu'il vaut aussi « pour l'instruction préparatoire » (§49) et aligne son régime juridique sur celui du droit à l'assistance d'un avocat en considérant qu'il doit s'appliquer « sauf à démontrer qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit » (§50).

La liste des garanties applicables dès l'enquête ne cesse donc de s'allonger. Ce mouvement de fond est également relayé par le droit de l'Union européenne ainsi qu'en témoigne la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (Dir. 2012/13/UE), qui vient d'être transposée par la loi n°2014-535 du 27 mai 2014, et celle du 22 octobre 2013 Dir. 2013/48/UE qui prévoient notamment le droit d'être assisté d'un avocat dans le cadre de l'audition libre ou le droit d'être assisté d'un interprète dès la garde à vue.

Dès lors, au regard de la fermeté et de l'étendue des principes ainsi énoncés, on ne peut que s'étonner de la faiblesse du contrôle opéré par la Cour dans l'arrêt Ibrahim et de l'absence totale de justification de la remise en cause de ces principes. Particulièrement s'agissant du quatrième requérant, dont les droits n'ont même pas été notifiés, la position de la Cour s'inscrit totalement *a contrario* de sa jurisprudence classique. Il semble que l'existence de raisons impérieuses, liées au contexte terroriste, l'absence de contrainte ou pression sur les requérants pendant l'enquête puis le contrôle d'un juge suffisent ici à satisfaire la Cour. Au contraire, la jurisprudence antérieure témoigne d'une grande intransigeance de la Cour sur le respect des droits de la défense au stade de l'enquête, rendant quasi-impossible la correction de ces derniers dans la suite de la procédure.

Il semble donc bien ici que contexte de terrorisme ait justifié la position de la Cour.

Il va donc falloir que la Cour clarifie sa jurisprudence sur ce point et encadre strictement les limitations aux garanties procédurales qu'elle consent. Seul le balisage très strict et la précision de sa jurisprudence permettront aux États de satisfaire aux exigences européennes et de s'inscrire dans les limites qu'elle fixera. Elle devra donc clairement dire si elle estime que le contexte de terrorisme peut justifier des dérogations aux droits procéduraux, mais ce serait alors la porte ouverte à l'usage généralisée de règles d'exception.

Les enjeux sont lourds de conséquence et chacun devra dans les années à venir prendre ses responsabilités à son niveau, les États qui ont la charge de la sécurité nationale et la Cour européenne des droits de l'homme qui devra veiller à ce que les atteintes aux droits et libertés ne soient pas excessives.

Laure Milano, «Garanties du procès équitable et lutte contre le terrorisme»
RDLF 2015, chron. n°07 (www.revuedlf.com)