

**Université Catholique de Louvain
Faculté de droit**

**Repentis et collaborateurs de justice
dans le système pénal :
analyse comparée et critique**

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit par

Marie-Aude Beernaert

Année académique 2001-2002

Deuxième partie.
Repentis et collaborateurs de justice, une mesure de
politique pénale légitime?

Cette seconde partie sera construite autour de trois titres distincts.

Le premier sera consacré à la présentation du modèle théorique à l'aune duquel nous tenterons d'apprécier la légitimité de la mesure de politique pénale étudiée. Il s'agit d'un modèle qui s'efforce de faire droit à la nécessaire tension qui nous paraît devoir exister entre les deux modèles éthiques dont s'inspire tout le débat en matière de collaborateurs de justice, à savoir une éthique strictement déontologique et une éthique de type téléologique (titre I).

Pourra ensuite être abordée la question même de la légitimité du recours aux collaborateurs de justice, laquelle nous semble devoir être articulée à la fois en droit de la procédure pénale (titre II) et en droit pénal (titre III). Il s'agit, en effet, de se demander, d'une part si le recours aux collaborateurs de justice est une technique probatoire, un mode de recherche de preuves admissible, et d'autre part s'il peut être légitime de moduler (réduire, voire dans certains cas même supprimer) la peine normalement applicable à l'auteur d'une infraction déterminée en fonction d'un comportement de collaboration à l'administration de la justice.

Titre I. Pour une conception dialectique de l'éthique entre absolutisme et utilitarisme

Introduction

Les différentes objections qui ont été soulevées à l'encontre du système des collaborateurs de justice semblent toutes se rattacher, selon les cas, à l'une ou l'autre de deux conceptions fondamentales de la morale qui s'affrontent actuellement dans le champ éthique¹: l'absolutisme (chapitre I) et l'utilitarisme (chapitre II).

Ces deux approches de la morale ont, certes, largement valeur d'*idéaltypes* au sens weberien du terme² et aucune ne se retrouve dans toute sa pureté sous la plume des auteurs qui ont pris position en matière de collaboration procédurale, mais il nous a malgré tout paru intéressant de les prendre comme points de départ de notre analyse critique.

Le fait même de reconstruire théoriquement les raisonnements développés en raccrochant les différents arguments soulevés aux modèles plus radicaux dont ils paraissent s'inspirer plus ou moins étroitement, devrait, en effet, permettre de mieux mettre en lumière leurs limites – qui sont aussi celles de l'approche morale mobilisée – et, dans un second temps, de proposer une approche alternative qui puisse peut-être les dépasser.

Entre l'impératif catégorique de KANT fondé sur le respect absolu du devoir, d'une part, et la recherche du plus grand bien pour le plus grand nombre cher aux utilitaristes, d'autre part, l'on peut, en effet, se demander si ne pourrait, et ne devrait, pas être recherchée une voie tierce et dialectique, faisant droit à la nécessaire tension existant entre ces deux approches, plutôt que de les opposer dans une confrontation stérile (chapitre III).

¹ Voy. notamment, au sujet de cet affrontement, M. METAYER, *La philosophie éthique: enjeux et débats actuels*, Saint-Laurent, Ed. du renouveau pédagogique, 1997, p. 116: "L'opposition entre l'éthique kantienne et l'éthique utilitariste est un des objets de débats les plus importants de la philosophie éthique moderne".

² "On obtient un idéaltype" écrivait M. WEBER, "en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement pour former un tableau de pensée homogène". L'idéaltype permet une plus grande rigueur conceptuelle dans l'étude d'une question donnée, mais il est certain qu'on "ne trouvera nulle part empiriquement un tel tableau dans sa pureté conceptuelle". En ce sens, on peut même dire qu'"il est une utopie". (*Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Plon, 1968, p. 181).

Chapitre I. L'absolutisme ou l'éthique déontologique

"En général, on entend par une éthique déontologique une éthique qui soutient que certains actes sont moralement obligatoires ou prohibés, sans égards pour leurs conséquences dans le monde"³. En ce sens, on dira aussi qu'il s'agit d'une éthique non-conséquentialiste⁴.

A la suite de KANT, qui reste la figure la plus emblématique de ce courant, ceux qui se prévalent d'une éthique déontologique ou absolutiste considèrent qu'il "y a des actes absolument obligatoires et d'autres qui sont mauvais en eux-mêmes et qui constituent donc des moyens moralement inacceptables de poursuivre des fins, même si ces fins sont moralement admirables ou moralement obligatoires"⁵.

Dans une telle conception de l'éthique, les normes morales apparaissent comme des principes contraignants, des obligations qui s'adressent aux individus de façon stricte et qu'il convient de respecter, quelles que soient les conséquences pratiques qui pourraient en résulter⁶. Ce ne sont ni les buts de nos actions, ni leurs résultats qui importent, mais leur conformité au devoir moral, qui découle directement de l'application rationnelle de l'impératif catégorique fondamental, "agis seulement d'après la maxime qui fait que tu puisses vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle"⁷, ou encore, "agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen"⁸.

Au cœur d'une telle approche éthique, il y a – et la seconde formulation de l'impératif catégorique le traduit très clairement – l'intuition forte que le respect de la personne humaine et de sa dignité d'être rationnel est, ou devrait être, un principe moral fondamental⁹. Cette préoccupation pour la dignité humaine et le respect des personnes est certainement un des apports majeurs de l'éthique kantienne. Sa faiblesse, par contre, est d'être une éthique

³ A. BERTEN, "Déontologisme", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, p. 378.

⁴ "Le conséquentialisme est la théorie qui pose que, pour déterminer si un agent a eu raison d'opérer tel choix particulier, il convient d'examiner les conséquences de cette décision, ses effets sur le monde. [...] Il affirme que l'option juste, dans tout choix, est celle qui produit les meilleures conséquences" (P. PETTIT, "Conséquentialisme", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la dir. de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, p. 313).

⁵ A. BERTEN, *op. cit.*, p. 378.

⁶ Voy. notamment, en ce sens, N. DAVIS, "Contemporary deontology", *A companion to ethics*, éd. par P. Singer, Oxford, Blackwell, 1993, p. 206: "*Deontological views require agents to refrain from doing the sorts of things [that can be said to be, before the fact, wrong] even when they foresee that their refusal to do such things will clearly result in greater harm (or less good)*".

⁷ E. KANT, "Fondements de la métaphysique des mœurs (trad. par V. Delbos)", *Œuvres philosophiques d'Emmanuel Kant*, sous la direction de F. Alquié, vol. II, Paris, Gallimard, 1985, p. 285.

⁸ *Ibid.*, p. 295.

⁹ Voy. notamment en ce sens, L.M. HINMAN, *Ethics. A pluralistic approach to moral theory*, 2^e éd., Fort Worth, Harcourt Brace, 1998, pp. 236-237: "*Without a doubt, one of Kant's key insights into the moral life was his insistence that we treat other people as ends in themselves, that we respect them as autonomous beings [...]*".

exclusivement centrée sur la notion de devoir "sans égard pour l'expérience"¹⁰, et qui n'entend accorder aucune importance aux conséquences pratiques concrètes de nos actions, ni au fait que le respect d'un impératif catégorique donné peut parfois conduire à ce qu'il soit porté atteinte à une valeur fondamentale protégée par un autre impératif catégorique. Il n'y a manifestement guère de place, dans un tel modèle, pour une application du principe de proportionnalité et pour une mise en balance des intérêts qui, dans chaque cas d'espèce, pourraient être sauvegardés ou au contraire sacrifiés suite aux choix posés. KANT est ainsi allé jusqu'à affirmer qu'il serait condamnable de mentir, même pour sauver la vie d'un ami¹¹. Les déontologistes contemporains hésiteraient peut-être à souscrire à une affirmation aussi radicale, mais ils semblent malgré tout continuer de considérer que nous ne sommes pas moralement responsables des conséquences désastreuses qu'un acte déontologiquement juste peut entraîner¹². Si nous ne causons pas intentionnellement de mal à autrui (soit comme fin, soit comme moyen de notre action), mais que le mal qu'il souffre est seulement une conséquence – même prévisible – de notre agir, nous pouvons affirmer avoir agi moralement¹³. C'est, en effet, "de *faire* aux gens certaines choses, plutôt que d'entraîner certains *résultats*, que l'absolutisme interdit"¹⁴.

En ce sens, l'éthique déontologique continue d'apparaître comme une approche par trop abstraite et désincarnée de la morale, correspondant largement à ce que M. WEBER a appelé une "éthique de la conviction", c'est-à-dire une éthique qui vise avant tout à témoigner de ses certitudes morales sans s'inquiéter des conséquences induites¹⁵. Or, une telle position semble largement intenable. Sauf à verser dans une forme de fanatisme, les conséquences concrètes de nos actions doivent être prises en compte. Nous devons assumer une certaine responsabilité non seulement pour ce que nous faisons nous-mêmes, mais aussi, dans une certaine mesure, "pour la marche du monde"¹⁶. Et "le fait que le mal puisse résulter du bien et le bien du mal n'est pas simplement une regrettable réalité"¹⁷, mais est un élément qui devrait contribuer à orienter nos choix moraux.

¹⁰ A. PIRES, "Kant face à la justice criminelle", *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, éd. par C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, t. II, Bruxelles, De Boeck, 1998, p. 148.

¹¹ E. KANT, "Sur un prétendu droit de mentir par humanité (trad. par L. Ferry)", *Œuvres philosophiques d'Emmanuel Kant*, sous la direction de F. Alquié, vol. III, Paris, Gallimard, 1986, pp. 435 et s.

¹² L'idée qu'un acte déontologiquement juste puisse entraîner des conséquences désastreuses peut paraître étonnante, *a priori*. A y regarder de plus près, pourtant, l'expérience quotidienne fournit d'innombrables exemples de situations de ce type, et notamment dans le champ pénal. Ainsi, par exemple, à appliquer trop rigide le principe d'un respect absolu de la personne du suspect, l'on pourrait en venir à interdire tout mode de preuve un tant soit peu contraignant, au risque de déboucher sur l'impunité généralisée et l'anarchie.

¹³ Voy. notamment N. DAVIS, *op. cit.*, pp. 208-209: "If we merely choose not to take action to prevent harm from befalling others, or if the harm that befalls them is seen as a consequence of our action, but not as a chosen means or chosen end, then though our action may be open to criticism on other grounds, it is not a violation of the deontological constraint against harming the innocent. By deontologists' lights, we are not responsible for the foreseen consequences of our actions, as we are for the things that we intend".

¹⁴ T. NAGEL, "Guerre et massacres (trad. par P. Routier, J.P. Martial et C. Audard)", *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, éd. par C. Audard, vol. III, Paris, P.U.F., 1999, p. 301.

¹⁵ M. WEBER, *Le savant et le politique*, trad. J. Freund, Paris, Plon, 1959, pp. 186 et s. Pour M. WEBER, le partisan de l'éthique de la conviction ne se sent responsable "que de la nécessité de veiller sur la flamme de la pure doctrine afin qu'elle ne s'éteigne pas" (*ibid.*, p. 187).

¹⁶ C. LARMORE, *Modernité et morale*, Paris, P.U.F., 1993, p. 105.

¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

Chapitre II. L'utilitarisme ou l'éthique téléologique

L'utilitarisme est "la doctrine qui enseigne qu'une action est moralement bonne ou mauvaise uniquement en raison de ses conséquences pour le bonheur des individus concernés, chacun comptant pour un et personne pour plus qu'un autre"¹⁸.

La formule centrale de l'utilitarisme est empruntée à J. BENTHAM qui, dans la préface de son *Fragment sur le gouvernement*, écrivait: "le plus grand bonheur du plus grand nombre est la mesure du juste et de l'injuste"¹⁹.

Alors que "l'absolutisme donne la prééminence à ce que *fait* le sujet", "l'utilitarisme se soucie en premier lieu de ce qui *se produira*"²⁰. Tout moyen peut être justifié en principe, pourvu qu'un avantage suffisant puisse en résulter.

Il s'agit donc clairement d'une éthique de type conséquentialiste ou téléologique: les actions et les décisions "ne sont pas jugées en fonction de leur nature intrinsèque, en fonction des intentions qui les inspirent, des vertus qu'elles manifestent ou des devoirs auxquels elles se conforment", mais uniquement "en fonction des conséquences que l'on peut, avec plus ou moins de certitude, leur attribuer"²¹, et elles apparaîtront justifiées dès lors qu'il n'y a pas d'autre moyen qui ait autant ou davantage de chances de réaliser à moindre coût l'utilité recherchée²².

Très concrètement, pour apprécier le caractère moral d'une action donnée, un utilitariste procédera à une évaluation en termes de "coûts-bénéfices" et se demandera si l'action envisagée doit permettre de réaliser la finalité poursuivie, si celle-ci ne pourrait pas être atteinte par d'autres voies moins dommageables ou coûteuses, et enfin si, ce faisant, l'on ne sera pas amené à sacrifier d'autres fins aussi, voire plus utiles que celle qu'il s'agit en l'espèce de réaliser. L'on retrouve donc très clairement, au cœur même de l'approche utilitariste, les trois exigences substantielles traditionnellement associées au principe de proportionnalité *sensu lato*²³: l'appropriation, la nécessité et la proportionnalité *sensu stricto*²⁴.

¹⁸ C. AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, vol. I, Paris, P.U.F., 1999, pp.16-17.

¹⁹ J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement. Manuel des sophismes politiques*, trad. par J.P. Cléro, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 87.

²⁰ T. NAGEL, *op. cit.*, p. 294.

²¹ C. ARNSPERGER et P. VAN PARIJS, *Ethique économique et sociale*, Paris, La découverte, 2000, p. 16.

²² Dans un sens assez comparable, P. VAN PARIJS écrit que "chaque fois qu'une décision doit être prise, l'utilitarisme exige que l'on établisse les conséquences associées aux diverses options possibles, que l'on évalue ensuite ces conséquences du point de vue de l'utilité des individus affectés, et enfin que l'on choisisse une des options possibles dont les conséquences sont telles que la somme des utilités individuelles qui lui est associée est au moins aussi grande que celle associée à toute autre option possible" (*La crise de l'utilitarisme*, Louvain-la-Neuve, Institut supérieur de philosophie, 1981, p. 2).

²³ Voy. *supra*, les développements conceptuels consacrés au principe de proportionnalité dans l'Introduction générale (V).

²⁴ Un utilitariste américain évoque un "*ends-means test*" articulé autour, non pas de trois, mais bien de quatre conditions: "1. *The end must itself be good*. 2. *The means must be a plausible way to achieve the end*. 3. *There must be no alternative, better means to achieve the same end*. 4. *The means must not undermine some other equal or greater end*" (voy. H. COWEN, "Overstepping police authority", *Justice, crime and ethics*, éd. par M.C. Braswell, B.R. McCarthy et B.J. McCarthy, Cincinnati, Anderson Publishing Co, 1991, p. 87). Mais la première

La littérature contemporaine distingue habituellement entre l'utilitarisme de l'acte et l'utilitarisme de la règle²⁵.

L'utilitarisme de l'acte commande d'agir dans chaque cas d'espèce en fonction des conséquences particulières et concrètes de l'action envisagée, étant entendu que l'on peut accepter comme moralement justifiés des actes contraires aux règles morales courantes (ne pas mentir, ne pas revenir sur la parole donnée, ne pas nuire à autrui...), si cela doit permettre de satisfaire le plus grand intérêt du plus grand nombre.

L'utilitarisme de la règle, que l'on peut faire remonter à J. S. MILL, commande par contre de prendre aussi en considération les conséquences plus indirectes de l'action envisagée, et d'agir non pas tant en vue de l'intérêt immédiat du plus grand nombre, mais bien plutôt en conformité à un ensemble de règles censées, dans le moyen ou le long terme, garantir au mieux le bien commun. Est bonne, en ce sens, "toute action qui se conforme à une règle dont le respect (par tous) a des conséquences qui maximisent le bien-être collectif"²⁶. Ainsi, par exemple, même dans une situation où l'intérêt du plus grand nombre semble justifier que l'on passe outre à une règle morale courante, il peut encore, pour un utilitariste de la règle, être préférable de ne pas le faire, car en multipliant les exceptions à cette règle, on risquerait à moyen ou long terme de nuire au bonheur des êtres humains que ces règles sont censées garantir au mieux. L'utilitarisme de la règle pose donc que "le critère de l'utilité doit s'appliquer en premier lieu non aux actes individuels mais plutôt aux règles générales de base qui commandent ces actes"²⁷, affirmant qu'"une action est moralement meilleure quand elle est recommandée par une règle dont l'observation générale produit un bien global plus grand que l'observation de toute autre règle"²⁸.

L'attrait principal de l'utilitarisme est qu'il rend compte d'une idée forte et simple: il nous faudrait toujours agir de manière à chercher à faire autant de bien et aussi peu de mal que possible. Il y a là un principe de raison pratique auquel on peut difficilement dénier toute force morale²⁹. Par contre, l'utilitarisme achoppe clairement sur la question de la justice³⁰. En cherchant à promouvoir la maximisation de l'utilité totale ou moyenne sans restrictions quant aux moyens pouvant être mis en œuvre, l'utilitarisme néglige le caractère distinct et unique de chaque personne et ne se soucie pas – ou du moins pas directement et immédiatement –

des conditions qu'il mentionne (la fin poursuivie doit être jugée bonne) semble devoir être rapprochée de la quatrième des conditions évoquées (les moyens employés ne doivent pas compromettre d'autres fins aussi ou plus importantes) et traduire, avec cette dernière, l'exigence de pesée des intérêts en présence ou de proportionnalité au sens strict du terme.

²⁵ Voy. notamment C. AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, vol. I, Paris, P.U.F., 1999, pp. 21-22.

²⁶ P. VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 3.

²⁷ C. AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, vol. III, Paris, P.U.F., 1999, p. 3.

²⁸ C. LARMORE, *op. cit.*, p. 103.

²⁹ Voy. en ce sens S. SHEFFLER, *Consequentialism and its critics*, Oxford, Oxford university press, 1988, p. 1: "The principle that we should maximize the desirable and minimize the undesirable [...] seems to be one of the main elements of our conception of practical rationality. Anyone who resists consequentialism seems committed to the claim that morality tells us to do less good than we are in a position to do, and to prevent less evil than we are in a position to prevent. And this does not sound nearly as plausible".

³⁰ C. AUDARD, "Utilitarisme", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, p. 1568.

de justice distributive. Il pourrait, en outre, conduire à tolérer certains actes qui, intuitivement, nous paraissent moralement inacceptables, quelles que soient les conséquences positives que l'on peut en attendre.

L'utilitarisme "traite les satisfactions, qu'elles soient celles d'un seul individu au cours de sa vie ou celles d'individus distincts au sein d'une collectivité, comme pouvant être échangées entre elles"³¹. Ce faisant, il rejette les principes distributifs. "Le trait saillant de la conception utilitariste de la justice est que, sauf indirectement, la façon dont la somme totale des satisfactions est répartie entre les individus ne compte aucunement"³². Ce qui compte, "c'est que la somme nette des avantages moins les inconvénients soit aussi importante que possible, quelle que soit la façon dont elle est distribuée"³³. "La pluralité des personnes n'est donc pas prise au sérieux par l'utilitarisme"³⁴, qui traite tous les individus comme un seul et considère "qu'on est libre de mettre en balance les avantages et les fardeaux, même si ce sont des personnes différentes qui les reçoivent"³⁵. A cela, les utilitaristes répondent généralement qu'en pratique, une distribution radicalement inégalitaire des ressources ou des libertés pourra très difficilement être considérée comme maximisant le bien-être général. Il n'en demeure pas moins, cela étant, que l'importance qu'ils attachent au respect de la justice distributive reste entièrement tributaire de considérations d'efficacité, sans lui reconnaître une quelconque valeur morale intrinsèque³⁶.

L'utilitarisme semble, par ailleurs, trahir certaines de nos intuitions fondamentales en matière de morale. Contrairement à l'impératif catégorique de KANT, la logique utilitariste permet, en effet, de traiter autrui comme un simple moyen, si le bonheur du plus grand nombre s'en trouve augmenté. Le calcul utilitariste pourrait donc justifier que l'on sacrifie des libertés et des droits fondamentaux, sans autres restrictions que celles qui procèdent de la nécessaire maximisation du bien-être total³⁷. Or, une de nos intuitions morales fondamentales, est, au

³¹ C. AUDARD, "Utilitarisme", *op. cit.*, p. 1569. Plusieurs auteurs anglo-saxons parlent à ce propos d'une logique "agrégative". Voy. notamment D. LYONS, "Utilitarianism", *Encyclopedia of ethics*, éd. par L.C. Becker, vol. II, Chicago, St James Press, 1992, p. 1265 ("*Critics claim that a purely aggregative principle like utilitarianism neglects a distributive dimension of sound social morality: morality cares not only about the size of the benefits pie but also how it is divided among persons*"), ainsi que S. DIMOCK, "Crime and society", *Encyclopedia of applied ethics*, éd. par R. Chadwick, vol. I, London, Academic press, 1997, p. 687 ("*There is one overwhelming criticism that can be launched against utilitarian theory in general, and as applied to law in particular: it stems from the fact that utilitarianism is an aggregative theory which seeks to maximize human interest understood in terms of net utility. [...] But net utility concerns only the overall consequences of the law, while it is indifferent to the distribution of utility to different people*").

³² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. par C. Audard, Paris, Le Seuil, 1987, p. 51.

³³ D. PARFIT, "Justice distributive, utilitarisme et identité personnelle", *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, éd. par C. Audard, t. III, Paris, P.U.F., 1999, p. 200.

³⁴ J. RAWLS, *op. cit.*, p. 53.

³⁵ D. PARFIT, *op. cit.*, p. 210.

³⁶ S. SHEFFLER, *op. cit.*, pp. 2-3: "[Utilitarianism] has been subject to [...] particularly influential objections. The first [...] is that utilitarianism gives no direct weight to considerations of justice or fairness in the distribution of goods. [...] Utilitarians standardly reply to these charges by pointing out that, given certain plausible empirical assumptions, it will almost never in fact be the case that a radically inegalitarian distribution of resources or liberties will produce the greatest attainable sum of satisfaction. However, this reply leaves critics unpersuaded. For since it makes the importance of distributive considerations entirely dependent on their efficacy in promoting maximum satisfaction, it both denies their intrinsic moral significance and requires them to be set aside if ever and whenever their efficacy lapses".

³⁷ Sur cette question, il semble que C. BECCARIA – pourtant souvent présenté comme un des précurseurs de l'utilitarisme – ait eu une position un peu plus nuancée. Dans son *Traité des délits et des peines*, il affirme qu'il

contraire, qu'il existe des limites à ce qu'il est permis de faire, même au service d'une fin digne d'être poursuivie³⁸ et qu'il y a des actes, comme l'homicide délibéré d'un innocent, qu'aucune conséquence ne saurait moralement justifier. La réponse des utilitaristes, et spécialement des utilitaristes de la règle, consiste à dire que "l'utilité qui résulterait de tels sacrifices serait gommée par la diminution du bien-être total"³⁹, étant donné le caractère socialement destructeur de telles pratiques. Mais à nouveau, et à l'instar de la problématique de la justice distributive, cela laisse la question du respect des droits fondamentaux dans une position très faible, puisqu'elle reste fondée sur des calculs empiriques et non sur une quelconque référence à l'inviolabilité de la personne humaine⁴⁰.

"n'y a pas de liberté chaque fois que les lois tolèrent que, dans certains cas, l'homme cesse d'être une *personne* pour devenir une *chose*" (*op. cit.*, p. 117). L'affirmation paraît très proche de la formulation de l'impératif catégorique kantien selon lequel il convient de toujours traiter l'humanité "en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen". En réalité, et comme le souligne A. PIRES, il semble que BECCARIA "n'isole pas partout le 'règne du calcul' du 'règne des droits fondamentaux'", tandis que d'autres utilitaristes, tels BENTHAM, vont le faire (A. PIRES, "Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne", *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, éd. par C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, t. II, Bruxelles, De Boeck, 1998, p. 100).

³⁸ "Ends, however good, don't always justify the means that are necessary to achieve them" (D. LYONS, *op. cit.*, p. 1267).

³⁹ C. AUDARD, "Utilitarisme", *op. cit.*, p. 1569.

⁴⁰ Voy. encore en ce sens S. SHEFFLER, *op. cit.*, p. 9 ("Although the more sophisticated forms of consequentialism do narrow the gap between it and common-sense morality, even they do not accept common-sense morality's understanding of itself. They agree with our everyday moral intuitions only to the extent that those intuitions can be reconstrued or reinterpreted in consequentialist terms"), ainsi que C. ARNSPERGER et P. VAN PARIJS, *op. cit.*, p. 27 ("Un prétendu droit fondamental n'est jamais justifié, d'un point de vue utilitariste, qu'en raison des conséquences plus ou moins contingentes qui lui sont associées. En ce sens, il n'est jamais qu'un instrument au service de la maximisation du bien-être agrégé, instrument que l'on peut remiser sans états d'âme si les conditions sont telles qu'il n'est pas approprié").

Chapitre III. A la recherche d'une voie médiane

"Le conflit entre l'impératif de justice, au sens du respect inconditionnel des droits et de la dignité égale de chacun, et l'impératif du plus grand bonheur du plus grand nombre, qui peut exiger le sacrifice de ces droits, est au cœur des débats contemporains"⁴¹ et semble très largement inéluctable, du moins dès le moment où l'on choisit de détacher la moralité de la théologie et d'opter pour "une éthique sans théodicée"⁴².

Au départ des écrits de J. BUTLER, C. LARMORE démontre, en effet, qu'une conception religieuse de l'éthique pourrait peut-être permettre de supprimer ce conflit en établissant entre le principe déontologique et le principe conséquentialiste un rapport de "hiérarchie conciliatrice": le premier aurait primauté sur le second parce que, dans le projet divin, il serait le meilleur moyen de servir le bonheur universel. "Nos jugements bien pesés quant à ce qu'est notre devoir" (principe déontologique) pourraient s'opposer "à ce que *nous* pouvons considérer comme l'action menant au plus grand bonheur ou au plus grand bien global" (principe conséquentialiste), mais Dieu, en tant que créateur, nous garantirait que ces conflits ne sont qu'apparents, qu'ils "sont le fruit de notre ignorance relative", et que si nous partagions son point de vue, "nous verrions comment les exigences de ces principes coïncident"⁴³.

Dans une conception laïque de l'éthique, par contre, aucune des deux approches, déontologique ou utilitariste, ne paraît pouvoir être purement et simplement sacrifiée à l'autre, et il semble qu'il nous faille au contraire accepter "l'hétérogénéité fondamentale de la morale"⁴⁴: il n'y aurait pas une seule et unique source de valeurs morales mais plusieurs, qui nous imposent des exigences indépendantes et, pour partie, contradictoires.

Entre une éthique de la règle et une éthique du résultat, entre une éthique déontologique qui repose sur un certain nombre de valeurs considérées comme devant être garanties de manière inconditionnelle et indépendamment de toute considération d'efficacité, et une éthique téléologique où la (dé)légitimation se fait en termes de performance, de coûts et de bénéfices, l'on peut donc se demander s'il ne faudrait pas, plutôt que de donner la primauté à l'une *ou* à l'autre, rechercher une voie tierce, médiane, dialectique, qui s'efforce, dans toute la mesure du possible, de rendre compte des exigences de l'une *et* de l'autre, et de trouver un point d'équilibre entre les deux.

Une telle voie médiane entre absolutisme et utilitarisme pourrait être considérée comme une traduction de l'idée de "jeu comme paradigme éthique" développée par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE⁴⁵. Elle semble aussi pouvoir être rapprochée d'un modèle proposé par T. NAGEL, qui a défendu l'absolutisme comme "limitation imposée au raisonnement utilitariste et non comme substitut à celui-ci"⁴⁶. Elle ne serait pas non plus étrangère à l'éthique de la

⁴¹ C. AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, vol. II, Paris, P.U.F., 1999, p. 75.

⁴² C. LARMORE, *op. cit.*, p. 99.

⁴³ *Ibid.*, pp. 102-104.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 219 et s.

⁴⁶ T. NAGEL, *op. cit.*, p. 299.

responsabilité de M. WEBER⁴⁷, du moins si l'on considère cette éthique de la responsabilité comme une voie tierce entre une éthique de pure conviction et une éthique de pur calcul⁴⁸.

A l'encontre de l'éthique kantienne, cette voie médiane reconnaîtrait que les conséquences de nos décisions comptent et que nous sommes responsables, non seulement des atteintes que nous portons intentionnellement à certaines valeurs, mais aussi de celles qui résultent indirectement de notre agir, pour autant que ce soit de manière suffisamment prévisible. On ne saurait donc apprécier si une mesure de politique générale est légitime sans avoir aussi égard aux conséquences probables qu'elle doit entraîner.

Cela étant – et c'est bien là l'intuition fondamentale de KANT à l'encontre de l'éthique utilitariste – ces conséquences ne paraissent pas devoir être appréciées en termes de maximisation de l'utilité générale, mais bien plutôt en termes de respect d'un certain nombre de valeurs fondamentales.

A l'instar des tenants d'une approche utilitariste, on veillera donc à prendre en compte les exigences du principe de proportionnalité (*sensu lato*), mais, s'agissant de l'exigence de proportionnalité au sens strict et de la pesée des intérêts en présence, celle-ci se fera, dans chaque cas d'espèce, non pas tant en fonction de *l'utilité relative des objectifs* que la mesure en cause doit permettre de réaliser et des finalités concurrentes qui pourraient être compromises à cette occasion, mais bien en fonction de *l'importance relative des valeurs* qu'il s'agit de sauvegarder et de celles qui seraient sacrifiées (directement ou comme conséquence prévisible – même si elle n'est pas nécessairement intentionnelle – de la mesure en question).

Il paraît difficilement contestable, en effet, que tous les impératifs déontologiques ne sont pas aussi décisifs les uns que les autres. Les plus stricts sont certainement ceux qui, à l'instar de ce que R. DWORKIN appelle "les droits moraux contre le gouvernement"⁴⁹ touchent à la dignité de l'homme, à la "reconnaissance de celui-ci comme membre à part entière de la communauté humaine"⁵⁰ et à son intégrité, physique et morale. D'autres, tels, par exemple, le respect de la parole donnée ou l'interdiction du mensonge, tout en ayant une valeur morale intrinsèque (indépendante, donc, du fait qu'ils accroissent ou non le bien-être général) peuvent sembler moins contraignants. Si l'on prend au sérieux cette idée d'une importance variable ou d'une possible hiérarchisation des devoirs déontologiques et des valeurs qu'ils protègent, on admettra que certains de ces devoirs cèdent pour des motifs conséquentialistes, si, et seulement si, il s'agit d'empêcher la réalisation suffisamment certaine d'une atteinte à une valeur plus importante que celle que protège l'impératif en cause.

Il s'agira donc chaque fois d'apprécier, sur la base de données objectives et autant que possible empiriques, si la mesure en question peut raisonnablement être considérée comme devant permettre de sauvegarder une valeur jugée plus importante que les autres valeurs qui pourraient être compromises à cette occasion, et s'il n'existe pas d'autre façons d'atteindre le même résultat qui soient moins coûteuses en termes d'atteintes à des valeurs fondamentales.

⁴⁷ M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., pp. 186 et s.

⁴⁸ En ce sens, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, op. cit., pp. 234-235.

⁴⁹ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. par M-J Rossignol e.a., Paris, P.U.F., 1995, pp. 279 et s.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 297.

Le modèle ainsi défendu semble pouvoir être présenté aussi bien comme une forme de *déontologisme responsable* (l'agir est apprécié à l'aune d'un certain nombre de valeurs morales fondamentales qu'il s'agit de respecter, mais, aux fins de cette appréciation, ce n'est pas l'acte seul qui est pris en compte mais bien l'ensemble des conséquences qui pourraient en découler, de même que l'ensemble des conséquences qui pourraient résulter des diverses voies alternatives envisageables), que comme une forme de *conséquentialisme axiologique* (il y a un calcul à faire, en fonction des conséquences – directes et indirectes – de l'agir, mais celles-ci sont appréciées en termes de valeurs et non d'utilité). En réalité, l'objet de l'appréciation est emprunté à la logique téléologique (l'agir et l'ensemble des conséquences qu'il est susceptible d'induire) et la mesure de l'appréciation à une logique déontologique (la conformité à des règles morales fondamentales et non la plus ou moins grande utilité).

Contrairement à ce que soutenait KANT, on concevra ainsi que l'on puisse mentir si cela semble nécessaire pour sauvegarder une ou plusieurs vies, non pas parce que cela devrait permettre de maximiser le bien-être général, mais bien parce que l'interdiction du mensonge paraît un devoir moins contraignant que celui du respect de la vie humaine. Cela dit, si la voie à choisir dans chaque cas d'espèce est toujours celle qui, mieux que toute autre voie alternative, permet de garantir le respect d'une certaine hiérarchisation des valeurs, il faut bien reconnaître que la pondération des valeurs en présence sera souvent plus délicate à opérer que dans ce dernier exemple – comme nous aurons, d'ailleurs, largement l'occasion de l'illustrer ci-après.

In fine, il nous semble que la question de l'arbitrage entre deux valeurs concurrentes, dont il s'agit de déterminer laquelle est supérieure à l'autre, ne saurait légitimement être tranchée que par la discussion rationnelle et le débat démocratique. Cela étant, lorsque, tout au long des pages qui suivent, il s'agira de mettre en œuvre l'approche dialectique défendue ici, nous le ferons chaque fois au départ d'une échelle de valeurs donnée, qui est la nôtre. Il va de soi que cette hiérarchie, que nous nous efforcerons chaque fois d'explicitier, n'est que proposée et qu'elle reste – et doit rester – discutable.

Notons encore que dans l'arbitrage à effectuer, ne devraient, nous semble-t-il, être mises en balance que les valeurs dont il est à tout le moins *vraisemblable* qu'elles pourraient être atteintes – ou, au contraire, sauvegardées – par la mesure envisagée, un danger hautement improbable ou purement spéculatif ne semblant pas pouvoir légitimement être pris en compte⁵¹. Cela étant, certaines menaces pourraient, malgré tout, apparaître plus probables que d'autres et, selon le degré de probabilité de l'atteinte envisagée, la valeur concernée pourrait, le cas échéant, se voir reconnaître plus ou moins de poids dans les plateaux de la balance.

Le poids respectif des valeurs en cause pourrait, enfin, et également, être fonction du degré d'intensité de l'atteinte dont elles sont menacées. Pour utiliser une terminologie empruntée à la Cour européenne des droits de l'homme, certaines atteintes paraissent porter sur "la

⁵¹ Voy., en ce même sens, R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 293: "Nous devons [...] déduire la gravité du mal annoncé de la probabilité de sa survenance". Une comparaison pourrait utilement être faite à cet égard avec la théorie de l'état de nécessité. En présence d'un conflit de valeurs, la notion d'état de nécessité nous enseigne qu'il faut peser les intérêts en présence et sacrifier les intérêts inférieurs en jeu s'il n'y a pas raisonnablement d'autres moyens d'assurer la sauvegarde d'autres intérêts plus importants. Encore faut-il, pour que l'agent puisse se prévaloir de l'état de nécessité, que le mal qu'il se propose d'éviter soit suffisamment certain (voy. en ce sens, P. FORIERS, *L'état de nécessité*, Bruxelles, Bruylant, 1951, pp. 332 et s.).

substance même" d'un droit ou d'une valeur⁵². Elles pèseront inévitablement plus lourd dans la balance qu'une atteinte plus périphérique ou de moindre amplitude.

⁵² Voy. notamment, parmi beaucoup d'autres décisions, Cour. eur. dr. h., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, *série A*, n° 44 (art. 11), arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède* du 23 septembre 1982, *série A* n° 52 (art.1 du protocole n°1), arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, *série A*, n° 93 (art. 6); arrêt *F.C. c. Suisse* du 18 décembre 1987, *série A*, n° 128 (art. 12); arrêt *Brogan et autres c. Royaume-Uni* du 29 novembre 1988, *série A*, n° 145 B (art. 5 § 3).

Titre II. Y a-t-il une place légitime pour les collaborateurs de justice dans le procès pénal?

Introduction

Traditionnellement, le droit pénal est considéré comme premier et la procédure pénale comme venant en second, puisque l'objet de celle-ci serait de mettre en œuvre celui-là¹.

Si malgré tout, nous avons choisi de nous demander s'il peut y avoir une place légitime pour les collaborateurs de justice dans le procès pénal, avant de nous attacher à la même problématique s'agissant du droit pénal, c'est parce qu'il est une question qui nous paraît première et qui est liée, nous semble-t-il, au droit procédural davantage qu'au droit matériel: celle de savoir si les renseignements fournis par le collaborateur de justice ne s'apparentent pas à une forme de délation qui serait moralement condamnable, et, le cas échéant, si un système pénal peut, et dans quelle mesure, faire fi de l'interdiction morale de la délation (chapitre I). Ce qui, en définitive, est en jeu, en l'occurrence, c'est la dignité de la justice et la question – classique en droit de la procédure pénale – de savoir si l'exigence d'efficacité permet de justifier que l'on utilise, pour rechercher et confondre les auteurs d'infractions, des méthodes dont la moralité peut paraître douteuse.

Deux autres questions paraissent également liées à la problématique de la place, légitime ou non, que les collaborateurs de justice pourraient avoir dans le procès pénal. Elles consistent à se demander, d'une part, s'il est acceptable d'exercer sur un témoin potentiel une forme de pression destinée à l'amener à faire des déclarations incriminantes pour lui-même et/ou pour autrui (chapitre II) et, d'autre part, s'il peut être légitime de condamner un accusé sur la base des dires d'un collaborateur de justice alors même qu'il s'agit là d'un type de témoignage dont la crédibilité peut paraître particulièrement douteuse (chapitre III).

¹ Une telle conception du droit de la procédure pénale a été exprimée avec une force toute particulière par J. BENTHAM, qui pour désigner les lois pénales et les lois de procédure pénale, parlait respectivement de lois *substantives* et de lois *adjectives* ("Traité des preuves judiciaires", *Œuvres de J. Bentham*, trad. par P.E.L. Dumont et B. Laroche, t. II, Aalen, Scientia, 1969, p. 245). En réalité, et contrairement à ce suggère la terminologie utilisée par BENTHAM, il semble qu'il existe malgré tout une certaine "autonomie fonctionnelle" du droit de la procédure pénale par rapport au droit pénal (en ce sens, voy. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, pp. 519-520).

Chapitre I. La collaboration procédurale, une forme de délation moralement condamnable que le système pénal ne pourrait légitimement mobiliser?

Cela ressemble à une boutade, mais l'on pourrait dire que le propre du témoignage d'un collaborateur de justice est de paraître "sale". Le collaborateur de justice accepte, en effet, de dénoncer des complices, au sens large, ou des compagnons de détention, et d'emblée tout un chacun a l'intuition qu'un tel comportement n'est pas moralement neutre.

Certes, la justice pénale repose très largement sur la dénonciation dans la mesure où, comme nous l'avons déjà souligné², les infractions commises ne sont souvent pas immédiatement visibles pour le système pénal et doivent lui être renvoyées par des particuliers, témoins ou victimes.

Mais, la dénonciation peut revêtir des formes variées et appeler des appréciations morales diverses. "On subodore que l'acte qui consiste à dire à un tiers ce qu'on a vu est un acte qui change de nature suivant les conditions, les circonstances dans lesquelles il s'inscrit"³. C'est toute la question de la frontière, imprécise et souvent difficile à tracer en pratique, entre la dénonciation ou le témoignage⁴, d'une part, et la délation, d'autre part. Là où les premiers apparaissent licites, la seconde serait moralement condamnable.

Cela étant, qu'est-ce qui fait qu'une déclaration relève du témoignage ou de la délation? A partir de quel moment, et pourquoi, devient-elle un acte moralement répréhensible? Faut-il considérer qu'elle l'est s'agissant de la dénonciation faite par un collaborateur de justice? Et à supposer qu'elle le soit, est-ce à dire qu'il faille proscrire radicalement la mesure de politique pénale qui consiste à encourager la collaboration procédurale?

Tout dépendra, en réalité, du type d'approche éthique dont on se prévaut.

Section 1. L'éthique déontologique

Plusieurs raisons, non exclusives les unes des autres, peuvent, aux yeux des partisans d'une éthique déontologique, contribuer à rendre moralement condamnable une dénonciation et à la faire basculer dans le domaine de la délation.

La première raison tient aux motivations sous-jacentes. La dénonciation serait condamnable dès lors qu'elle est motivée par la jalousie, la vengeance ou la cupidité. Chaque fois donc, et en termes plus kantien, qu'il s'agit pour le dénonciateur de traiter la personne dénoncée exclusivement comme un moyen au profit de son intérêt personnel. C'est en ce sens que le *Robert* définit la délation comme une "dénonciation inspirée par des motifs méprisables"⁵.

² Voy. *supra*, Introduction générale, II, d.

³ M. MARCUS, "Comme tu as de grandes oreilles...C'est pour mieux t'écouter mon enfant!", *Autrement - La délation*, 1987, n° 94, p. 144.

⁴ Sur ces deux notions, les *Pandectes belges* proposent la distinction terminologique suivante: "Celui qui porte un fait à la connaissance de l'autorité judiciaire ne peut être qualifié dénonciateur que s'il agit spontanément et si le fait n'était pas encore poursuivi. Dans les autres cas, il devrait être considéré plutôt comme témoin" (v° *Dénonciateur-dénonciation*, t. 29, Bruxelles, Larcier, 1889, n° 2).

⁵ P. ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, T.II, Paris, S.N.L., 1970, p. 86; voir dans le même sens S. BRAHY, *op. cit.*, p. 947 ("L'on confond souvent la dénonciation avec la délation qui est un moyen vil de gagner de l'argent ou de satisfaire une haine"), ainsi que P. HENRION, *Preuve pénale et*

Même "fondée sur autre chose que l'appât du gain, la convoitise du bien d'autrui ou la volonté de nuire"⁶, la dénonciation peut aussi apparaître condamnable chaque fois qu'elle est calomnieuse et effectuée, donc, au mépris de l'impératif catégorique de l'interdiction du mensonge.

Enfin, indépendamment des motifs qui l'inspirent ou de son contenu qui peut faire offense à la vérité, la dénonciation peut encore sembler moralement répréhensible simplement parce qu'elle manifeste un manquement au devoir de loyauté et de solidarité, plus exactement la rupture d'une solidarité concrète et immédiate, au profit d'une solidarité sociale plus abstraite et désincarnée: dénoncer, c'est, d'une certaine manière, toujours trahir l'individu mis en cause et le groupe auquel on appartient avec lui, au profit de la société et de l'Etat. Cette trahison sera ressentie comme particulièrement intolérable si l'on considère comme illégitime l'autorité qui en bénéficie ou que l'on ne partage pas les valeurs dont elle est porteuse, mais, même sans aller jusqu'à contester la légitimité du destinataire de la dénonciation, il semble qu'il y ait toujours quelque chose de moralement condamnable, à tout le moins dans une perspective déontologique, à trahir la confiance d'un proche, d'un frère, d'un camarade⁷. Et si une telle trahison peut à la limite se comprendre dans le chef de la victime d'une infraction qui porte plainte – dans la mesure où, précisément, elle a elle-même, et en premier, été victime d'un manque de solidarité – elle paraîtra difficilement acceptable, par contre, dans le cas d'un dénonciateur qui n'aurait pas souffert lui-même de l'infraction commise.

Ces quelques raisons qui, au regard d'une éthique absolutiste, peuvent faire basculer une dénonciation dans le champ moralement condamnable de la délation, semblent toutes trois trouver à s'appliquer dans le cas de la collaboration procédurale.

Ainsi, par exemple, la dénonciation faite par un collaborateur de justice semblera bien, le plus souvent, dictée par des mobiles intéressés, puisqu'elle se présente comme le prix de son impunité (totale ou partielle). On ne saurait évidemment pas systématiquement exclure qu'un collaborateur de justice soit également motivé par un repentir sincère. Dans le chef d'ex-terroristes, en particulier, il semble que cela ait pu être le cas⁸. La question des motifs qui peuvent pousser à dénoncer quelqu'un, ou à témoigner contre quelqu'un, est particulièrement complexe et difficile à appréhender, et ce n'est pas parce qu'elle est récompensée que, nécessairement, la dénonciation faite par un collaborateur de justice sera dictée exclusivement par des mobiles condamnables. Mais du seul fait qu'elle donne lieu à récompense, une dénonciation de ce type apparaît à tout le moins moralement suspecte.

droits de l'homme, Nice, Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion, 1998, p. 105 ("Faite dans un but intéressé, la dénonciation se transforme en délation").

⁶ P. DEMERIN, "Benno, Brigitte et le violeur", *Autrement – La délation*, 1987, n° 94, p. 92.

⁷ C'est ce qui peut faire apparaître moralement condamnable le comportement des enfants qui "rapportent" à la maîtresse d'école.

⁸ Voy. en ce sens, E. PALMIERI, qui souligne que c'est bien là que paraît se jouer la différence la plus importante entre les collaborateurs issus de la mouvance terroriste et ceux issus de la criminalité de type mafieux ("I 'maxiprocessi' nell'esperienza giuridica italiana", *Riv. pol.*, 1999, p. 292: "*Mentre la dissociazione ideologica che aveva dato luogo al fenomeno del 'pentitismo' nella lotta alla criminalità politica poteva basarsi su un ripensamento a volte anche sincero da parte di chi aveva scelto dapprima di contrastare per ragione etiche lo Stato e le sue istituzioni, e veniva colto poi da ripensamento operoso, la dissociazione dell' 'uomo d'onore' dalla cosca di appartenenza avveniva e avviene sulla base di un calcolo edonistico che è quello stesso che ne aveva determinato prima la scelta di affiliazione*"), ainsi que la référence, déjà citée, à D. PULITANO (*op. cit.*, p. 1023: "*Le scelte collaborative di ex-terroristi si sono potute complessivamente valutare come espressione di una nuova concreta scelta di campo. La dimensione ideologica, caratterizzante le precedenti scelte delittuose, è parsa garantire o render plausibile un corrispondente significato soggettivo del 'pentimento'*").

Par ailleurs, il peut également arriver qu'un collaborateur de justice mente et que la personne dénoncée ne se soit pas rendue coupable des faits dont il l'accuse, auquel cas il va de soi que sa dénonciation revêt un caractère moralement condamnable et qu'il ne saurait être justifié de la récompenser⁹. Il n'y a, toutefois, pas encore là d'objection définitive à l'encontre du système d'incitation à la collaboration procédurale, puisqu'il suffit de prévoir – ce que font au demeurant tous les systèmes juridiques analysés – que l'octroi de la récompense prévue est subordonné à la sincérité des renseignements fournis et – ce que fait un système comme le système italien – que, même une fois octroyée, la récompense consentie pourrait être retirée s'il devait être établi que le collaborateur de justice a menti. Reste, par contre, le risque d'erreur judiciaire et la possibilité que le caractère mensonger de la dénonciation échappe à la perspicacité du juge. Nous verrons que ce risque paraît relativement important et que, pour qui souscrit à une éthique de type déontologique, il semble qu'il doive conduire à condamner le système dans son ensemble¹⁰.

Il semble difficile de contester, enfin, que la dénonciation faite par un collaborateur de justice est une forme de trahison et l'expression d'une rupture de la solidarité au sein d'un groupe criminel¹¹. Il y a près de 250 ans, BECCARIA écrivait déjà en ce sens, à propos de l'impunité offerte à l'auteur d'un délit qui dénonce ses complices: "C'est en vain que je me tourmente pour étouffer les remords que je ressens lorsque j'autorise les saintes lois, monument sacré de la confiance publique et base de la morale humaine, à se servir de la trahison et de la dissimulation"¹². Propos que n'aurait sans doute pas désavoués ce député belge qui, lors des débats relatifs à l'article 136 du Code pénal, soulignait similairement qu'il "y a quelque chose qui froisse la conscience publique dans le spectacle d'un homme qui [...] après avoir participé à un crime de la plus haute gravité [...] ne doit son impunité qu'à la circonstance qu'après avoir trahi tous ses devoirs envers son pays, il a encore trahi ses complices"¹³.

Souvent intéressée, parfois mensongère, toujours apparentée à une forme de trahison, telle paraît être, donc, la dénonciation faite par un collaborateur de justice. Tout cela devrait logiquement conduire les tenants d'une éthique absolutiste à proscrire radicalement la politique criminelle consistant à récompenser la collaboration procédurale, quels que soient les objectifs poursuivis (peu importe, donc, que la collaboration encouragée soit à portée strictement *répressive* ou comporte également des aspects *préservatifs* ou *limitatifs*), et quelle que puisse être, par ailleurs, l'efficacité de la technique.

Le propre d'une théorie déontologique est, en effet, de soutenir "que l'on est lié par certaines obligations même si l'on a la certitude qu'une autre ligne de conduite produirait globalement un bien plus grand"¹⁴. Dans une approche déontologique de l'éthique, on condamnera donc

⁹ Il ne s'agirait d'ailleurs plus seulement alors de délation, mais carrément de calomnie.

¹⁰ Voy., *infra*, chapitre III.

¹¹ Le seul cas de figure dans lequel il pourrait en aller autrement est celui dans lequel l'appartenance au groupe criminel, ou le maintien dans celui-ci, serait fondé sur la contrainte et la peur, et où la collaboration avec la justice, loin de marquer la rupture d'une solidarité qui n'aurait jamais existé ou n'existerait plus, serait, au contraire, la seule façon pour un individu donné de quitter un groupe dont il a été forcé de faire partie. Sans exclure qu'il puisse exister des rapports de contrainte, notamment au sein de certains groupes mafieux, il semble toutefois que, dans toute sa pureté, cette hypothèse s'apparente assez largement à un cas d'école.

¹² C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 92. Dans le même sens, FILANGIERI parlait quant à lui (*op. cit.*, p. 233) d'un "remède qui utilise la plus vile des trahisons" (*un remedio che ha il più vile tradimento per mezzo*).

¹³ Rapport fait au nom de la commission de la Chambre par J. VANDERSTICHELEN, cité par J.S.G. NYPELS, *op. cit.*, p. 33, n° 26.

¹⁴ C. LARMORE, *op. cit.*, p. 49.

radicalement toute mesure de politique pénale qui contrevient à une règle morale telle l'interdiction de la délation, quels que soient les effets positifs que l'on peut en attendre. C'est une approche de ce type que semble défendre J. DABIN lorsqu'il écrit qu'"une règle juridique positivement contraire à la morale doit être condamnée comme contraire au bien public" et que "la condition première du bien public en tous domaines, est l'observation par tous de la morale, dans le choix des moyens aussi bien que dans celui des fins"¹⁵. C'est aussi l'idée à laquelle paraît souscrire T. PADOVANI lorsqu'il condamne comme "barbare" le système pénal qui repose sur la délation, tout en admettant qu'un tel système "satisfait probablement aux exigences de la raison instrumentale et permet d'atteindre des résultats pratiques que les techniques d'enquête normales et l'action politique ne peuvent garantir"¹⁶.

Section 2. L'éthique téléologique

Pour les tenants d'une éthique utilitariste, les raisons d'éventuellement considérer comme moralement condamnable la dénonciation faite par un collaborateur de justice seront appréciées de manière toute différente.

Contrairement au partisan d'une éthique déontologique, l'utilitariste se désintéressera, en effet, de la question des motivations et des mobiles – qu'ils soient ou non méprisables, peu lui importe – pour se concentrer sur celle des conséquences de la dénonciation, conséquences qui seront appréciées en termes de maximisation de l'utilité générale¹⁷.

S'agissant, dans le cas des collaborateurs de justice, de dénonciations qui sont censées permettre la découverte et la poursuite d'auteurs d'infractions, l'utilité paraît en l'occurrence avérée. Elle sera vraisemblablement jugée particulièrement évidente dans le cas de collaborations à portée *préservative* ou *limitative*, mais elle devrait normalement être admise aussi s'agissant de collaborations à portée strictement *répressive*, sauf, bien entendu, à contester la pertinence même qu'il y aurait à exercer une répression pénale à l'encontre des comportements en cause.

Il va de soi, ici aussi, que si, dans un cas d'espèce déterminé, la dénonciation faite par un collaborateur de justice devait apparaître mensongère, elle ne présenterait aucun intérêt et ne pourrait pas légitimement être encouragée. Mais, à nouveau, seule la dénonciation sincère est, en principe, récompensée dans les systèmes juridiques qui recourent aux collaborateurs de justice. Quant au risque de voir le caractère mensonger de la déclaration faite échapper à la sagacité du juge, nous verrons qu'il paraît acceptable pour un utilitariste, à tout le moins aussi longtemps que les erreurs judiciaires éventuelles restent suffisamment exceptionnelles pour ne pas remettre en question l'utilité, globalement considérée, de la méthode en cause¹⁸.

¹⁵ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, pp. 378-379.

¹⁶ T. PADOVANI, "La soave inquisizione", *op. cit.*, p. 545: "È probabile che un sistema penale [che nella repressione delle forme più gravi di delinquenza si affida alla delazione] soddisfi le esigenze della ragione strumentale, ottenga cioè quei risultati pratici che i normali mezzi di indagine e l'azione politica non possono assicurare; ma quale prezzo debba essere pagato, in termini di civiltà del sistema penale e del costume giudiziario, è difficile dire: anche la barbarie può avere un volto umano".

¹⁷ Voy. notamment en ce sens, M. METAYER, *op. cit.*, p. 118: "Dans une perspective utilitariste, où ce sont les conséquences concrètes de l'acte qui importent, le motif ou l'intention de l'acte reste secondaire. [...] Même si l'intention de l'acte n'est pas bonne, l'acte en lui-même peut être considéré comme bon, s'il a des conséquences avantageuses".

¹⁸ Voy. *infra*, chapitre III.

Et c'est aussi en termes d'utilité que sera évaluée la question de l'atteinte au devoir moral de solidarité. Pour un utilitariste, en effet, des valeurs telles que la loyauté et la solidarité ne sont appréciées qu'en fonction de leurs conséquences et, si elles doivent être encouragées lorsqu'elles sont censées permettre une maximisation du bien-être général (par exemple, en tant qu'elles favorisent le bon fonctionnement des rapports juridiques et économiques au sein d'une société), elles ne sauraient l'être, par contre, lorsqu'elles paraissent préjudiciables aux intérêts du plus grand nombre (et, en particulier, lorsqu'elles fondent la loi du silence au sein d'une organisation criminelle)¹⁹. S'agissant de collaborateurs de justice, l'utilitariste estimera donc vraisemblablement que la solidarité en cause ne saurait être considérée comme une vertu à protéger²⁰.

C'est en ce sens que DIDEROT écrivait que "la morale humaine, dont les lois sont la base, a pour objet l'ordre public et ne peut admettre au rang de ses vertus, la fidélité des scélérats entre eux pour troubler l'ordre et violer les lois avec plus de sécurité"²¹, ou que le baron D'ANETHAN demandait, lors du vote de l'article 136 du Code pénal belge, ce qu'il y a "d'immoral à provoquer la défiance, l'abandon et même la dénonciation parmi des gens qui ne sont unis que dans une pensée coupable, dans un but hostile aux institutions du pays"²².

L'utilitariste ne verra donc normalement guère d'objection à récompenser la dénonciation faite par un collaborateur de justice. A supposer même que l'on puisse considérer qu'en encourageant un délinquant à rompre les liens qui l'unissent à des complices ou codétenus, le législateur affaiblit de manière générale les valeurs de solidarité et de loyauté – lesquelles peuvent, dans d'autres contextes, avoir une réelle utilité – cette atteinte, toute relative et hypothétique²³, à des valeurs appréciables en termes utilitaristes serait de toute façon largement justifiée s'il peut être raisonnablement démontré qu'elle est nécessaire à la réalisation de finalités prioritaires, telles que la répression des infractions commises et le maintien de la sécurité publique (sur la mesure dans laquelle cette nécessité est, ou peut être, démontrée, voy. ci-dessous, la section 3).

¹⁹ Pour un tel raisonnement, voy. en particulier C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., pp. 544-545: "i valori della solidarietà e della lealtà debbono essere apprezzati in relazione al significato che essi concretamente rivestono dal punto di vista dell'utilità pubblica; così, la lealtà contrattuale è valore morale giuridicamente apprezzato e tutelato dall'ordinamento perché funzionale al buon andamento del traffico giuridico e dell'economia; la lealtà tra membri di un'associazione criminale è disfunzionale agli interessi della società, e quindi andrà intesa come disvalore: nel caso in esame, come omertà". L'auteur ne fait que reprendre une idée développée par J. BENTHAM, qui en son temps avait déjà souligné que si "dans le cas des engagements honnêtes, c'est leur observation qui est de l'intérêt de la société, dans le cas des engagements déshonnêtes et pernicieux, c'est leur violation" ("Traité des preuves judiciaires", op. cit., p. 393).

²⁰ Pour une appréciation comparable, mais qui prend également en compte le type de criminalité concerné, et paraît plus nuancée dans le cas du terrorisme que dans celui de la criminalité mafieuse, voy. M. SBRICCOLI, op. cit., p. 422. L'auteur estime que la question de la délation "put recevoir quelque attention dans le cas du terrorisme en tant que liée au principe de la solidarité conspiratrice ou du loyalisme politique, qui avaient l'air d'avoir un semblant de dignité", mais que, par contre, "dans le cas de la mafia, elle se révéla immédiatement peu présentable".

²¹ Cité par M. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, T. I, Bruxelles, C-J De Mat, 1835, p. 206.

²² Cité par J.S.G. NYPELS, op. cit., p. 55.

²³ Dans le même sens, voy. C. RUGA RIVA qui considère une telle atteinte comme "improbable" (*Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 546: "che l'incentivo alla denuncia o collaborazione del correo venga percepito come incentivo alla rottura dei valori e delle pratiche di lealtà e solidarietà tra cittadini nella vita quotidiana [...] appare improbabile").

Section 3. Pour un modèle dialectique

Dans le modèle dialectique que nous défendons, on reconnaîtra la qualité morale intrinsèque de l'impératif catégorique kantien ou des devoirs de loyauté et de solidarité, mais on s'efforcera de tenir un discours articulé autour d'une appréciation de l'importance relative des valeurs en cause.

A l'instar des tenants d'une éthique de type déontologique, on admettra qu'il est *a priori* peu légitime de récompenser une dénonciation dictée par des mobiles intéressés, ce que paraît être souvent la dénonciation faite par un collaborateur de justice.

On considérera aussi que des vertus comme la loyauté et la solidarité sont appréciables indépendamment de leur fonctionnalité en termes d'intérêt général, et qu'en tant qu'elle constitue une trahison d'anciens compagnons, la dénonciation faite par un collaborateur de justice semble donc s'apparenter également à une forme de délation moralement condamnable.

On empruntera, par contre, à l'approche téléologique, l'idée selon laquelle on ne saurait porter un jugement sur la mesure de dénonciation en cause, sans avoir égard à l'ensemble des conséquences que celle-ci paraît devoir entraîner, pour la personne dénoncée, comme pour la société dans son ensemble.

Pour la personne dénoncée, d'abord. Quel que soit le contexte plus global dans lequel elle intervient, une dénonciation sera, en principe, injustifiable si elle doit exposer la personne mise en cause à des conséquences injustes, soit que celle-ci n'ait pas commis les faits qui lui sont reprochés, soit que ces faits, tout en étant avérés, ne présentent pas un caractère moralement blâmable²⁴ et/ou ne permettent pas de légitimer la sanction encourue²⁵. Tel ne devrait toutefois pas être le cas s'agissant de la dénonciation faite par un collaborateur de justice. Dans un Etat de droit, la dénonciation d'auteurs d'infractions n'est, en effet, pas censée entraîner de répression arbitraire et aveugle, mais seulement l'ouverture d'un procès, en principe équitable, au terme duquel la personne dénoncée, si elle est reconnue coupable, se verra légalement sanctionnée pour les infractions commises. Sauf à être, expressément ou implicitement, partisans d'un abolitionnisme radical²⁶, de telles conséquences ne sauraient, en soi, être considérées comme injustes²⁷. Reste, évidemment, le risque de voir

²⁴ Ainsi, par exemple, de la dénonciation d'une appartenance ethnique ou d'une pratique religieuse.

²⁵ Ainsi, par exemple, de la dénonciation sous l'Occupation, qui "équivalait, dans bien des cas, à un meurtre" (A. HALIMI, "Une certaine France sous l'Occupation", *Autrement – La délation*, 1987, n° 94, p. 106).

²⁶ Une telle approche radicale, consistant à prôner l'abolition complète du système pénal au profit de modes de règlement des conflits organisés en marge du système juridique étatique, ou, à défaut, sur un mode exclusivement civil, a, entre autres, été défendue par L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS (voy., en particulier, leur ouvrage *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982). Une version moins radicale de l'abolitionnisme, par contre, consiste à plaider non pas pour la suppression complète de la rationalité pénale, mais pour une disparition au sein de celle-ci, du *devoir* de punir, remplacé par une simple *autorisation* de punir, ce qui conduirait à rechercher des alternatives à la pénalité chaque fois qu'il y a d'autres issues possibles aux litiges, mais n'exclurait pas que la contrainte et la sanction pénale subsistent en dernier ressort, lorsqu'il n'y a pas moyen de résoudre autrement les conflits (à ce propos, voy. notamment A. PIRES, A., "La 'ligne Maginot' en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince", *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, pp. 145 et s., en particulier pp. 168-170).

²⁷ En ce sens, voy. H. KAPTEIN, *op. cit.*, p. 67: "Wie in kroongetuigen verraders ziet, lijkt een stilzwijgend aanhanger van abolitionisme". Voy. également W.J. BAUER, *op. cit.*, p. 143: "The fact is that our hatred for and detestation of the accomplice witness is rooted in our belief in the cause they betrayed, not the act itself. This lesson is taught so strongly that we frequently fail to recognize that it is not a betrayal of the 'cause' (i.e. society) to seek the testimony of one guilty man in order to bring to justice other criminals".

un collaborateur induire la justice en erreur et porter des accusations mensongères qui pourraient déboucher sur des condamnations injustifiées, mais, comme nous le verrons ci-après, un tel risque paraît pouvoir être limité si l'on veille à assortir la dénonciation d'un collaborateur de justice d'un certain nombre de garanties spécifiques²⁸.

En ce qui concerne, par ailleurs, les effets de la mesure en cause au niveau de la société dans son ensemble, il faut reconnaître que, même si elle peut sembler à plusieurs égards s'apparenter à une forme de délation moralement condamnable, la dénonciation faite par un collaborateur de justice pourrait, malgré tout, permettre d'atteindre parfois certains résultats propres à justifier que le système pénal mobilise ce type de témoignage.

Il semble, en effet – et contrairement à ce que défendent les tenants d'une pure éthique déontologique – qu'un strict respect de l'interdit moral de la délation ne soit pas nécessairement tenable dans tous les cas, et qu'il faille, au contraire, admettre que l'on peut légitimement contrevenir à cet interdit si cela paraît nécessaire, non pas pour produire globalement un bien-être général plus grand – ce qui serait le point de vue d'un utilitariste – mais bien pour garantir la sauvegarde de valeurs jugées plus fondamentales que celles protégées par la règle morale en question.

Dans l'approche dialectique que nous défendons ici, on considérera donc qu'un système pénal peut légitimement choisir d'encourager la collaboration procédurale – alors même qu'il s'agit d'une forme de méconnaissance du devoir moral de solidarité et de loyauté, dictée bien souvent par des mobiles intéressés – si et seulement si, cela doit permettre (principe d'*adéquation*), d'empêcher la réalisation d'une atteinte à une valeur plus importante (principe de *proportionnalité externe*, entendu *sensu stricto*) qui ne pourrait pas l'être autrement, ou à tout le moins, pas de manière moins critiquable (principe de *nécessité*)²⁹.

Si dans la pesée des intérêts en présence qu'il convient, à cet égard, d'effectuer (principe de *proportionnalité externe* au sens strict), ne peuvent – nous semble-t-il – être prises en compte que des valeurs dont il paraît suffisamment vraisemblable qu'elles pourraient être compromises en l'espèce, le degré de vraisemblance de cette menace pourrait toutefois encore être variable et dicter, le cas échéant, des appréciations différentes.

C'est ainsi que dans l'hypothèse de collaborations à portée *préservative* ou *limitative*, où il s'agit de conjurer une menace toute à fait concrète et actuelle pesant sur certaines valeurs pénalement protégées – qui, dans le premier cas, ont simplement été mises en péril et, dans le second, ont déjà été compromises mais risquent de l'être davantage encore – la préservation ou la restauration de l'intégrité de ces valeurs paraîtra sans doute pouvoir l'emporter assez souvent sur le respect de l'interdiction morale de la délation.

Dans l'hypothèse de collaborations à portée strictement *répressive* par contre, il s'agit, certes, toujours de conjurer une forme de menace que l'impunité ferait peser sur certaines valeurs pénalement protégées, mais cette menace, nettement moins concrète et actuelle que dans les deux premiers cas de figure, paraît devoir peser moins lourd dans les plateaux de la balance. Dans la plupart des cas, c'est dès lors la préservation de la valeur de solidarité humaine que protège l'interdit moral de la délation qui semblera devoir l'emporter, et ce n'est que dans l'hypothèse de formes de criminalité particulièrement graves et mettant

²⁸ Voy. *infra*, chapitre III.

²⁹ Pour une analyse comparable, mais appliquée à la problématique de l'interdiction morale du mensonge et de la tromperie, voy. C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, en particulier pp. 610 et s. L'auteur propose également de comparer entre elles les valeurs en cause et défend notamment l'idée qu'il n'est pas tenable de "privilégier l'impératif de véracité au détriment de l'intégrité de la personne humaine" (p. 615).

en cause des valeurs tout à fait fondamentales, que cet interdit pourrait, nous paraît-il, devoir céder devant les nécessités de la répression³⁰.

Cela étant, qu'il s'agisse de *collaborations à portée préservative ou limitative*, ou de *collaborations à portée strictement répressive*, la délimitation exacte des types d'infraction qui peuvent sembler porter atteinte à des valeurs suffisamment importantes pour légitimer que l'on récompense une forme de délation moralement discutable, nous paraît devoir être réservée au législateur (principe de *légalité*) et ne pas pouvoir être abandonnée à la jurisprudence ou au parquet, comme cela a, pourtant, pu être le cas dans certains des systèmes juridiques analysés³¹. Il s'agit en effet d'une question de société qui devrait pouvoir faire l'objet de débats publics.

Encore faudrait-il, dans tous les cas de figure, qu'il soit effectivement démontré que les types de criminalité concernés semblent pouvoir être efficacement combattus lorsque l'on choisit de récompenser la collaboration procédurale (principe d'*adéquation*), alors même qu'ils ne paraissent pas pouvoir l'être par d'autres techniques, moins attentatoires à certaines valeurs morales (principe de *nécessité*).

Or, précisément, ces questions ne sont généralement évoquées que de manière extrêmement sommaire. Dans les systèmes juridiques qui envisagent de mettre en place une législation en matière de collaboration procédurale – du moins dans ceux que nous avons étudiés – le fait qu'il serait approprié et absolument nécessaire de recourir aux collaborateurs de justice si l'on veut pouvoir lutter activement contre certaines formes de criminalité, est habituellement présenté comme une évidence péremptoire, non autrement argumentée ou appuyée sur des données empiriques précises³².

Il faut reconnaître que l'*adéquation* comme la *nécessité* du recours aux collaborateurs de justice peuvent difficilement être démontrées de manière positive et incontestable. Mais, même si l'on doit se contenter en la matière de fortes vraisemblances, il conviendrait à tout le moins qu'avant d'adopter cette mesure de politique pénale moralement discutable, on s'efforce, d'une part, d'évaluer les résultats obtenus là où la mesure a déjà été appliquée à grande échelle de manière à déterminer si le recours aux collaborateurs de justice paraît efficace dans la lutte contre certains types d'infractions, et que l'on prenne la peine, d'autre part, d'établir, sur la base d'éléments objectifs, l'existence de certaines formes de criminalité face auxquelles la justice pénale paraît, dans l'état actuel des choses, proprement impuissante³³.

³⁰ Dans un sens similaire, signalons que lors du congrès qu'elle a tenu en septembre 1999 à Budapest, et qui était consacré à la question de la lutte contre le crime organisé, l'Association internationale de droit pénal a voté des résolutions portant notamment sur la problématique des "repentis" et qu'elle a insisté sur le fait qu'un tel système ne devrait être autorisé "que pour prouver des infractions graves" (voy. la résolution 8 de la section III, *Rev. int. dr. pén.*, 1999, p. 878).

³¹ L'on songe, en particulier, au système néerlandais où, alors même que la matière n'était pas réglementée par la loi, le collège des procureurs généraux est intervenu à deux reprises, en 1983 et en 1997, pour limiter les "deals" qui pourraient être conclus avec des délinquants aux infractions liées à la criminalité organisée ou mettant en cause des vies humaines (voy. *supra*, titre III, chapitre I, section 4).

³² Une même absence d'analyse scientifique véritable a été dénoncée, à propos des techniques particulières de recherche en droit belge, par C. DE VALKENEER (*Le droit de la police*, Bruxelles, De Boeck, 1991, p. 161) et par M. DE RUE ("Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière", *J.T.*, 2000, p. 330).

³³ Sans aller jusqu'à exiger que l'on fasse une telle démonstration, le professeur TAK a reconnu que la question du recours aux collaborateurs de justice "*zou mogelijk minder controversieel zijn geweest, als met bewijsbare stelligheid vast zou staan [...] dat ernstige, voor de samenleving zeer bedreigende vormen van criminaliteit [...]*

S'agissant du premier point, il semble que l'on puisse tirer certains enseignements des quelque 22 ans d'expérience italienne en la matière, si du moins l'on considère comme transposables à d'autres systèmes juridiques les résultats obtenus dans la péninsule. Or, en l'occurrence, et même si plusieurs auteurs italiens s'accordent à considérer comme indistinctement établie l'efficacité de la mesure en question³⁴, il paraît plus exact de dire que le recours aux collaborateurs de justice a eu des résultats variables selon les contextes dans lesquels la mesure a été appliquée. Celle-ci semble avoir effectivement contribué à la fin du mouvement terroriste – même si la question de savoir si de tels résultats n'eussent pas pu être atteints sans l'adoption des lois sur la collaboration procédurale reste ouverte et largement invérifiable³⁵. Elle aurait, par contre, eu des effets plus mitigés dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée de type mafieux, qui paraît aujourd'hui affaiblie peut-être, transformée sans doute, mais certainement pas éradiquée³⁶. Sans prétendre en tirer de conclusions trop définitives, il semble donc que le recours aux collaborateurs de justice peut s'avérer efficace lorsqu'il s'agit d'accélérer la faillite de mouvements criminels manifestant déjà des signes de crise idéologique, mais qu'il ne représente certainement pas une panacée dans la lutte contre toutes les formes de délinquance organisée.

S'agissant du second point, par ailleurs, il nous semble que la question devrait être réévaluée à intervalles périodiques, étant entendu qu'un même phénomène criminel face auquel la justice pénale semble aujourd'hui largement démunie, pourrait demain – grâce à la mise au point de nouvelles méthodes d'enquête ou même peut-être, pour partie, suite au recours aux collaborateurs de justice – être mieux cerné, connu et maîtrisé par le système pénal et ne plus légitimer, dès lors, le recours à cette mesure de politique pénale³⁷.

Notons, enfin, que même si, au niveau de la réglementation générale de la mesure de politique pénale en cause, il devait être démontré que celle-ci est adéquate et nécessaire pour combattre les formes de criminalité visées, ces mêmes exigences devraient encore et

met de reguliere opsporingsmethoden niet meer bestreden kunnen worden" (Bespiegelingen omtrent de kroongetuige, op. cit., p. 1).

³⁴ M. SBRICCOLI a ainsi écrit que "malgré inquiétudes et scepticisme, l'on peut dire en l'état que les résultats visés par les normes sur la collaboration du procès ont presque tous été obtenus" (M. SBRICCOLI, *op. cit.*, p. 421). De manière très tranchée, C. RUGA RIVA estimait quant à lui que l'efficacité des incitants pénaux à la collaboration procédurale ne faisait "aucun doute" (C. RUGA RIVA, "I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei", *op. cit.*, p. 381: "sull'efficienza del premio per la collaborazione processuale nel ordinamento italiano non sussistono dubbi"). Notons, toutefois, que plus récemment, dans la dissertation doctorale qu'il vient de publier, ce même auteur se montre bien peu plus nuancé sur la question. Voy. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, p. 473: "Se è vero che il premio ha provocato (in relazione ai reati terroristici) e provoca (in relazione ai reati di tipo mafioso) un numero massiccio di collaborazioni, e che queste hanno in taluni casi procurato contributi investigativi e probatori notevoli, è d'altra parte difficilmente negabile che, da un lato, il fenomeno terroristico si è esaurito anche e soprattutto per cause interne, legate a ripensamenti ideologici che il pentitismo ha probabilmente solo accelerato, e, dall'altro, che la criminalità organizzata, seppure in parte indebolita, è ben lungi dall'essere stata effettivamente ridimensionata. In ambedue i casi, non v'è dunque sufficiente riscontro alla capacità deterrente del diritto penale premiale rispetto alla commissione di determinati reati".

³⁵ En ce sens, voy. T. PADOVANI, "Il traffico delle indulgenze", *op. cit.*, p. 419 ("poichè la storia non ammette controprove, è difficile dire se la via prescelta fosse l'unica possibile per raggiungere quei risultati"), ainsi que E. PALMIERI, *op. cit.*, p. 293 ("mai nessuno ha saputo con certezza se la fine di siffatto fenomeno sia stata dovuta al mancato perseguimento dell'obiettivo o alla strategia giudiziaria prima delineata").

³⁶ Nous nous permettons de renvoyer, sur ce point, le lecteur aux conclusions du titre II de la 1^{ère} partie.

³⁷ Dans le sens d'une réévaluation périodique de cette mesure de politique pénale, voy. aussi C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, pp. 432 et 538.

aussi être rencontrées au niveau de l'application individuelle de la mesure dans chaque cas d'espèce, le recours concret aux collaborateurs de justice s'apparentant malgré tout toujours à une forme de délation moralement condamnable et ne pouvant dès lors être justifié, dans une affaire donnée, que si cela doit permettre (principe de *pertinence*) d'élucider une infraction qui ne paraît pas pouvoir l'être autrement (principe de *subsidiarité*).

Chapitre II. Le témoignage du collaborateur de justice, des informations obtenues sous pression, mais néanmoins acceptables?

Nous avons vu, tout au long de la première partie, qu'un collaborateur de justice est soumis à d'importantes pressions et fortement incité à collaborer avec les autorités. Selon qu'il acceptera ou non de coopérer, la peine finalement encourue pourrait, en effet, être substantiellement plus légère ou plus lourde.

Cette forme de pression exercée sur le collaborateur de justice pose problème en ce qui concerne la crédibilité de son témoignage et peut mettre en cause la sincérité des propos tenus³⁸. Mais elle pose également question en elle-même. Même en supposant, en effet, que le collaborateur de justice "parle vrai" ou que les garanties strictes dont on entoure son témoignage puissent suffisamment contrebalancer les problèmes de crédibilité qui paraissent inhérents à ce mode de preuve, est-il acceptable, pour autant, d'exercer une forme de coercition pour l'amener à parler?

La question, à y regarder de plus près, paraît double. Est-il acceptable de peser sur le libre arbitre d'une personne en vue de recueillir des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés contre elle? Est-il admissible, par ailleurs, de soumettre une personne à pression pour l'amener à en accuser d'autres? La première question renvoie à la problématique du droit au silence de l'accusé, la seconde, à ce que nous avons choisi d'appeler le droit au silence du témoin. Après avoir brièvement évoqué les fondements de ces deux droits (section 1), nous examinerons si les pressions exercées sur le collaborateur de justice pour l'amener à y renoncer peuvent être légitimes (section 2). Tout dépendra, ici comme ailleurs, de l'approche éthique que l'on met en œuvre.

Section 1. Le droit au silence de l'accusé et le droit au silence du témoin

De longue date, il paraît admis, en doctrine³⁹ comme en jurisprudence⁴⁰, que toute personne accusée d'une infraction bénéficie d'un droit au silence, en ce sens qu'elle ne saurait être contrainte de s'avouer coupable, ni de répondre aux questions qui lui sont posées et qui pourraient contribuer à l'auto-incriminer.

Formellement garanti par l'article 14 § 3 g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ce droit n'est par contre pas expressément mentionné dans la Convention européenne des droits de l'homme. 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 Convention⁴¹. Et depuis 1993, la Cour reconnaît, de son

³⁸ Voy. *infra*, chapitre suivant.

³⁹ Pour le droit belge, voy. notamment, R. CHARLES, "Le droit au silence de l'inculpé", *Ann. Dr.*, 1954, pp. 3-21 et R. DECLERCQ, "Le droit au silence", *Rapports belges au IXe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1974, pp. 611-626.

⁴⁰ Voy., notamment, pour le droit belge toujours, Cass., 13 mai 1986, *Rev. dr. pén. crim.*, 1986, pp. 905 s. et conclusions J. DU JARDIN.

⁴¹ Comm. eur. dr. h., *K. c. Autriche*, rapport du 13 octobre 1992, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, pp. 243 et s., § 49, et note O. KLEES.

côté, que le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination est compris dans la notion de procès équitable⁴².

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 judiciaires⁴³. 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"⁴⁴, sans être tenu 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. 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 5 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 cause⁴⁵.

Certains voient, en outre, dans le droit au silence de l'accusé un corollaire de la présomption d'innocence⁴⁶, mais cela nous paraît beaucoup plus discutable. La présomption d'innocence

⁴² Cour eur. dr. h., arrêt *Funke c. France* du 25 février 1993, série A, n° 256-A, § 44; arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-I, p. 49, § 45; arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, p. 2064, § 68; arrêt *Serves c. France* du 20 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-VI, p. 2173, § 46; arrêt *Condron c. Royaume-Uni* du 2 mai 2000, non encore publié au *Recueil*, § 56; arrêt *Averill c. Royaume-Uni* du 6 juin 2000, non encore publié au *Recueil*, § 45; arrêt *I.J.L., G.M.R. et A.K.P. c. Royaume-Uni* du 19 septembre 2000, non encore publié au *Recueil*, § 83; arrêt *Quinn c. Irlande* du 21 décembre 2000, non encore publié au *Recueil*, § 40; arrêt *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* du 21 décembre 2000, non encore publié au *Recueil*, § 40; arrêt *J.B. c. Suisse* du 3 mai 2001, non encore publié au *Recueil*, § 64.

⁴³ En ce sens, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Murray c. Royaume-Uni*, précité, § 45; arrêt *Saunders c. Royaume-Uni*, précité, § 68; arrêt *Serves c. France*, précité, § 46; arrêt *Quinn c. Irlande*, précité, § 40; arrêt *Heaney et Mc Guinness c. Irlande*, précité, § 40; arrêt *J.B. c. Suisse*, précité, § 64.

⁴⁴ 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 ("Doorgaans wordt het nemo tenetur beginsel vooral gezien als een uitvloeisel van het burgerschapconcept in een democratische rechtsstaat. Met dit burgerschapbegrip zou niet stroken dat de burger in het strafproces wordt gereduceerd tot een object van onderzoek, een bewijsmiddel tegen zichzelf"), ainsi que l'opinion dissidente du juge PETTITI sous l'arrêt *Murray* précité, *op. cit.*, p. 62 ("L'inculpé est libre [...] d'avouer ou de ne pas avouer, ce qui est une forme de respect de la dignité de la personne").

⁴⁵ 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 (rapport précité, § 52).

⁴⁶ 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

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 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'accusé⁴⁷.

Quoi qu'il en soit des fondements du droit au silence de l'accusé, il est clair qu'au regard des principes qui paraissent aujourd'hui admis en droit positif, il doit normalement bénéficier au collaborateur de justice dès le moment où – et aussi longtemps que – celui-ci est susceptible de s'auto-incriminer et de faire des déclarations qui pourraient être retenues contre lui. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au silence est, en effet, reconnu "à tout accusé au sens autonome que l'article 6 de la Convention attribue à ce terme", c'est-à-dire dès que l'on peut considérer que, même indépendamment de la stricte mise en mouvement de l'action publique à son égard, il est sous le coup de mesures impliquant le reproche d'avoir commis une infraction pénale et entraînant d'importantes répercussions sur sa situation⁴⁸.

Le collaborateur de justice n'est toutefois pas nécessairement, et dans tous les cas de figure, susceptible de s'auto-incriminer. Il se pourrait, en effet, qu'il ne collabore avec les autorités qu'après sa condamnation définitive, ou que – comme dans le cadre du mécanisme de transaction de droit belge ou néerlandais, ou d'*immunity* de droit américain – la loi lui donne la garantie formelle qu'il ne sera pas poursuivi ou que les déclarations qu'il fait ne pourront pas être retenues contre lui. A moins qu'il ne soit encore exposé à un risque de poursuites pénales à l'étranger⁴⁹, le droit au silence de l'accusé ne saurait, en pareil cas, plus être

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*, précité, § 68; arrêt *Quinn c. Irlande*, précité, § 40; arrêt *Heaney et Mc Guinness c. Irlande*, précité, § 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).

⁴⁷ Dans le même sens, voy. A.H.J. SWART, "Bewijs leveren tegen zichzelf", *op. cit.*, p. 676 ("*Het nemo tenetur beginsel en de onschuldpresumptie zijn logisch van elkaar te onderscheiden. Dat een persoon alleen veroordeeld mag worden wanneer het bewijs van zijn schuld is geleverd, sluit niet noodzakelijkerwijze uit dat hij ertoe verplicht wordt, aan het onderzoek naar de houdbaarheid van de beschuldiging een bijdrage te leveren. De onschuldpresumptie omvat niet begripsmatig het nemo teneturbeginsel*"), ainsi que G. STESENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 299 ("*Dat een persoon alleen mag veroordeeld worden wanneer het bewijs van zijn schuld is geleverd, hoeft op zich niet uit te sluiten dat hij verplicht wordt mede te werken aan het onderzoek naar de houdbaarheid van de beschuldiging*").

⁴⁸ Voy. les arrêts *Funke c. France*, précité, § 44; *Serves c. France*, précité, § 42; *Quinn c. Irlande*, précité, § 42 et *Heaney et Mc Guinness c. Irlande*, précité, § 42. Le seul fait que les poursuites au fond ne seraient finalement pas exercées à son encontre (comme dans les arrêts *Funke c. France* et *Quinn c. Irlande*, précités), voire même qu'il serait éventuellement acquitté (comme dans l'arrêt *Heaney et Mc Guinness c. Irlande*, précité), ne change rien à cet égard: si son droit au silence a été violé alors qu'il était sous le coup d'une accusation en matière pénale, il continue de pouvoir dénoncer une telle violation par la suite.

⁴⁹ Si, *de lege ferenda*, il nous semble que du seul fait qu'il est exposé à poursuites pénales – quel que soit le lieu où celles-ci sont ou pourraient être exercées – un accusé devrait pouvoir se prévaloir d'un droit au silence, il faut toutefois reconnaître que *de lege lata*, il ne paraît pas bénéficier d'une telle protection dans tous les systèmes

violé⁵⁰, mais la question se pose de savoir s'il ne pourrait pas, par contre, se prévaloir d'un "droit au silence du témoin".

La terminologie choisie appelle quelques précisions. Plusieurs auteurs parlent, en effet, de "droit au silence de l'accusé" et de "droit au silence du témoin", mais en réduisant cette seconde expression à la problématique de la protection du témoin contre le risque d'auto-incrimination⁵¹, ce qui prête quelque peu, nous paraît-il, à confusion.

Lorsqu'une personne se voit reconnaître un droit au silence parce que les questions auxquelles elle serait normalement tenue de répondre portent sur des faits précis susceptibles de constituer une infraction qui pourrait lui être imputée, c'est toujours, nous semble-t-il, parce qu'elle peut être considérée comme tombant sous le coup d'une accusation en matière pénale, à tout le moins au sens autonome de la Convention européenne des droits de l'homme. Et même si elle est entendue comme témoin, c'est en cette qualité d'accusé qu'elle a, nous semble-t-il, le droit de refuser de répondre⁵².

"Certes, au moment où il est entendu en qualité de témoin, celui qui dépose n'est pas à proprement parler 'une partie au procès'. Mais ne le devient-il pas aussitôt que ses déclarations sont retenues contre lui, c'est-à-dire finalement au moment où il les formule?" s'interrogeait O. KLEES⁵³. Et l'auteur de citer GARRAUD qui, au début du siècle dernier déjà, écrivait: "le témoin qui n'altère les faits dont il dépose que pour ne pas s'exposer lui-même à une poursuite comme auteur ou comme complice du délit, ne saurait être considéré, quant à

juridiques analysés. Rappelons, en effet, que, dans un arrêt *United States v. Balsys*, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé que la *self-incrimination clause* du V^e amendement ne protège pas contre d'éventuelles poursuites à l'étranger (voy., à ce propos, *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre II, section 5).

⁵⁰ La question de savoir s'il peut encore y avoir violation du droit au silence de l'accusé, alors même que celui-ci a reçu la garantie formelle qu'il ne pourrait plus être poursuivi ou que ses déclarations ne pourraient pas être retenues contre lui, n'a jamais été expressément tranchée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais la Cour a néanmoins laissé entendre, dans ses arrêts *Quinn* (§ 55) et *Heaney et Mc Guinnes* (§ 54) précités, que la circonstance que les déclarations qu'il était demandé aux requérants de faire sous la menace d'une sanction pénale ne devaient pas pouvoir être ultérieurement reçues comme preuves dans le cadre de la procédure au fond, aurait pu, si elle avait été suffisamment établie à l'époque des faits – *quod non* – "contribuer à restaurer la substance de leur droit au silence".

⁵¹ Voy. notamment, en ce sens, P. KINSCH, "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination", *Bull. dr. h.*, 1993, pp. 47-54, P. DE HERT, "Le droit au silence des suspects et témoins. Jurisprudence et législation relatives au principe *nemo tenetur*", *Vigiles*, 1999, n° 2, pp. 20-30, ainsi que F. KUTY, "L'étendue du droit au silence en procédure pénale", *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 309-334.

⁵² Il nous paraît, à cet égard, significatif que dans les deux décisions strasbourgeoises généralement invoquées à l'appui de l'existence d'un "droit au silence du témoin" qui serait destiné à protéger celui-ci contre un risque d'auto-incrimination – à savoir le rapport, précité, de la Commission dans l'affaire *K. c. Autriche* et l'arrêt, également précité, de la Cour dans l'affaire *Serves c. France* – la Commission ou la Cour, selon les cas, ont pris soin de relever que, même s'il était entendu en qualité de témoin, le requérant avait également qualité d'accusé en matière pénale. Dans son rapport dans l'affaire *K. c. Autriche*, la Commission a ainsi constaté (§ 49) "que des poursuites pénales étaient engagées à l'époque contre le requérant et qu'il n'était pas certain qu'elles seraient closes". La Cour, de son côté, a, dans son arrêt *Serves c. France*, souligné expressément que même si l'inculpation initiale du requérant avait été annulée, il pouvait malgré tout passer, au moment où il fut interrogé comme témoin par le juge d'instruction, comme étant sous le coup d'une accusation en matière pénale, dans la mesure où subsistaient au dossier les pièces qui avaient motivé son inculpation (§ 42).

⁵³ O. KLEES, *op. cit.*, p. 257.

ces faits, comme un témoin [...]. Il n'est témoin qu'en apparence: en réalité, il serait prévenu s'il déposait avec sincérité"⁵⁴.

Il serait donc plus pertinent, à notre sens, de réserver l'expression "droit au silence du témoin" aux diverses raisons, autres que la protection contre l'auto-incrimination, que le témoin pourrait avoir de vouloir se taire.

La liberté d'expression – si, du moins, l'on admet qu'elle comporte un volet négatif et inclut le droit de ne pas révéler certaines informations – est, en réalité, en cause, non seulement chaque fois que l'on s'efforce de faire parler un accusé, mais aussi chaque fois qu'un témoin est appelé à déposer en justice. Les raisons de se taire dont pourrait se prévaloir le premier tiennent, nous venons de le voir, à un libre exercice des droits de la défense et à la répugnance naturelle que l'on peut ressentir à mettre soi-même en péril son honneur ou sa liberté. Il s'agit là d'un intérêt qui est, par hypothèse, présent dans tous les cas de figure et dont on admet, aujourd'hui, *de lege lata*, qu'il doit légitimement l'emporter sur les intérêts de la répression qui pourraient, au contraire, justifier que l'on contraigne l'accusé à témoigner contre lui-même. C'est bien en cela qu'il est question d'un véritable droit au silence de l'accusé. Dans le cas d'un "simple" témoin, par contre, il ne saurait être question de parler en termes généraux d'un authentique droit au silence. Les raisons de se taire dont pourrait se prévaloir un témoin dépendront, en effet, des cas d'espèce et seront aussi diversement accueillies en droit positif. Cela pourrait aller des simples motifs de convenance personnelle – dont, à notre connaissance, aucun système juridique n'admet qu'ils puissent dispenser un témoin de son obligation de déposer – à l'invocation d'un intérêt social pénalement protégé, comme dans le cas d'une personne tenue au secret professionnel, ou à l'allégation de motifs liés à une certaine protection de la vie familiale, comme dans le cas d'un refus de témoigner fondé sur une relation de parenté ou d'alliance avec le prévenu – lesquels semblent, au contraire, généralement admis comme étant des motifs légitimes de dispense dans le chef du témoin qui les invoque.

Dans le cas du collaborateur de justice potentiel qui aurait qualité de simple témoin parce qu'il ne serait pas, ou plus, susceptible de s'auto-incriminer, les intérêts qui pourraient être en cause seront, le plus souvent, liés au respect d'une certaine forme de solidarité à l'égard d'anciens compagnons ou au souci de se protéger contre de possibles représailles. Dans aucun des systèmes juridiques analysés, le premier intérêt ne paraît avoir donné lieu à la consécration d'une cause légale de dispense au profit du témoin qui l'invoquerait. Par contre, et même si cela ne paraît pas être le cas en droit belge⁵⁵, certains systèmes juridiques prennent en compte le second intérêt et dispensent expressément de l'obligation de déposer, les témoins qui semblent menacés⁵⁶.

⁵⁴ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, 3^e éd., Paris, Sirey, 1935, n° 2295, p. 7.

⁵⁵ Contrairement à ce qui se passe pour les personnes tenues au secret professionnel (art. 458 C. pén.) ou liées au prévenu par un lien étroit de parenté ou d'alliance (art. 156 et 322 C.I.cr.) le droit belge ne paraît, en effet, pas avoir prévu de dispense de déposer au profit du témoin que son témoignage pourrait exposer à représailles. En droit américain, la solution est plus tranchée encore puisque dans un arrêt *Piemonte v. United States* (1961), la Cour suprême a expressément exclu que la crainte de représailles puisse dispenser un témoin de son obligation de témoigner (voy. *Supreme Court Reporter*, vol. 81, p. 1722: "Every citizen [...] owes to his society the duty of giving testimony to aid in the enforcement of the law. [...] [F]ear of reprisal offers [...] no [...] dispensation from testifying").

⁵⁶ Ainsi par exemple, en droit néerlandais, le *Hoge Raad* semble avoir, dans un arrêt du 11 octobre 1994 (*N.J.*, 1995, n° 84, pp. 367 et s.), consacré de manière prétorienne l'existence d'une cause de dispense (*verschoningsrecht*) au bénéfice du témoin qui aurait de sérieuses raisons de se sentir menacé.

Section 2. Des pressions légitimes?

Nous avons vu, ci-dessus, que la personne pressentie par la justice comme pouvant utilement collaborer est, *de lege lata*, protégée par le droit au silence garanti à tout accusé dès le moment où, et aussi longtemps que, elle est susceptible de s'auto-incriminer et de faire des déclarations qui pourraient être retenues contre elle.

Même lorsque tel n'est pas le cas et qu'elle a seulement qualité de témoin, sa liberté d'expression est malgré tout en cause et elle pourrait avoir un intérêt à se taire, lié, en l'occurrence, au souci de respecter une certaine forme de solidarité ou à celui ne pas s'exposer à des mesures de rétorsion de la part de ceux qu'elle dénonce. Contrairement à celui de l'accusé, cet intérêt à se taire ne paraît, toutefois, pas toujours dûment pris en compte dans les systèmes juridiques étudiés.

Cela étant, si l'on quitte le champ du droit positif, pour se demander, *de lege ferenda*, jusqu'où l'on peut aller pour amener un accusé ou un témoin récalcitrant à parler et à collaborer à l'administration de la justice pénale, les réponses dépendront, une fois encore, du modèle éthique que l'on mobilise.

§ 1. L'éthique déontologique

Qui se prévaut d'une éthique strictement déontologique défendra sans doute une conception absolue de la liberté d'expression et estimera vraisemblablement que personne ne saurait être contraint d'apporter son témoignage à la justice pénale s'il ne le souhaite pas.

Si l'on souscrit à une telle approche, on ne saurait évidemment admettre que la justice pénale sanctionne un accusé pour avoir refusé de collaborer à sa propre incrimination⁵⁷, ni que l'on utilise, dans le cadre d'une instance pénale, des déclarations précédemment obtenues de l'accusé sous la menace d'une telle sanction⁵⁸. On saurait pas davantage tolérer que l'on applique une sanction pénale au témoin appelé en justice qui refuserait de répondre aux questions qui lui sont adressées, certainement pas s'il se prévaut d'une forme de loyauté à l'égard d'anciens compagnons, ou s'il a des raisons de croire que son témoignage pourrait l'exposer à représailles.

Cela devrait donc logiquement conduire les tenants d'un tel modèle à condamner le mécanisme de l'*immunity* de droit américain, qui consiste, en réalité, à contraindre un suspect à coopérer avec la justice, à peine, s'il refuse, de se retrouver emprisonné pour *contempt of court*⁵⁹. Le suspect concerné reçoit, certes, en échange, la garantie que son

⁵⁷ En ce sens, voy. les arrêts de la Cour européenne, *Funke c. France*, *Quinn c. Irlande*, *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* et *J.B. c. Suisse*, précités.

⁵⁸ En ce sens, voy. les arrêts de la Cour européenne *Saunders c. Royaume-Uni* et *I.J.L., G.M.R. et A.K.P c. Royaume-Uni*, précités.

⁵⁹ Un tel emprisonnement vient clairement sanctionner le refus de coopérer avec la justice, y compris, nous paraît-il, dans le cas du *civil contempt of court* (voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre II, section 1) même s'il se double, dans ce cas-là, d'une portée coercitive, le prévenu étant en mesure de faire cesser lui-même l'emprisonnement s'il se décide à accepter de témoigner (à ce propos, voy. D. C. BERMAN, *op. cit.*, 1979, p. 771: "In contrast to the case of criminal punishment, the contemnor subjected to coercive incarceration can gain release at any time, and it is only his own obstinacy that prevents this from occurring. Hence, one might argue, it is simply his own fault if his imprisonment is lengthy, and he should not be heard to complain about it. This response does have force, but the possibility of terminating the coercion by the contemnor's voluntary act cannot be regarded as completely nullifying the weight of the individual interests at stake, or of dispensing with all need to consider questions of proportionality or excessive cruelty in the coercive context").

témoignage ne pourra pas être retenu contre lui, mais, dans l'approche absolue dont il est question ici, cela ne devrait logiquement pas le priver de la possibilité de se prévaloir d'un droit au silence en qualité de témoin, voire même – et n'en déplaise à la Cour suprême des Etats-Unis⁶⁰ – en qualité d'accusé, s'il reste exposé au risque de poursuites pénales à l'étranger.

Pas plus qu'il ne saurait être question de voir sanctionner directement le prévenu qui refuse de coopérer, il ne saurait non plus, dans le cadre d'une telle approche déontologique, être question de tolérer qu'une partie de la peine appliquée à un délinquant qui refuse de collaborer vienne sanctionner non pas l'infraction commise, mais précisément le refus de coopérer avec les autorités. En principe, ce ne devrait pas être le cas. Les systèmes qui choisissent de récompenser pénalement la collaboration procédurale optent en effet, normalement pour des mécanismes consistant, non pas à majorer la peine applicable au prévenu qui ne collabore pas, mais bien plutôt à minorer la peine appliquée à qui accepte de collaborer⁶¹.

Cela étant, même ainsi, le délinquant auquel on fait comprendre qu'il encourt une peine différente selon qu'il accepte ou non de collaborer avec la justice est, malgré tout, l'objet d'une certaine forme de contrainte, et pourrait même avoir le sentiment qu'il est, ou risque d'être, sanctionné pénalement pour son refus de coopération. Ainsi, par exemple, l'accusé auquel on explique qu'il ne sera condamné qu'à 3 ans d'emprisonnement s'il collabore avec les autorités, mais qu'il devra par contre purger une peine de 9 ans s'il n'accepte pas de coopérer⁶², risque fort d'avoir le sentiment – même si ce n'est pas effectivement le cas – que les 6 années d'emprisonnement supplémentaires qu'il encourt s'il refuse de collaborer viennent sanctionner cette attitude, bien plus que l'infraction commise.

En réalité, il y a toujours, inhérente au principe même d'une différence de traitement entre qui collabore et qui ne collabore pas, une forme de pression exercée sur l'accusé pour l'amener à renoncer au libre choix de sa défense, ou sur le témoin pour l'amener à renoncer à sa liberté d'expression, pression que les tenants d'une éthique de type déontologique condamneront très vraisemblablement. A supposer même, en effet, que l'on puisse éviter, ou contenir suffisamment, le risque d'erreur judiciaire inhérent à une coercition de ce type⁶³, elle leur paraîtra sans doute encore intolérable au seul titre de l'atteinte à la liberté d'autodétermination qu'elle représente.

§ 2. L'éthique téléologique

A l'opposé du tenant d'une éthique déontologique, l'utilitariste considérera très vraisemblablement que la répression des infractions et la quête des preuves qu'elle suppose imposent parfois certaines contraintes sur autrui. Ces contraintes doivent évidemment être limitées à ce qui est strictement nécessaire, mais on ne saurait certainement pas y renoncer de manière complète au nom d'une protection absolue des libertés.

Tout en reconnaissant éventuellement une certaine utilité au droit au silence de l'accusé comme du témoin – qu'il s'agisse d'éviter l'erreur judiciaire ou de garantir à tout un chacun un droit à l'autodétermination – les tenants d'une éthique de type téléologique seront également,

⁶⁰ A ce propos, voy. *supra*, note 49.

⁶¹ Nous verrons, toutefois, ci-dessous, au § 3, que certaines dérives sont possibles à cet égard.

⁶² Pour un exemple de ce type, voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section 5.

⁶³ A ce propos, voy. *infra*, chapitre suivant.

et sans doute même davantage, sensibles au fait que ces droits peuvent aussi entraver la recherche des preuves et la répression des infractions. Or, pourtant, "la société a intérêt à trouver la vérité pour permettre ainsi à la justice de remplir son rôle social essentiel à la vie et au développement de la collectivité"⁶⁴. Comme d'habitude, l'évaluation se fera en termes de coûts-bénéfices et, s'il paraît établi que certaines infractions ne peuvent pas être élucidées sans porter atteinte au droit au silence de l'accusé ou du témoin, une telle atteinte leur paraîtra vraisemblablement justifiée⁶⁵.

Il semble donc qu'il n'y ait guère de place, dans le raisonnement utilitariste, pour une condamnation des pressions propres à tout système qui choisit d'encourager pénalement la collaboration avec la justice. Pour autant que la pratique reste limitée au strict nécessaire, l'utilitariste tolérera vraisemblablement, sans grands états d'âme, la forme de coercition qui paraît inhérente à toute différence de traitement entre qui accepte et qui refuse de collaborer. Moyennant la même réserve, il pourrait même accepter de voir sanctionner pénalement le refus de coopérer avec la justice⁶⁶.

§ 3. Pour un modèle dialectique

Evoquant le droit au silence de l'accusé – mais il aurait pu écrire, *mutatis mutandis*, la même chose s'agissant du témoin – R. DECLERCQ soulignait qu'il "se trouve au point de rencontre des deux préoccupations essentielles, et apparemment contradictoires, de tout procès pénal: d'un côté, le droit que possède la société de connaître la vérité et de mettre en œuvre tous les moyens légitimes pour arriver à cette fin, de l'autre côté l'ensemble des garanties qu'un Etat démocratique juge essentielles à la libre défense et au respect de la personnalité des prévenus"⁶⁷.

Dans le modèle dialectique que nous défendons, il ne saurait être question de sacrifier une de ces préoccupations à l'autre. Il s'agira, au contraire, et dans toute la mesure du possible, de rendre compte de ces deux ordres d'exigences et d'opérer entre les valeurs en cause une mise en balance qui tienne compte, notamment, de l'importance des atteintes qui pourraient

⁶⁴ R. CHARLES, "Le droit au silence de l'inculpé", *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵ J. BENTHAM s'est, ainsi, en son temps, insurgé contre la règle qui permettait à l'accusé de ne pas répondre lorsqu'il était interrogé à propos de l'infraction reprochée, sans que l'on ne puisse, pour autant, tirer de son silence aucune présomption contre lui. Il y voyait "une cause fréquente d'impunité et un encouragement à toute espèce de crimes" (J. BENTHAM, "Traité des preuves judiciaires", *op. cit.*, pp. 388-389). Selon lui, le droit d'un citoyen de demeurer silencieux lorsqu'il est accusé d'une infraction, et de ne pas voir son silence utilisé comme moyen de preuve contre lui, ne reposait sur aucun fondement rationnel mais bien plutôt sur ce qu'il a appelé, non sans dédain, "la raison de la vieille femme" et "la raison du chasseur de renard" (J. BENTHAM, *The rationale of judicial evidence, in The works of Jeremy Bentham*, éd. Bowring, Edinburgh, 1838-1843, t. VII, p. 445, cité par H.L.A. HART, "La démystification du droit", *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés St Louis, 1987, p. 114). La première serait une forme de sentimentalité, consistant à considérer qu'il est inhumain d'exercer une pression sur un accusé pour le convaincre de contribuer à l'établissement de sa propre culpabilité. La seconde, quant à elle, consisterait à prôner l'idée, que "l'accusé, qu'il soit innocent ou coupable, doit, comme le renard lorsqu'il est chassé par des gentlemen, se voir accorder loyalement une chance de s'échapper" (H.L.A. HART, *ibid.*).

⁶⁶ BECCARIA a ainsi défendu l'idée que "celui qui, lors de l'interrogatoire, s'obstinerait à ne pas répondre aux questions qui lui sont posées, mérite une peine fixée par la loi, et parmi les plus graves qui soient, afin que les hommes ne puissent pas éluder la nécessité de l'exemple qu'ils doivent au public" (*op. cit.*, p. 81). BENTHAM, par contre, ne semble pas avoir considéré que le silence de l'accusé devait, en lui-même, pouvoir être considéré comme constitutif d'une infraction (en ce sens, voy. H.L.A. HART, "La démystification du droit", *op. cit.*, p. 112).

⁶⁷ R. DECLERCQ, *op. cit.*, p. 611.

leur être portées. On ne saurait, dans un tel modèle, admettre que soit *sanctionné* pénalement – peu importe que ce soit de manière directe, ou plus détournée – le comportement de qui refuse de collaborer avec les autorités répressives (a). L'analyse semble par contre devoir être différente si le collaborateur de justice potentiel est simplement *incité* à renoncer à son droit au silence – et non plus contraint d'y renoncer sous la menace d'une sanction pénale – et l'on pourrait dès lors sans doute admettre que soit *récompensée* la collaboration avec la justice, pour autant, toutefois, que le collaborateur de justice puisse être considéré comme ayant renoncé de manière libre et éclairée à son droit au silence et que des garanties spécifiques soient prévues pour contrebalancer les risques inhérents à cette renonciation (b).

a. Pas de sanction pénale du refus de collaborer

Soumettre un accusé, ou un témoin qui paraît avoir un intérêt légitime à se taire⁶⁸, à la menace d'une sanction pénale pour l'amener à renoncer à son droit au silence, paraît difficilement acceptable. Comme la Cour européenne le soulignait encore récemment, il semble qu'il y ait, dans le fait de sanctionner le refus de coopérer avec la justice, une "atteinte à la substance même du droit au silence"⁶⁹. Une telle atteinte serait pratiquement comparable à la torture⁷⁰, et la recherche de la vérité – à supposer même qu'elle puisse être favorisée par ce genre de méthode⁷¹ – ne paraît pas pouvoir être menée au prix d'une telle violence morale, du moins si l'on souscrit à l'idée selon laquelle, au nombre des valeurs à prendre en compte et entre lesquelles on peut être amené à établir une certaine hiérarchie, le respect de la liberté humaine et du droit à l'autodétermination occupe une place tout à fait fondamentale et prioritaire. A l'instar des tenants d'une approche déontologique, on condamnera donc le mécanisme de l'*immunity*, dans la mesure où il permet de sanctionner le refus, dans le chef d'un collaborateur de justice potentiel, de coopérer avec la justice. Tout au plus pourrait-on concevoir que soit pénalement sanctionné – comme c'est le cas en droit italien⁷² – le collaborateur de justice qui aurait, dans un premier temps, accepté de faire des déclarations à charge d'autrui et qui refuserait, par la suite, de répéter celles-ci de manière contradictoire à l'audience, en se prévalant d'un droit au silence auquel il aurait en réalité précédemment – et, par hypothèse, librement – renoncé.

⁶⁸ Ce qui semble toujours être le cas des collaborateurs de justice potentiels, qui auront souvent de sérieuses raisons de craindre que leur témoignage ne les expose à représailles, et pourront, de toute façon, toujours se prévaloir d'une compréhensible réticence à dénoncer d'anciens compagnons.

⁶⁹ Voy. les arrêts *Quinn c. Irlande* (§ 56) et *Heaney et Mc Guinness c. Irlande* (§ 55), précités.

⁷⁰ Plusieurs auteurs ont comparé la pression exercée sur le collaborateur de justice à une forme moderne de torture (voy. notamment J.H. LANGBEIN, *op. cit.*, pp. 3-22, ainsi que T. PADOVANI, "La soave inquisizione", *op. cit.*, pp. 529-545). Lorsque le délinquant est pénalement sanctionné pour avoir refusé de collaborer avec la justice, cette comparaison nous paraît fondée. Une pratique de ce type nous semble, en effet, de nature à tomber sous le coup de la définition donnée par l'article 1^{er} de la Convention de New-York du 10 décembre 1984, aux termes duquel la torture s'entend de "tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle [...] des renseignements ou des aveux [...]".

⁷¹ Ce qui est en soi déjà fort discutable: lorsque la pression exercée sur le collaborateur de justice est aussi importante, il semble, en effet, qu'elle est plutôt de nature à mettre en question la crédibilité de son témoignage et la sincérité des propos tenus (à ce propos, voy. *infra*, chapitre suivant).

⁷² Nous avons vu, en effet, qu'en droit italien et depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 63/2001, le prévenu qui fait des déclarations à charge d'autrui acquiert à cet égard qualité de témoin et pourrait encourir, à ce titre, une sanction pénale s'il refuse de se soumettre ultérieurement à de nouveaux interrogatoires (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre III, section 2, § 6, a).

Pas plus que l'on ne saurait admettre qu'un éventuel refus de collaborer avec la justice soit directement sanctionné, on ne devrait tolérer qu'une telle sanction soit appliquée de manière plus indirecte. On n'admettra dès lors pas que soit appliquée aux auteurs qui refuseraient de coopérer avec les autorités une peine majorée au-delà de ce qui aurait constitué une "juste" sanction de l'infraction commise.

Une chose est de récompenser pénalement une attitude de collaboration en diminuant la peine prononcée à l'égard de l'auteur coopérant en dessous de celle qui aurait normalement été prononcée, autre chose de sanctionner pénalement le refus de collaborer avec la justice, en majorant la peine prononcée à l'égard de l'auteur non coopérant au-delà de ce qu'il aurait normalement "mérité" pour l'infraction commise.

Si, comme nous le verrons ci-après, la première approche peut avoir une certaine légitimité⁷³, la seconde est par contre inacceptable, dès lors que le supplément de peine appliqué en pareil cas vient sanctionner l'exercice légitime du droit au silence qui devrait être reconnu à tout collaborateur de justice potentiel⁷⁴.

Cela étant, pour illégitime qu'il soit, nous n'oserions affirmer qu'un tel procédé n'a jamais été mis en pratique dans les régimes juridiques étudiés. De manière générale, les juges correctionnels semblent déjà avoir une certaine propension naturelle à tenir compte, lors du prononcé de la peine, de l'attitude de défense d'un prévenu, et à sanctionner indirectement le refus de se montrer coopérant et de plaider coupable. Une étude récemment menée en Belgique a ainsi fait apparaître que, de l'aveu même des magistrats interrogés, le fait qu'un prévenu nie les faits "fait mauvaise impression" et peut les conduire à prononcer une peine plus sévère⁷⁵. Or, cette tendance spontanée et souvent difficilement décelable⁷⁶ paraît s'accroître encore dans les régimes juridiques qui ont choisi de récompenser pénalement la collaboration procédurale et où, même à l'égard des types de criminalité pour lesquels l'on n'a pas expressément organisé le recours aux collaborateurs de justice, il semble que le système induise une culture judiciaire consistant à exiger des prévenus une attitude de

⁷³ Voy. *infra*, titre III, chapitre I.

⁷⁴ Voy., *mutatis mutandis*, à propos des prévenus qui acceptent de collaborer avec la justice en plaçant coupable, H.L. PACKER, *The limits of criminal sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 224. L'auteur a identifié deux modèles dominants du procès pénal, celui du *Crime Control* et celui du *Due Process*, et il souligne que dans le second modèle, "a criminal trial should be viewed not as an undesirable burden but rather as the logical and proper culmination of the process. Accordingly, it can only defeat the ends of the system to penalize a defendant for insisting on a trial or to intimidate him by threatening him with unpleasant consequences if he does insist".

⁷⁵ Voy. en ce sens K. BEYENS, *Straffen als sociale praktijk*, Bruxelles, VUB Press, 2000, p. 390: "De meeste magistraten wijzen er spontaan op dat de nationaliteit van de daders niet meespeelt bij de beoordeling. [...] Wel van belang is dat Turken en zeker Marokkanen altijd ontkennen. Dit geeft een slechte indruk bij de rechtbank, waardoor men geneigd is om gemakkelijker een strengere straf op te leggen".

⁷⁶ Tant que les juges restent dans les limites de la peine légalement applicable, et qu'ils ne motivent pas expressément le choix et la hauteur de la sanction prononcée par référence aux options de défense du prévenu, de telles pratiques, pour peu souhaitables qu'elles soient, n'apparaîtront pas au grand jour et ne sauraient être juridiquement combattues. Ainsi, par exemple, en droit belge, les juges correctionnels ont, depuis la loi du 27 avril 1987, l'obligation de motiver "d'une manière qui peut être succincte mais qui doit être précise" le choix qu'ils font de telle peine ou mesure parmi celle que la loi leur permet de prononcer. Ils sont également tenus de justifier "le degré de chacune des peines ou mesures prononcées" (art. 195, al. 2 C.I.cr.). Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, de nombreux arrêts de cassation ont censuré des motivations prises explicitement en violation du droit au silence et du droit du prévenu d'organiser librement sa défense (voy. notamment Cass., 19 mai 1999, *J.T.*, 1999, p. 645; Cass., 29 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 667; Cass., 18 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 63; Cass., 6 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 343). Mais l'on ne sait rien, par contre, des cas où le juge, tout en prenant en compte, consciemment ou non, l'attitude de défense du prévenu, ne l'a pas précisé dans sa motivation.

coopération avec les autorités, et à pénaliser ceux qui s'y refuseraient⁷⁷. Il y a là, très certainement, une raison supplémentaire de n'autoriser le recours aux collaborateurs de justice qu'avec une prudence et une réserve toutes particulières.

En Italie, par exemple, plusieurs auteurs dénoncent une certaine tendance à pénaliser l'inculpé non coopérant en le maintenant plus longtemps en détention préventive⁷⁸. L'affirmation est difficile à vérifier, mais il nous paraît malgré tout significatif que le législateur italien ait jugé nécessaire d'intervenir à deux reprises sur cette question: en 1995, d'abord, pour modifier l'article 274 alinéa 1 a) du Code de procédure pénale et préciser expressément que le simple silence du prévenu ou son refus de collaborer ne sauraient être assimilés à une "situation de danger concret et actuel pour l'administration ou la véracité de la preuve" pouvant justifier un placement en détention préventive; en 2001, ensuite, avec l'insertion dans le décret loi du 15 janvier 1991 d'un article 16octies disposant que la collaboration ne saurait à elle seule justifier qu'il soit mis fin à la détention préventive, ou que celle-ci soit remplacée par une mesure moins lourde.

Il est certain, par ailleurs, qu'au niveau des peines encourues, l'apparition des repentis, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, d'abord, contre le phénomène mafieux, ensuite, est allée de pair avec un durcissement des sanctions applicables aux délinquants qui ne collaboreraient pas. En même temps qu'une cause d'excuse liée à la collaboration, le législateur italien a, en effet, également introduit de nouvelles circonstances aggravantes – liées au caractère respectivement terroriste ou mafieux de l'infraction commise – qui ont eu pour effet de majorer assez nettement les peines applicables dans ces deux secteurs de la criminalité⁷⁹. Il semble donc bien qu'il ait voulu jouer sur le double plan de la récompense et du châtement.

⁷⁷ Une telle dérive a notamment été mise en lumière par certains auteurs italiens. Voy. notamment en ce sens A. GIARDA, "Gli effetti indotti nel processo penale dalle norme sulla rilevanza del pentimento del reo", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1344: "*La configurazione di un premio per la condotta di collaborazione ad opera dell'imputato non avrebbe dovuto portare con sé un atteggiamento operativo di sfavor nei confronti dell'imputato non disposto a collaborare. In altri termini, la scelta di 'premiare' la collaborazione non poteva comportare anche una sorta di 'punizione' (in senso improprio, si intende) per l'imputato che si fosse risolto a non collaborare né in termini di 'confessione' né in termini di 'chiamata di correo'. Nella prassi corrente, invece, i due atteggiamenti, specularmente contrapposti, si sono affermati quali componenti di un binomio indissolubile e la non collaborazione dell'imputato ha finito per essere riguardata quale forma di 'ribellione' all'Autorità giudiziaria ed alla sua alta funzione di accertamento della 'verità materiale'. Un atteggiamento di sfavor che è ormai registrabile non solo nei processi latu sensu politici, ma anche (e forse soprattutto) nei procedimenti per reati comuni, rispetto ai quali viene richiesta una condotta di totale disponibilità da parte dell'imputato a collaborare alle 'indagini'".*

⁷⁸ Voy., en ce sens, O. DOMINIONI, "Verso l'obbligo di collaborare", *op. cit.*, p. 606 ("*si è giunti [...] a far dipendere dalla collaborazione le sorti della carcerazione preventiva: in una logica da 'processo obbligatoriamente cooperatorio', il premio per chi collabori si è trasformato in un onere di collaborare e da questo si è di fatto passati a un obbligo di collaborazione in cui il mantenimento della custodia in carcere opera da sanzione*"), ainsi que T. PADOVANI, "Il traffico delle indulgenze", *op. cit.*, p. 425 ("*non occorre avere molta esperienza di aule giudiziarie per sapere che non v'è quasi processo d'una qualche importanza dove [...] la mancanza di cooperazione sia stigmatizzata come 'omertosa', quando non addirittura 'sanzionata' sul piano della custodia cautelare*"). Voy. aussi la référence, déjà citée, à F. PALAZZO, "Le problème des repentis", *op. cit.*, p. 765: "On ne peut pas exclure l'éventualité que le pouvoir d'arrestation, d'une part, et le pouvoir de mettre en liberté, d'autre part, soient exercés comme instruments respectivement de pression et d'ultérieure récompense en regard de la collaboration procédurale. Une telle distorsion procédurale tend en outre à se généraliser aussi par rapport aux délits pour lesquels n'existent pas de normes spéciales sur la collaboration, en y assumant une fonction de substitution des normes *premiali* substantielles".

⁷⁹ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, sections 1 et 5.

La tendance paraît plus nette encore dans le domaine de l'exécution des peines, puisque lorsqu'il a choisi d'encourager la collaboration procédurale dans le cadre de la loi pénitentiaire, le législateur italien a en réalité mis en place, pour certaines catégories de condamnés, un régime de détention largement incompressible, étant entendu que s'ils choisissaient de collaborer, ces condamnés pouvaient bénéficier, non pas d'un traitement de faveur, mais simplement du même régime que les condamnés de droit commun⁸⁰.

Difficile de dire, pour autant, si les majorations de peine ou le régime pénitentiaire largement incompressible ainsi prévus par le législateur italien traduisaient une prise de conscience accrue de la gravité des infractions concernées, ou s'il s'agissait aussi, voire surtout, de moyens de pression supplémentaires destinés à inciter à la collaboration. L'alourdissement du régime pénal applicable aux non collaborateurs a en tous cas été suffisamment significatif pour que la question puisse se poser.

Certains auteurs dénoncent également une tendance du même ordre dans le cadre du fonctionnement de la justice pénale aux Etats-Unis où il semble que, pour conserver toute son attractivité au système du *plea bargaining* sans, pour autant, que les auteurs qui plaident coupables ne s'en tirent avec des peines largement inférieures à ce qu'exigerait la prévention générale ou spéciale, les juges pouvaient être tentés de sanctionner les accusés refusant de plaider coupable, d'une peine plus élevée que celle qu'ils "méritaient"⁸¹. La *Sentencing Reform* devrait toutefois avoir rendu plus rares de telles dérives⁸².

En réalité, il est extrêmement délicat, dans un cas d'espèce donné, de faire concrètement la distinction entre ce qui relève d'une réduction de peine pour collaboration prêtée, ou, au contraire, d'une majoration de peine pour refus de coopérer.

Ainsi, par exemple, pour reprendre l'hypothèse évoquée ci-avant, lorsqu'on explique à un prévenu que, s'il accepte de collaborer avec la justice, il sera puni d'une peine de 3 ans d'emprisonnement, alors que, s'il refuse toute collaboration, il se verra imposer une peine de 9 ans d'emprisonnement, on pourrait considérer qu'une partie de la peine qui serait infligée dans le second cas – 6 ans d'emprisonnement – vient sanctionner son refus de collaborer avec la justice.

Pour apprécier si tel est le cas, ou si au contraire les 9 ans d'emprisonnement auxquels il pourrait être condamné viennent bien sanctionner exclusivement l'infraction commise, il nous semble que la question à se poser est celle du sort qui lui aurait été réservé si, pour une raison ou une autre, il n'avait pas été en mesure de coopérer. Si un auteur se voit appliquer, en plus de la sanction qu'il encourt pour l'infraction commise, une sanction supplémentaire pour refus de collaboration, cette deuxième sanction ne devrait, en effet, logiquement – et conformément au principe selon lequel "à l'impossible, nul n'est tenu" – pas lui être appliquée

⁸⁰ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre II, sections 2 et 3.

⁸¹ Voy. S. NEMERSON, "Coercive sentencing", *op. cit.*, p. 727: "To maintain the credibility of the bargaining system, trial judges must sentence some defendants who choose trial significantly more harshly than is fair or appropriate, in order to coerce the majority of defendants to forgo trial in return for sentences no less severe than fair and useful, but significantly less than imposed after jury conviction".

⁸² Pour rappel (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre I, section 2), les *federal sentencing guidelines* interdisent expressément que le refus de la part d'un accusé d'aider les autorités dans leurs enquêtes à charge d'autres personnes puisse être pris en compte comme une circonstance aggravante, devant entraîner une peine plus lourde (voy. section 5.K.1.2: "A defendant's refusal to assist authorities in the investigation of other persons may not be considered as an aggravating sentencing factor").

lorsqu'il est dans l'impossibilité de collaborer utilement⁸³. Dans l'exemple précité, on pourrait donc considérer que les 6 ans d'emprisonnement supplémentaires infligés à l'auteur qui refuse de coopérer viennent effectivement sanctionner un refus de collaboration, si, et seulement si, ils ne lui auraient pas été infligés dans l'hypothèse où il n'aurait matériellement pas pu collaborer.

Si l'on applique ce critère distinctif, il faut bien constater que, dans certains cas, les systèmes juridiques analysés ne se sont pas contentés de récompenser pénalement le délinquant collaborateur, mais ont ouvertement été jusqu'à imposer un véritable supplément de sanction à qui refuse de collaborer.

On songe, cette fois encore, à l'Italie. L'adoption des normes sur les repentis est allée de pair, on vient de le rappeler, avec la mise sur pied d'un régime pénitentiaire largement incompressible pour certaines catégories de condamnés, mais de manière très significative, la Cour constitutionnelle a jugé au fil de plusieurs arrêts que ce régime, qui légalement n'était pas applicable aux condamnés choisissant de collaborer avec la justice, ne devait pas non plus s'appliquer à ceux qui se trouveraient dans l'impossibilité de collaborer utilement⁸⁴.

Il nous semble qu'il n'y a plus, alors, de doute possible: il ne s'agit plus seulement de récompenser pénalement la collaboration, mais on est clairement dans une forme de pénalisation du refus de collaborer, qui paraît difficilement acceptable.

b. Une place possible pour une forme de récompense de la collaboration procédurale

Qu'en est-il, par contre, lorsque, sans aller jusqu'à *sanctionner* le refus de coopérer avec les autorités, un système pénal *récompense* la collaboration prêtée et la renonciation, par un auteur donné, au droit au silence qui devrait lui être reconnu en qualité d'accusé ou de témoin? Qu'en est-il, en d'autres termes et pour reprendre l'exemple précité, si les 6 ans d'emprisonnement supplémentaires infligés à l'auteur qui refuse de coopérer lui auraient également été infligés dans l'hypothèse où il n'aurait pas pu collaborer utilement, et ne semblent donc pas venir sanctionner un refus de coopération avec la justice, mais s'expliquent, au contraire, uniquement par le fait qu'il ne peut pas prétendre à la récompense qui lui aurait été consentie s'il avait accepté de collaborer? Une telle récompense, et la forme de pression qu'elle comporte inévitablement⁸⁵, peuvent-elles être légitimes?

Tout dépendra, nous paraît-il, de la mesure dans laquelle la renonciation par le collaborateur de justice à son droit au silence peut encore être considérée comme libre et éclairée, ou

⁸³ Dans un sens similaire, voy. S. PROSDOCIMI, "Oneri ed obblighi del reo di fronte alle conseguenze del reato", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 243-249. L'auteur fait la distinction entre les obligations (*obblighi*) et les devoirs (*oneri*), le non-respect d'une obligation pouvant être sanctionné pénalement sauf lorsque le sujet a été dans l'impossibilité d'y satisfaire, alors, par contre, que celui qui n'accomplit pas un devoir ne sera pas plus sévèrement sanctionné que celui qui ne pouvait pas l'accomplir. Tout au plus pourrait-il être récompensé pour l'avoir accompli.

⁸⁴ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre II, section 4. Dans un sens similaire, voy. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 364: "Infatti, la Corte costituzionale [...] ha implicitamente e per così dire 'in negativo' statuito la necessità della collaborazione processuale per chi sia in grado di utilmente prestarla. In sostanza la Corte ha censurato l'irragionevolezza del trattamento deteriore solo rispetto a chi non possa materialmente prestare la collaborazione utile, non già la discriminazione rispetto a chi non voglia – pur potendolo – prestare collaborazione utile".

⁸⁵ Comme nous l'avons déjà souligné ci-avant, le délinquant auquel l'on propose le marché "tu collabores et ce sera 3 ans ou tu refuses et tu en prendras 9", risque, même si ce n'est objectivement pas le cas, d'avoir malgré tout le sentiment que les 6 ans d'emprisonnement supplémentaires qu'il encourt s'il refuse de collaborer viennent sanctionner son silence, bien plus que l'infraction commise.

apparaît, au contraire, comme entachée de contrainte, ainsi que des garanties spécifiques qui seront prévues pour contrebalancer les risques inhérents à cette renonciation.

(1) Une renonciation libre et éclairée

Lorsqu'il existe une disproportion flagrante entre les deux termes de l'alternative offerte au collaborateur, et qu'en renonçant à son droit au silence et en acceptant de coopérer avec les autorités, il peut échapper à une partie très substantielle de la peine qu'il risquerait autrement d'encourir, il ne semble pas qu'il puisse encore être question de renonciation libre⁸⁶. Il est évidemment difficile de fixer en la matière une limite précise et bien définie, mais l'ampleur des réductions de peine parfois consenties aux collaborateurs de justice pose certainement question à cet égard.

Pour que la renonciation soit volontaire, il faut encore que l'intéressé y ait consenti en fonction de toutes les informations pertinentes et que son consentement ait été pleinement éclairé⁸⁷. Ce qui ne manque pas de poser également problème et question dans le cas de collaborateurs de justice, qui, bien souvent, ne paraissent pas en mesure de savoir précisément ce qu'ils sont en droit d'obtenir en échange de leur collaboration à l'administration de la preuve.

Nous avons vu déjà, en effet, que, dans bien des cas, l'avantage que le collaborateur pourrait obtenir présente un caractère *révocable* (parce que la décision prise est susceptible d'être remise en cause par d'autres instances) ou *incertain* (parce que, en guise de récompense pour sa collaboration, le collaborateur se voit simplement offrir la possibilité d'entrer en ligne de compte pour l'octroi de certains avantages ou de bénéficier d'un avis positif dans le cadre d'une procédure déterminée, mais sans garantie quant à l'issue finale du processus)⁸⁸.

Dans d'autres cas, c'est le fait que des poursuites pourraient également être exercées à son encontre à l'étranger qui expose le collaborateur de justice potentiel à une grande incertitude. Même s'il sait ce qu'il est en droit d'obtenir en échange de sa collaboration aux poursuites menées dans un pays donné, le collaborateur potentiel n'obtiendra, en effet, le plus souvent, aucune garantie quant aux poursuites qui pourraient porter sur les mêmes faits dans d'autres pays⁸⁹. Il ne sera, en particulier, pas nécessairement protégé par le principe *ne bis in idem*. Ce principe vise, certes, à empêcher qu'une personne qui aurait été poursuivie

⁸⁶ Voy., *mutatis mutandis*, Cour eur. dr. h., arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, *série A*, n° 35. Dans cette affaire, la Cour européenne a jugé que la renonciation, par le requérant, à son droit de voir l'accusation portée contre lui examinée par un tribunal, avait été entachée de contrainte. S'il n'avait pas consenti à payer la transaction qui lui était proposée, son commerce aurait, en effet, été fermé jusqu'à ce que la juridiction compétente ait statué sur l'infraction, soit pendant plusieurs mois peut-être. Il existait dès lors, à l'estime de la Cour, "une disproportion flagrante entre les deux termes de l'alternative offerte au requérant" (§ 51).

⁸⁷ Voy., *mutatis mutandis*, l'affaire *Bulut c. Autriche*, dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme a estimé qu'un accusé peut accepter la présence du juge d'instruction à son procès, pour autant qu'il ait été "à même d'y consentir en fonction de toutes les informations pertinentes" (Cour eur. dr. h., arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-II, p. 355, § 28), ainsi que l'affaire *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, dans laquelle la Cour a souligné que la renonciation à un droit de nature procédurale devait être entourée "d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité" (Cour eur. dr. h., arrêt *Pfeifer et Plankl c. Autriche* du 25 février 1992, *série A*, n° 227, § 37).

⁸⁸ Voy. *supra*, les conclusions de la 1^{ère} partie.

⁸⁹ Pour une illustration des risques encourus, à cet égard, par les collaborateurs de justice, voy. l'affaire Fouad Abbas évoquée ci-avant (*supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre I, section 6, § 5).

dans un Etat donné ne le soit, à nouveau, et pour les mêmes faits, dans un autre Etat. Mais les dispositions qui consacrent cette règle⁹⁰ supposent, pour être applicables, que la personne en cause ait été définitivement jugée dans le premier Etat. Or, tel ne sera pas nécessairement le cas d'un collaborateur de justice, qui pourrait avoir bénéficié d'un règlement extrajudiciaire, telle une transaction.

Dans de telles conditions, il est difficile de considérer que le collaborateur de justice se voit offrir une sécurité juridique suffisante pour que l'on puisse parler d'une renonciation éclairée de sa part au droit au silence qui devrait lui être reconnu en qualité d'accusé ou de témoin. De telles modalités opérationnelles devraient, nous paraît-il, être condamnées à ce titre⁹¹. Il conviendrait de privilégier plutôt les modèles dans lesquels l'avantage auquel les collaborateurs de justice peuvent prétendre leur est formellement garanti par la loi et apparaît comme irrévocable⁹². Et il faudrait prévoir également qu'un Etat qui négocie avec un auteur qui pourrait être poursuivi dans différents Etats doit veiller à impliquer tous les Etats concernés, de manière à pouvoir garantir que les avantages consentis seront aussi pris en compte à l'étranger⁹³.

Même avec de telles garanties, il subsistera encore souvent une certaine part d'aléa, liée au fait que les conditions auxquelles l'octroi de l'avantage est soumis sont généralement libellées en des termes fort indéterminés. Il s'agit d'offrir à la justice une collaboration "utile", "décisive", "déterminante", mais comment avoir d'entrée de jeu l'assurance que les informations fournies seront jugées satisfaire à ces conditions? Cette part d'aléa n'est sans doute pas suffisante pour considérer que la renonciation du collaborateur à son droit au silence n'a pas été éclairée, et conduire à condamner le système. Elle justifie, par contre, que des précautions particulières soient prises pour permettre au collaborateur de mesurer aussi précisément que possible ce que l'on attend de lui et la portée de la décision qu'il prend. Il conviendrait, en particulier, de prévoir à cet égard que les candidats collaborateurs

⁹⁰ Voy. en particulier, pour les textes applicables en droit belge, l'article 13 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, l'article 54 de la Convention de Schengen du 19 juin 1990 et l'article 1^{er} de la Convention du 25 mai 1987 entre les Etats membres des Communautés européennes relative à l'application du principe *ne bis in idem*.

⁹¹ Outre qu'elles risquent, également, d'être relativement inefficaces dans la mesure où les candidats collaborateurs ne voudront, bien souvent, pas courir le risque de faire des déclarations si les avantages qu'ils peuvent obtenir en échange présentent un caractère trop aléatoire. Voy. notamment, en ce sens, G.C. CASELLI et A. INGROIA, *op. cit.*, p. 218 ("*l'efficacia incentivante della legislazione di favore dipende in larga misura dalla determinatezza della previsione e dall'automatismo del meccanismo premiale*"), ainsi que les développements de la proposition de loi belge "instaurant un régime pour les collaborateurs de justice" (voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, section 7) qui soulignent qu'il "est essentiel que des garanties soient offertes dans une certaine mesure aux collaborateurs de justice en ce qui concerne les avantages promis, d'abord pour trouver les candidats collaborateurs de la justice nécessaires et ensuite pour rendre le système crédible" (*Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 2001-2002, n°1645/1, p. 9).

⁹² Sous réserve, bien entendu, d'éventuels manquements de leur propre part à l'obligation de collaborer sincèrement...

⁹³ C'est une solution du même type qu'a proposée l'Association internationale de droit pénal lors du congrès qu'elle a consacré, en septembre 1999, à la question de la lutte contre le crime organisé. Au nombre des résolutions adoptées à cette occasion, il en est une, en effet, qui prévoit que, lorsque plus d'un Etat est compétent pour poursuivre une même infraction liée à la criminalité organisée, les accords conclus avec les délinquants et les décisions extrajudiciaires proposées ne devraient pas pouvoir l'être de manière unilatérale par un seul des Etats compétents, mais devraient faire l'objet d'une procédure particulière, au cours de laquelle une chambre préliminaire internationale trancherait d'abord le conflit de compétence, en déterminant lequel des Etats intéressés peut, le cas échéant, proposer un règlement extrajudiciaire (voy. la résolution D.4 de la section IV, *Rev. int. dr. pén.*, 1999, pp. 885-886).

doivent être assistés d'un avocat dès le moment où ils ont manifesté leur intention de collaborer⁹⁴.

(2) Des garanties spécifiques

Indépendamment de la question du caractère libre et éclairé de la renonciation faite par le collaborateur de justice à son droit au silence, des garanties spécifiques devraient également être prévues pour contrebalancer les risques qui peuvent être inhérents à une telle renonciation.

S'agissant du droit au silence garanti à tout accusé, le risque contre lequel il convient de se prémunir concerne d'éventuelles erreurs judiciaires. Il commande de prévoir que le collaborateur de justice ne pourra jamais être condamné sur la base de son seul aveu, mais qu'il convient, au contraire, que celui-ci soit toujours corroboré par d'autres éléments de preuve et qu'un juge prenne soin de vérifier l'existence de tels éléments⁹⁵.

S'agissant, par contre, du droit au silence qui pourrait être reconnu au collaborateur en qualité de témoin et indépendamment de tout danger d'auto-incrimination, le risque à prendre en compte concerne les représailles auxquelles il pourrait se retrouver exposé. Contrebalancer ce risque suppose que l'Etat qui encourage un prévenu à collaborer avec la justice prenne aussi les mesures nécessaires pour assurer sa protection⁹⁶.

Eu égard aux articles 2 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme – qui n'imposent pas seulement aux Etats des engagements négatifs, mais les obligent également à prendre les mesures positives nécessaires au respect effectif des droits reconnus – il semble, en réalité, que les Etats puissent toujours être considérés comme tenus à un certain devoir de protection de leurs ressortissants.

La Cour européenne a, ainsi, encore récemment eu l'occasion de rappeler que la première phrase de l'article 2 § 1 de la Convention astreint les Etats "non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de [leur] juridiction". Et la Cour de préciser que, chaque fois que les autorités savent ou devraient savoir qu'un ou plusieurs individus sont "menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers", elles ont l'obligation positive de prendre "dans le cadre de leurs

⁹⁴ Voy., dans le même sens, A.C. 'T HART, *op. cit.*, pp. 263-264: "*Deals zouden niet mogen worden gesloten zonder voortdurende bijstand van de betrokkene door een advocaat. Rechtsbijstand helpt de betrokkene de consequenties van zijn afspraken te overzien, [...] te controleren of de toezegging duidelijk vaststaat, of zij wordt gedaan door de bevoegde autoriteit en of zij onvoorwaardelijk is*". Rappelons que les experts du Conseil de l'Europe, dont l'avis fut sollicité par le ministre belge de la Justice, ont également insisté sur la nécessité de garantir au collaborateur de justice l'assistance d'un avocat dès les premiers moments de la procédure, de manière à lui permettre de renoncer à son droit au silence en connaissance de cause (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, section 7). Un tel droit est par ailleurs prévu dans le cadre du projet de loi actuellement en discussion au Parlement néerlandais (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre IV, section 3).

⁹⁵ Dans le même sens, H.L. PACKER souligne (*op. cit.*, p. 225) que, dans le *Due Process Model*, le juge confronté à un *guilty plea* "*should satisfy himself that there is probably sufficient evidence to sustain a conviction on the charge or charges against the defendant*". C'est au demeurant ce que prévoient, en droit américain, les *Federal Rules of Criminal Procedure* (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre I, section 2). Encore faut-il évidemment veiller à ce que le contrôle exercé ne soit pas purement formel.

⁹⁶ Ces mesures devraient, dans certains cas, pouvoir aller jusqu'à l'octroi d'une nouvelle identité. Elles devraient, en tous cas, comme nous le verrons ci-après, être de nature extra-judiciaire (voy. *infra*, chapitre suivant, section 3, § 2).

pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable [pourraient] sans doute [pallier] ce risque"⁹⁷. La responsabilité des Etats se trouve dès lors engagée si les autorités compétentes n'ont pas "fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance"⁹⁸.

De la même manière, la responsabilité des Etats peut se trouver engagée au titre d'une violation de l'article 3 de la Convention, "lorsque les autorités n'ont pas pris de mesures raisonnables pour empêcher la matérialisation d'un risque de mauvais traitement dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance"⁹⁹.

Dans le cas d'un collaborateur de justice, on pourrait, certes, faire valoir que le risque de mort ou de mauvais traitement auquel il se retrouve exposé provient des rapports qu'il a accepté d'entretenir avec des milieux délinquants. L'argument ne paraît toutefois pas décisif. Car si le collaborateur se retrouve menacé de représailles, c'est aussi, et surtout, parce qu'il n'a pas respecté le "code d'honneur", qu'il a méconnu la loi du silence et accepté – pour partie suite à des pressions exercées par l'Etat lui-même – de coopérer avec les instances de justice pénale. Or, plus encore que celle de citoyens quelconques, les Etats semblent avoir l'obligation d'assurer la sécurité des personnes qui interviennent dans le processus judiciaire¹⁰⁰, *a fortiori* si une forme de coercition a été exercée sur elles pour les y amener.

On ne perdra pas de vue, enfin, que même si l'Etat parvient à garantir la sécurité du collaborateur et de ses proches, les conséquences risquent d'être fort lourdes pour ceux-ci, puisqu'ils seront vraisemblablement amenés à devoir changer de cadre de vie, à rompre radicalement avec leur milieu familial et social d'origine, et parfois même à devoir assumer une nouvelle identité, avec tous les problèmes d'ordre psychologique qui peuvent être liés à un tel changement.

Même si elles sont "librement" consenties, il s'agit là d'ingérences très importantes dans leur vie privée et familiale et dont le coût en termes humains risque d'être fort élevé, ce qui semble également justifier que l'on restreigne la mesure de politique pénale en cause aux seuls cas où elle paraît devoir permettre (principe d'*adéquation*) de lutter contre des formes de criminalité face auxquelles la justice pénale serait autrement désarmée (principe de *nécessité*) et qui pourtant mettent en cause des valeurs fondamentales (principe de *proportionnalité externe*). Les valeurs en question pourraient être très concrètement (collaboration à portée *préservative* ou *limitative*) ou plus indirectement (collaboration à portée *répressive*) menacées, étant entendu que, dans le second cas, elles devront en

⁹⁷ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VIII, p. 3159, §§ 115-116; arrêt *Mahmut Kaya c. Turquie* du 28 mars 2000, *non encore publié au Recueil*, §§ 85-86; Cour eur. dr. h., arrêt *Kiliç c. Turquie* du 28 mars 2000, *non encore publié au Recueil*, §§ 62-63; arrêt *Akkoç c. Turquie* du 10 octobre 2000, *non encore publié au Recueil*, § 78 (ce dernier arrêt est disponible uniquement en langue anglaise); arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, *non encore publié au Recueil*, §§ 88-89; arrêt *Denizci et autres c. Turquie* du 23 mai 2001, *non encore publié au Recueil*, § 375.

⁹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Tanribilir c. Turquie* du 16 novembre 2000, *non encore publié au Recueil*, § 72 et arrêt *Demiray c. Turquie* du 21 novembre 2000, *non encore publié au Recueil*, § 45.

⁹⁹ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Mahmut Kaya c. Turquie* du 28 mars 2000, *non encore publié au Recueil*, § 115, ainsi que arrêt *Z et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, *non encore publié au Recueil*, § 73.

¹⁰⁰ Dans l'exposé des motifs de ce qui allait devenir la loi relative à la protection des témoins (*Wet getuigenbescherming*), le ministre de la Justice néerlandais avait, en son temps, et dans un sens similaire, souligné que l'Etat est tenu de prendre des mesures de protection chaque fois qu'un témoin voit sa sécurité menacée du fait même qu'il a rempli son devoir civique (voy., à ce propos, A. BEIJER, *op. cit.*, pp. 127-128).

principe être plus importantes encore pour pouvoir justifier que l'on autorise le recours aux collaborateurs de justice, en dépit des atteintes importantes à la vie privée et familiale que leur protection ultérieure pourrait entraîner.

Ces mêmes atteintes semblent par ailleurs imposer aussi qu'au niveau, cette fois, de l'application individuelle de la mesure dans chaque cas d'espèce, on ne fasse appel aux collaborateurs de justice que si cela paraît approprié (principe de *pertinence*) pour élucider une infraction qui ne semble pas pouvoir l'être par d'autres moyens d'investigation (principe de *subsidiarité*).

Chapitre III. Le témoignage d'un collaborateur de justice, un mode de preuve à la fiabilité douteuse, mais néanmoins acceptable?

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

Et de fait, le risque de voir le collaborateur de justice faire des déclarations mensongères pour s'attirer les faveurs de la justice pénale semble bien réel (section 1). Mais est-ce à dire, pour autant, qu'il faille condamner radicalement cette technique probatoire? Tout dépendra, une fois encore, du modèle éthique que l'on mobilise, ainsi que des précautions dont l'administration de ce type de preuve pourra être entourée (sections 2 à 4).

Section 1. Des déclarations à la fiabilité douteuse

Les raisons de se méfier des dires d'un collaborateur de justice ne manquent pas.

Il y a d'abord la fragilité générale du témoignage. "Bien que très fréquemment employée, la preuve par témoins" est, en effet, "loin d'être sûre"¹⁰¹. "La fragilité du témoignage gît en ce qu'il est la résultante de plusieurs opérations psychologiques qui, chacune, sont sujettes à défaillance: la *perception* sensible de la chose ou du fait qui diffère beaucoup selon les individus et les conditions dans lesquelles ceux-ci se trouvent; la *mémoire* [...] dont la valeur dépend du sens critique et du pouvoir de jugement interne de chacun; l'*imagination* qui par son activité mythique peut compromettre l'exactitude du souvenir; la *déposition* par laquelle le témoin communique ses souvenirs à l'autorité chargée de les recueillir et dont la fidélité est liée à [diverses] conditions objectives [...] et subjectives"¹⁰².

Mode de preuve fragile en tant que tel, le témoignage devient plus suspect encore lorsque le témoin a un intérêt personnel à l'issue du procès¹⁰³, ce qui est très clairement le cas pour les collaborateurs de justice.

Bien souvent, le collaborateur de justice est complice ou coauteur des personnes qu'il met en cause. Cela pourrait suffire déjà à rendre douteux son témoignage. Directement intéressé à l'issue de la procédure, il pourrait être tenté, en effet, de mettre à charge de ceux qu'il

¹⁰¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II (Procédure pénale), 4^e éd., Paris, Cujas, 1989, p. 175. Dans le même sens, voy. aussi F. GORPHÉ, *La critique du témoignage*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1927. L'auteur affirme (p. 10) que "quand on parcourt les recueils d'erreurs judiciaires, on ne peut manquer d'être frappé par ce fait que la plupart de ces terribles méprises, heureusement de plus en plus rares, ont été dues, en tout ou en partie, à des témoignages faux ou erronés".

¹⁰² P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. I, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 3603. C'est, en substance, ce qu'affirmait déjà J. BENTHAM lorsque, près d'un siècle et demi plus tôt, il soulignait que même en "supposant le témoin dans la disposition morale la plus favorable à la vérité, le mérite de son témoignage dépendra de l'état de ses facultés intellectuelles"; et l'auteur anglais d'évoquer à cet égard les facultés de la perception, du jugement, de la mémoire, de l'expression et de l'imagination ("*Traité des preuves judiciaires*", *op. cit.*, pp. 258-261).

¹⁰³ En ce sens, voy. F. GORPHÉ, *op. cit.*, p. 192: "On a toujours bien compris que la première condition d'un bon témoin était qu'il ne fût pas intéressé, matériellement ou moralement, au procès".

dénonce tout ou partie de la responsabilité qu'il encourt en réalité lui-même¹⁰⁴. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit néerlandais exclut en règle¹⁰⁵ que les déclarations d'un prévenu puissent être retenues à l'encontre d'un coprévenu. Sans aller jusque-là, le droit belge, quant à lui, prohibe en principe¹⁰⁶, et pour les mêmes motifs¹⁰⁷, l'audition sous serment d'un coaccusé ou coprévenu.

Il y a encore plus de raisons, toutefois, de se méfier du témoignage d'un collaborateur de justice, que de celui d'un simple complice ou coauteur. Le témoignage du collaborateur de justice lui sert en effet de monnaie d'échange pour obtenir certains avantages de nature pénale. Et l'attrait de la récompense pourrait parfois être tel qu'il conduise le collaborateur à dire tout ce qu'on souhaite – ou tout ce qu'il pense qu'on souhaite – lui entendre dire, fût-ce en faisant violence à la vérité. Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a souligné, dans le seul arrêt qu'elle ait rendu à ce jour en cette matière, les déclarations d'un collaborateur de justice sont, "de par leur nature", susceptibles non seulement "de viser des vengeances personnelles" mais surtout "d'être le résultat de manipulations [et] de poursuivre uniquement le but d'obtenir les bénéfices que la loi [...] accorde aux 'repentis'"¹⁰⁸. La Commission, de son côté, s'était précédemment déjà exprimée dans les mêmes termes¹⁰⁹.

Un auteur comme MITTERMAIER rend très bien compte de cette gradation progressive dans les causes de suspicion. Il conçoit que l'on puisse autoriser le témoignage du complice à certaines conditions, mais s'oppose par contre radicalement à l'admission des déclarations de collaborateurs de justice. "Si un adoucissement de peine ou la grâce a été promise au complice pour le faire parler, il n'y a plus à faire état de ses déclarations", écrit-il, ajoutant qu'"il serait dangereux de croire un témoin à qui des promesses et son intérêt personnel ouvriraient peut-être seuls la bouche"¹¹⁰.

Si l'on songe que, dans certains cas, le collaborateur de justice peut échapper à toute peine¹¹¹ ou n'encourir qu'une peine correspondant à un tiers de celle à laquelle il eût

¹⁰⁴ Voy. en ce sens C.J.A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle*, Paris, L.G.D.J., 1848, p. 342: "il est dans la nature que le complice se laisse entraîner à faire retomber sur le coauteur du délit une partie de sa propre faute". Dans le même sens, G.M.G. CORSTENS évoque "*het bekende verschijnsel van het schuiven van de Zwarte Piet naar een ander*" (*op. cit.*, p. 626).

¹⁰⁵ Nous avons vu (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre III, section 2) que la jurisprudence néerlandaise interprète très restrictivement la notion de coprévenu, ce qui lui permet de largement contourner l'interdiction.

¹⁰⁶ Pour rappel, en droit belge également, la notion de coaccusé ou coprévenu est interprétée dans un sens tout à fait restrictif et technique (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre IV, section 1).

¹⁰⁷ Voy. en ce sens A. DE NAUW, "Het verhoor van medebeklaagden en medebeschuldigden", *op. cit.*, p. 2162: "*Een medeverdachte kan niet worden beschouwd als een getuige omdat hij wegens zijn bijzondere situatie geneigd zal zijn de andere medeverdachten de schuld in de schoenen te schuiven*".

¹⁰⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 121, § 157, note M.A. BEERNAERT. La Cour en a, en l'occurrence, déduit que les déclarations de "repentis" doivent être corroborées par d'autres éléments de preuve lorsqu'il s'agit de maintenir un individu en détention préventive. Sur cette exigence de corroboration, voy. *infra*, section 3, § 4.

¹⁰⁹ Comm. eur. dr. h., déc. du 14 janvier 1997, *Contrada contre Italie*, req. 27143/95; Comm. eur. dr. h., rapport du 10 juillet 1997, *Contrada contre Italie*, req. 27143/95, § 52; Comm. eur. dr. h., rapport du 29 octobre 1998, *Labita contre Italie*, req. 26772/95, § 146.

¹¹⁰ C.J.A. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 345.

¹¹¹ Notamment dans le cadre du mécanisme de l'*immunity* en droit américain (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre II).

autrement été condamné¹¹² – sans parler encore des substantielles différences de traitement au stade de l'exécution de la peine, ou des bénéfices indirects liés à l'admission à un programme spécial de protection – on comprendra qu'il puisse effectivement être prêt à tout pour pouvoir prétendre à d'aussi considérables avantages. Rappelons, à ce propos, que certains auteurs n'ont pas hésité à comparer la pression exercée sur le collaborateur de justice à une nouvelle forme de torture¹¹³. Celle-ci s'est certes faite plus douce et suave – en principe, il ne s'agit plus de faire souffrir l'individu concerné mais bien plutôt de lui faire miroiter la perspective d'une récompense alléchante – mais, cela étant, les risques liés à l'usage d'une forme de coercition demeurent: qu'il s'agisse d'échapper à la menace du supplice physique ou d'obtenir une récompense, le délinquant pourrait être tenté de faire des révélations fausses et calomnieuses¹¹⁴...

Bien des auteurs ont rétorqué à cela que les avantages promis sont toujours liés à une collaboration sincère et que le collaborateur n'aurait donc aucun intérêt à mentir, mais au contraire tout intérêt à "parler vrai". En faisant des déclarations mensongères, il prendrait le risque, en effet, de se retrouver dans une situation particulièrement peu enviable, puisque, non seulement il ne pourrait plus prétendre à une quelconque réduction de peine, mais qu'en outre, il ne bénéficierait plus, de la part de l'Etat, d'aucune mesure de protection contre les diverses formes de représailles qui pourraient être exercées à son égard¹¹⁵. Il suffirait donc, pour garantir la véracité des dires d'un collaborateur de justice, de prévoir qu'il n'aura droit à récompense et à protection que s'il fait des déclarations sincères, et qu'il s'expose à une procédure de révision *in peius* si c'est postérieurement à sa condamnation définitive qu'il devait être établi qu'il a menti.

L'analyse paraît toutefois un peu courte et simpliste. Car encore faudrait-il, pour que le collaborateur de justice ait à regretter d'avoir menti, qu'il soit effectivement démontré qu'il n'a pas dit la vérité. Or, précisément, il semble bien qu'un collaborateur de justice puisse assez aisément – plus aisément sans doute qu'un autre témoin – induire la justice en erreur. Ayant une connaissance très précise des faits à propos desquels il rend témoignage, il lui est assez facile de mêler étroitement le vrai et le faux. Et s'il a, en outre – ce qui semble, en pratique, être parfois le cas¹¹⁶ – pu bénéficier du soutien des enquêteurs pour se préparer à

¹¹² Voy., en ce sens, l'exemple donné à propos de l'article 8 du décret loi italien n° 152 du 13 mai 1991 (*supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section 5).

¹¹³ A ce propos, voy. *supra*, chapitre II, section b, § 3, point a.

¹¹⁴ Voy. en ce sens, T. PADOVANI, "La soave inquisizione", *op. cit.*, p. 541: "*i rischi connessi all'utilizzazione sull'imputato di uno strumento di pressione, sia esso di natura coercitiva o premiale [sono] che questi, per sfuggire alla coazione o per guadagnarsi la ricompensa, fornisca informazioni false, o effettui chiamate in correità calunniose*".

¹¹⁵ Voy. notamment, en ce sens, le réquisitoire du parquet dans l'affaire dite Octopus (G. MOLS et G. SPONG, *op. cit.*, p. 63: "*de verdachte of getuige, die zich aan medewerking aan justitie heeft onderworpen, heeft zich zozeer blootgegeven en afhankelijk gemaakt dat zijn leugen voor hemzelf fatale gevolgen heeft. Op zijn liegen staat namelijk de sanctie van verlies van gunsten, waaronder die van een eventuele bescherming van het leven*"), ainsi que P. J. P. TAK, *De kroongetuige en de georganiseerde misdaad*, *op. cit.*, p. 95 ("*Door het afleggen van onjuiste verklaringen verzwakt de kroongetuige zijn positie ten opzichte van justitie in ernstige mate. Dit kan ertoe leiden dat justitie hem wegens onbetrouwbaarheid als kroongetuige zal laten vallen. De kroongetuige loopt dan de niet geringe kans wegens het wegvallen van zijn enige vorm van bescherming aan wraakacties vanuit het milieu te zijn overgeleverd*").

¹¹⁶ Voy. en ce sens l'exemple évoqué par F. BOVENKERK (*supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre I, section f), ainsi que S. GREER qui, à propos des collaborateurs témoignant dans le cadre de maxi-procès, souligne que "*there is ample time and opportunity during the many months spent in police protective custody for false evidence to be*

l'audience, on comprend que ses déclarations, répétées et mises au point dans les moindres détails, puissent apparaître particulièrement "bétonnées", si pas proprement inattaquables.

Section 2. L'éthique déontologique

Les tenants d'une éthique de type déontologique ne sauraient tolérer que l'on condamne ne fût-ce qu'un seul innocent. Par définition, la condamnation d'un innocent est en effet contraire au respect de la personne humaine et de sa dignité fondamentale.

Dans une telle conception éthique, on accordera donc un poids maximal à l'exigence de manifestation de la vérité matérielle dans le procès pénal, ce qui pourrait conduire à condamner tous les modes de preuve qui, comme l'écrivait M. DELMAS-MARTY, "portent trop directement la trace de la subjectivité humaine"¹¹⁷, voire même tous les modes de preuve qui présentent le moindre risque d'erreur.

A la limite, dans toute sa rigueur – mais cela montre bien combien poussé jusqu'au bout, le raisonnement déontologique est largement intenable – ce type d'approche déboucherait alors sur l'impossibilité d'encore rendre justice, dans la mesure où, précisément, le risque d'erreur judiciaire ne peut jamais être totalement exclu. La certitude judiciaire comporte, en effet, "nécessairement une marge d'insécurité". Elle "n'échappe pas à l'imperfection humaine"¹¹⁸ et il est toujours possible "que ce que le juge admet comme vrai ne soit pas la vérité", et que "la conviction acquise puisse être ébranlée et détruite par des circonstances extraordinaires qui ont échappé aux recherches judiciaires"¹¹⁹.

Même sans nécessairement aller jusqu'à soutenir l'impossibilité pure et simple d'encore rendre justice, les tenants d'une éthique déontologique considéreront vraisemblablement, que le recours aux collaborateurs de justice est à proscrire radicalement, dans la mesure où, comme nous venons de le voir, il s'agit d'un mode de preuve tout particulièrement sujet à caution.

Cette conclusion paraîtra s'imposer avec plus de force et d'évidence encore, si l'on songe que le problème de la crédibilité du collaborateur de justice se pose en des termes tout à fait spécifiques, puisqu'en réalité, c'est l'Etat lui-même qui crée le contexte pouvant pousser le collaborateur de justice à prendre certaines libertés avec la vérité. C'est l'Etat lui-même qui,

rehearsed in preparation for a convincing courtroom performance" ("Towards a sociological model of the police informant", *British journal of sociology*, 1995, p. 519).

¹¹⁷ M. DELMAS-MARTY, "La preuve pénale", *Droits*, 1996, n° 23, p. 56: "dans l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité, l'exigence d'objectivité pourrait inciter à opérer un tri parmi les modes de preuve, par exemple à se défier des preuves liées à la personne parce qu'elles portent trop directement la marque de sa subjectivité".

¹¹⁸ P.E. TROUSSE, *Les Nouvelles*, *op. cit.*, n° 3514.

¹¹⁹ F. HÉLIE, "De la preuve en matière criminelle", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, p. 400. Dans le même sens, voy. aussi C.J.A. MITTERMAIER, *op. cit.*, pp. 78-79 ("Quoi qu'on fasse du reste, un ami sérieux de la vérité devra reconnaître que la certitude dont il se contente forcément, n'échappe pas au vice de l'imperfection humaine [et que] dans tous les faits qui ressortent du domaine de la vérité historique, jamais la vérité absolue ne se laisse atteindre"), E. CEREXHE, "Allocution d'ouverture", *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, *Troisième colloque du Département des droits de l'homme de l'UCL*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 5 ("Aucun procédé de preuve ne peut procurer une certitude absolue. Toute vérité judiciaire est nécessairement relative"), ainsi que K. VOLK, "Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice", *Déviance et société*, 2000, p. 103 ("Jamais, même dans les cas les plus favorables, il ne peut être plus que probable que la reconstitution des faits correspond réellement aux faits").

en promettant au collaborateur d'importants avantages de nature pénale en échange de son témoignage à charge d'autres accusés ou prévenus, concourt à rendre pour le moins suspectes ses déclarations, ce que les tenants d'une éthique de type déontologique ne sauraient que condamner¹²⁰. A souscrire à une telle approche de type absolue, on rejettera donc plus que vraisemblablement la méthode en cause, et ce même si, globalement, elle devait sembler pouvoir livrer des résultats satisfaisants.

Section 3. L'éthique téléologique

Même pour les tenants d'une éthique utilitariste, il n'est évidemment pas souhaitable de condamner un innocent. Toute erreur judiciaire – certainement si elle est avérée ou à tout le moins soupçonnée – porte, en effet, atteinte à une finalité appréciable en termes utilitaristes: la protection de la liberté individuelle et de la sécurité juridique qui veut que chacun puisse se savoir à l'abri de condamnations injustifiées¹²¹.

Le procès pénal se doit donc de s'efforcer de faire triompher la vérité matérielle. Cela étant, l'exacte reconstruction des faits n'est certainement pas le seul objectif de la justice pénale. Pour un utilitariste, elle se doit aussi, et même avant tout, de fonctionner de manière efficace en permettant une pleine application du droit pénal, et d'apporter aux diverses manifestations de la criminalité une réponse rapide et efficiente¹²².

L'intérêt général de la société veut, en principe, la pleine et la prompte répression des délits. Il faut dès lors que l'accusation ait les moyens d'établir quelles ont été exactement les infractions commises et de prouver la culpabilité des auteurs. Tout ce qui peut contribuer à instruire le juge devrait être admis à cet effet, sans que l'on ne puisse exclure *a priori* des modes de preuve ayant une certaine valeur probatoire, au seul motif qu'ils comporteraient quelques risques¹²³. Aucun mode de preuve ne peut, en effet, être considéré comme

¹²⁰ A l'instar de cette cour d'appel fédérale américaine qui, il y a quelques années de cela, n'avait pas hésité à considérer qu'en promettant à un prévenu un traitement pénal assoupli en échange de son témoignage à charge d'un complice, l'Etat se rendait coupable de corruption de témoins (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre III, section 2, § 1).

¹²¹ Dans un arrêt *Winship* prononcé en 1970, la Cour suprême des Etats-Unis a traduit cette même idée de la manière suivante: "*It is [...] important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offense without convincing a proper factfinder of his guilt with utmost certainty*" (*Supreme Court Reporter*, vol. 90, p. 1073).

¹²² Dans son "Traité des preuves judiciaires", J. BENTHAM affirme ainsi (*op.cit.*, pp. 246-247) que les règles de procédure poursuivent un but direct et trois buts collatéraux. Le but direct de la procédure est de garantir "la droiture des décisions", c'est-à-dire leur conformité à la loi substantive. "La loi adjective" écrit-il en ce sens, "n'est bonne qu'autant qu'elle concourt à l'accomplissement de la loi substantive" plutôt que de l'entraver. Quant aux buts collatéraux, ils consistent à éviter les délais, les frais et les entraves superflus. Mais rien n'est dit, par contre, d'un but collatéral de la procédure qui consisterait à garantir la protection de la liberté individuelle (en ce sens, voy. aussi M. VAN DE KERCHOVE, "Le système des preuves en droit chez Bentham", *Recherches et Rencontres*, 1993, n° 4, pp. 74-75).

¹²³ Cette idée a été développée avec une force toute particulière par J. BENTHAM, qui considérait qu'il ne fallait jamais exclure une preuve par la seule crainte d'être trompé, le plus grand danger n'étant, en effet, pas de voir le juge induit en erreur par une preuve douteuse, mais bien plutôt de manquer de preuve. Voy. notamment, en ce sens, ce qu'il écrit à propos du système des exclusions de certains témoignages: "On a ouvert les yeux sur le danger des faux témoignages; on les a fermés sur celui de manquer de témoignages: et cependant ce danger est plus grand que l'autre; car un faux témoignage n'entraîne pas nécessairement une fausse décision, il est peut-être même assez rare qu'il ne soit pas reconnu ou soupçonné. Mais quand le témoignage manque, la sagacité des juges ne saurait y suppléer; une fausse décision en est une conséquence nécessaire" ("Traité des preuves judiciaires", *op. cit.*, p. 309).

totallement fiable¹²⁴ et si l'on devait priver le système pénal de la possibilité d'utiliser des modes de preuves qui ne sont pas parfaitement infaillibles, ce serait donc inévitablement voir "aussitôt les plus grands criminels impunis et par suite l'anarchie fatalement introduite dans la société"¹²⁵.

Les risques inhérents à chaque mode de preuve sont, au demeurant, impossibles à évaluer à l'avance et *in abstracto*. Ils dépendent d'un cas à l'autre et il faut donc faire confiance au professionnalisme des magistrats pour faire la part des choses¹²⁶. Ce serait tout spécialement vrai s'agissant des témoignages. Le législateur ne saurait "faire la discrimination entre les bons et les mauvais témoins". C'est au contraire, "une opération délicate qu'il doit faire opérer par le juge", dans la mesure où "l'appréciation des témoignages est avant tout une question de fond et de fait" et où "il n'y a pas de raison toujours vraie d'écarter nécessairement certaines catégories de témoins"¹²⁷. Même dans le cas de témoins intéressés, leur déposition pourrait valoir "plus ou moins" et, pour reprendre l'expression de J. BENTHAM, "il n'appartient qu'au juge de l'apprécier, selon les circonstances particulières"¹²⁸.

Cela étant, peut-on raisonner ainsi même pour le témoignage d'un collaborateur de justice?

Différents auteurs le font, estimant que la question de la crédibilité du collaborateur de justice ne se pose pas de manière radicalement différente de celle de n'importe quel autre témoin et qu'il s'agit en réalité d'un faux problème, qui ne saurait faire l'objet d'une position de principe, mais doit, au contraire, être apprécié au cas par cas¹²⁹. S'agissant d'un témoin tout spécialement intéressé, ils font confiance au juge pour faire preuve d'une méfiance particulière en la matière¹³⁰.

¹²⁴ Pas même les preuves dites "scientifiques" (tels par exemple, l'analyse ADN) pour lesquelles subsistent d'importants risques d'erreurs liés notamment aux conditions dans lesquelles s'effectue la collecte des indices (en ce sens, voy. M. DELMAS-MARTY, "La preuve pénale", *op. cit.*, p. 56).

¹²⁵ C.J.A. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 79. Sans aller jusque là, P. TRAEST souligne que "*het ligt voor de hand dat een teveel aan bewijssuitsluiting de rechtshandhaving in het gedrang kan brengen*" (*op. cit.*, p. 283).

¹²⁶ En ce sens, voy. P. TRAEST, *op. cit.*, p. 281: "*Het is voor de wetgever onmogelijk vooraf in abstracto vast te stellen welke bewijsmiddelen meer betrouwbaar moeten geacht worden dan andere. [Dit] zal verschillen van casus tot casus*".

¹²⁷ F. GORPHE, *op. cit.*, pp. 32 et s.

¹²⁸ J. BENTHAM, "Traité des preuves judiciaires", *op. cit.*, p. 388.

¹²⁹ En ce sens, voy. G.C. CASELLI et A. INGROIA, *op. cit.*, p. 195 ("*il dibattito ha avuto per principale oggetto il (falso) problema della affidabilità dei pentiti e quindi delle loro rivelazioni; [...] siffatte questioni [sono] irrisolvibili in linea di principio, dovendosi evidentemente tener conto del diverso spessore di ciascun collaboratore, nonché della riscontrabilità delle singole dichiarazioni*"), ainsi que C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, pp. 533-534 ("*la credibilità di un soggetto che in un processo accusa altri non è un problema peculiare del collaborante che accusa coimputati o imputati in reati connessi o imputati in procedimenti cui egli sia estraneo, ma è un problema comune a tutte le testimonianze, e come tale è opportuno che rimanga oggetto di apprezzamento da parte del giudice*").

¹³⁰ Pour J. BENTHAM, "lorsqu'il existe de la part du témoin un intérêt qui le porte à mentir, plus cet intérêt est manifeste, moins il est dangereux pour le juge" ("Traité des preuves judiciaires", *op. cit.*, p. 393) et l'auteur de souligner que même si le témoignage d'un complice "engagé à témoigner par la promesse d'un pardon" présente "tous les motifs d'exclusion réunis et chacun d'eux dans son plus haut degré de force", il n'y a malgré tout pas de raison de l'exclure *a priori*, car à "l'évidence même de l'intérêt séducteur" correspondra "la défiance proportionnelle de la part du juge" (*ibid.*, p. 394). On retrouve également la même argumentation – qui suppose, évidemment, que le juge ait été dûment informé de la qualité de collaborateur de justice du témoin en cause –

Mais ne faudrait-il pas plutôt considérer qu'en l'espèce, on franchit un seuil d'incertitude et de faillibilité tel qu'il devrait conduire à condamner la technique probatoire en cause? Ne faudrait-il pas, non plus, attacher certaines conséquences particulières à la circonstance que c'est l'Etat lui-même qui, en récompensant pénalement le témoignage du collaborateur de justice, contribue à rendre suspects ses déclarations?

Pour répondre à ces questions, il conviendrait, dans l'approche utilitariste dont question ici, de procéder à un calcul en termes de coûts-bénéfices: le bénéfice tient en l'occurrence dans une protection renforcée de la société contre certaines infractions graves face auxquelles la justice pénale semble autrement désarmée; le coût, quant à lui, dépend du risque accru d'erreur judiciaire qui serait inhérent à ce mode de preuve et de l'atteinte possible qui serait ainsi portée à la nécessaire confiance des citoyens dans l'appareil de justice pénale.

Ce risque est bien évidemment extrêmement difficile à évaluer. Une des seules indications empiriques que l'on ait – mais, il faut bien reconnaître qu'elle est relativement peu parlante¹³¹ – est le nombre des procédures de révision *contra reum* qui ont été diligentées en Italie, comme la loi le permet lorsque les déclarations faites par un collaborateur de justice ayant bénéficié d'une cause d'excuse apparaissent avoir été mensongères. Or, ces chiffres sont particulièrement peu élevés, puisqu'en matière de terrorisme, la procédure n'a jamais été appliquée, et qu'en matière de criminalité organisée, il semble qu'elle ne l'ait été qu'une seule fois¹³².

Sur cette base, la plupart des utilitaristes concluront vraisemblablement que les erreurs judiciaires éventuelles auxquelles le recours aux collaborateurs de justice a pu, ou pourrait, donner lieu peuvent – dans la mesure où elles semblent rester exceptionnelles – être considérées comme des "dégâts collatéraux", regrettables certes, mais justifiés au regard de l'efficacité plus globale de la méthode¹³³.

dans la doctrine néerlandaise. Voy. notamment H. KAPTEIN, *op. cit.*, 1998, p. 65 ("Een principieel bezwaar tegen kroongetuigen kan onbetrouwbaarheid niet opleveren. Er zijn immers geen volstrekt betrouwbare getuigen. Uiteindelijk zal de rechter de betrouwbaarheid van getuigenissen en ander aangeboden bewijs moeten bepalen. [...] Al leert de ervaring dat rechters fouten maken in de beoordeling van bewijs, toch zijn er geen redenen om aan te nemen dat zij in de beoordeling van kroongetuigen eerder zullen dwalen dan anders. Bovendien weten rechters dat het gaat om beloonde getuigenissen en dat zal tot extra voorzichtigheid manen"); ainsi que A-G VAN DORST, conclusions précédant l'arrêt du *Hoge Raad*, 15 février 1994, *N.J.*, 1994, p. 1480 ("Naar geldend recht [...] is het [...] de rechter die uitmaakt of hij een bepaalde verklaring voldoende betrouwbaar acht om haar tot het bewijs te doen meewerken. Bij de vorming van dat oordeel zullen mogelijke justitiële beloftes in ruil voor die verklaring ongetwijfeld een grote rol spelen; dergelijke factoren zullen de rechter nog behoedzamer doen zijn dan hij normaliter al behoort te zijn bij zijn onderzoek naar de waarde van getuigenverklaringen. Maar op voorhand is een dergelijke verklaring niet uitgesloten van het bewijs").

¹³¹ La procédure de révision *contra reum* ne peut, en effet, être intentée qu'à la demande du parquet, qui, sauf dans les cas d'abus les plus manifestes, risque de se montrer peu enclin à jeter de la sorte le discrédit sur l'institution des collaborateurs de justice. Voy., en ce sens, C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, pp. 534-535: "È lecito pensare che la disapplicazione di tali norme risulti in certa misura condizionata dall'atteggiamento dei pubblici ministeri, che, salvo casi eclatanti, non avranno particolare zelo nell'esercitare l'azione penale nei confronti di una categoria di soggetti (i collaboratori di giustizia) ritenuta in sé preziosa". Une autre indication empirique, plus parlante sans doute, aurait pu être donnée par le nombre de réformations en appel ou après cassation de condamnations prononcées sur la base des dires de collaborateurs de justice, ou par le nombre d'affaires dans lesquelles la crédibilité des accusations formulées par un collaborateur a été appréciée différemment selon les procédures dans lesquelles ces déclarations ont été utilisées, mais nous ne disposons pas de tels chiffres.

¹³² *Ibid.*, p. 534.

Section 4. Pour un modèle dialectique

Dans un modèle éthique qui s'efforce de rendre compte des exigences de la justice comme de l'utilité et de trouver un point d'équilibre entre les deux, les conclusions seront nécessairement plus complexes.

Tout en reconnaissant qu'aucun mode de preuve n'est totalement infaillible et qu'il faut malgré tout pouvoir rendre justice, on ne saurait, dans un tel modèle, admettre que la condamnation éventuelle d'un innocent soit un simple "coût social" justifié au regard de l'efficacité générale d'une méthode probatoire donnée¹³⁴.

A la différence de l'utilitariste qui se contente d'interroger l'efficacité globalement considérée de telles méthodes probatoires, indépendamment des différents cas d'espèce dans lesquels elles sont mises en œuvre, et qui estime que, pour autant qu'il soit peu élevé et reste compatible avec l'efficacité générale de la méthode, un certain pourcentage d'erreurs judiciaires peut être acceptable, on considérera, au contraire, que, même isolée, l'erreur judiciaire est et reste toujours intolérable, et que si elle ne peut jamais être exclue avec certitude, il convient malgré tout de tenter de l'éviter à tout prix.

En ce qui concerne plus spécifiquement le témoignage d'un collaborateur de justice, s'agissant d'un mode de preuve qui peut effectivement sembler particulièrement sujet à caution, on ne saurait, pour réduire autant que faire se peut le risque d'une condamnation injustifiée, se contenter de confier au juge le soin d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, s'il estime pouvoir prendre en compte ce type de témoignage, et quel poids il entend lui reconnaître. Eu égard au risque d'erreur judiciaire accru qui paraît inhérent à ce mode de preuve et qui est, en outre, directement lié à une forme d'intervention des autorités étatiques, il convient, au contraire, de l'entourer de garanties spécifiques, même si celles-ci peuvent dans une certaine mesure contrarier, ou à tout le moins limiter, l'exigence de répression.

Ces garanties destinées à contrebalancer, ou au moins à contenir les risques particuliers propres à ce type de déclarations¹³⁵, devront jouer tant au niveau de l'admissibilité de celles-

¹³³ Sur ce point, l'approche utilitariste paraît très proche du *Crime Control Model* de H.L. PACKER, dans lequel la question des éventuelles erreurs judiciaires ne devient réellement problématique que si, et lorsque, elle atteint des proportions telles que l'efficacité même du système pénal peut sembler compromise. Voy. en ce sens, H.L. PACKER, *op. cit.*, p. 165: "*the Crime Control Model accepts the probability of mistakes up to the level at which they interfere with the goal of repressing crime, either because too many guilty people are escaping or, more subtly, because general awareness of the unreliability of the process leads to a decrease in the deterrent efficacy of the criminal law. [...] Reliability becomes a matter of independent concern only when it becomes so attenuated as to impair efficiency*".

¹³⁴ C'est également le sens dans lequel paraît aller la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est toujours refusée à consacrer, en matière pénale, une logique purement instrumentale, estimant, au contraire, que "si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, il n'en demeure pas moins que, dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité". Voy. notamment les arrêts *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, série A, n° 166, § 44; *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990, série A, n° 186, § 30 et *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-IV, p. 1463, § 36.

¹³⁵ Un parallèle pourrait utilement être fait, en l'espèce, avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de témoignage anonyme: comme nous le verrons *infra*, au § 2, la Cour n'interdit pas formellement toute utilisation de déclarations anonymes, mais s'agissant d'un mode de preuve qui confronte la défense à des difficultés particulières, elle exige que la procédure suivie pour l'audition du ou des témoin(s) anonyme(s) ait suffisamment contrebalancé ces difficultés.

ci qu'au niveau de leur évaluation¹³⁶. Au niveau de leur admissibilité, on insistera sur une exigence de transparence, de pleine contradiction et d'égalité des armes. Au niveau de leur évaluation, sur une obligation de corroboration et de motivation spécifique.

§ 1. Transparence

Les autorités de poursuite ont l'obligation générale de communiquer à la défense tous les éléments importants, à charge et à décharge, qui sont en leur possession¹³⁷.

Or, précisément, le statut de collaborateur de justice d'un témoin semble être un élément essentiel, susceptible de jeter un éclairage tout à fait spécifique sur les déclarations faites. Il devrait dès lors nécessairement être révélé à la défense et au juge, de même que le contenu exact de l'accord intervenu.

Cette exigence de transparence est d'ailleurs une des deux conditions que l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme paraît avoir imposées à l'utilisation des déclarations d'un "repenti" comme fondement d'une décision de condamnation.

Contrairement à la Cour européenne, en effet, qui, à notre connaissance, n'a encore jamais eu à se prononcer sur la question de savoir si le fait de condamner une personne sur base des déclarations d'un collaborateur de justice est, ou non, compatible avec les exigences du procès équitable et de l'article 6 de la Convention¹³⁸, l'ancienne Commission a eu plusieurs fois à connaître de cette question et 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"¹³⁹.

En réalité, et compte tenu des réserves que peut susciter *a priori* la probité d'un "repenti", deux conditions minimales semblent se dégager de la jurisprudence de la Commission qui

¹³⁶ Dans le même sens, voy. S. MOCCIA, "Vérité substantielle et vérité du procès", *Déviance et société*, 2000, pp. 113-114: "Depuis des siècles a survécu une classification, en termes de crédibilité, des acteurs du procès, qui attribue la première place au témoin et la dernière à l'auteur de la co-inculpation, selon l'expérience commune qui reconnaît à l'acteur une crédibilité proportionnelle à son absence d'intérêt quant à l'issue du procès. A la crédibilité différente, désormais bien établie, doit correspondre une réglementation distincte en termes aussi bien d'acquisition que d'évaluation des déclarations, afin d'éviter d'introduire dans le patrimoine cognitif du juge, hors de tout contrôle réel, un matériel probatoire provenant de qui aurait tendance à engendrer une conviction judiciaire erronée" (c'est nous qui soulignons).

¹³⁷ Voy. notamment, en ce sens, Cour eur. dr. h., arrêt *Edwards c. Royaume-Uni* du 25 novembre 1992, série A, n° 247-B, § 36; arrêt *Jasper c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, non encore publié au Recueil, § 51; arrêt *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, non encore publié au Recueil, § 60; arrêt *Fit c. Royaume-Uni* du 16 février 2000, non encore publié au Recueil, § 44.

¹³⁸ Dans l'arrêt *Labita c. Italie*, déjà évoqué *supra* (section 1), la Cour a certes eu à connaître de la problématique des collaborateurs de justice, mais uniquement au regard de l'article 5 de la Convention. Il s'agissait, en effet, d'une affaire dans le cadre de laquelle une personne soupçonnée d'appartenir à une organisation mafieuse avait été arrêtée et détenue pendant deux ans et demi sur la base des déclarations d'un collaborateur de justice, avant d'être finalement acquittée, ce qui explique que la Cour n'avait pas eu à se prononcer sur une éventuelle violation de l'article 6, mais seulement sur une possible violation de l'article 5 de la Convention.

¹³⁹ Comm. eur. dr. h., déc. du 6 octobre 1976, *X. c. Royaume-Uni*, req. 7306/75, D.R. 7, p. 115; déc. du 30 novembre 1994, *Salmon Meneses c. Italie*, req. 18666/91 (disponible uniquement en langue anglaise); déc. du 15 janvier 1996, *Flanders c. Pays-Bas*, req. 25982/94 (disponible uniquement en langue anglaise); déc. du 21 octobre 1993, *Baragiola c. Suisse*, req. 17265/90.

devraient être respectées pour garantir malgré tout un procès équitable¹⁴⁰: outre le fait que le témoignage en cause devrait être corroboré par d'autres éléments de preuve¹⁴¹, il faudrait aussi que soit garantie une complète transparence quant aux conditions dans lesquelles ce témoignage a été obtenu¹⁴².

Pour garantir au maximum cette transparence, on pourrait songer à imposer que les premières déclarations d'un collaborateur de justice fassent toujours l'objet d'un enregistrement audiovisuel, de manière à pouvoir vérifier par la suite qu'il n'a pas été soumis à des pressions indues ni à des questions trop suggestives. Cela étant, il faut bien reconnaître qu'en pratique, une telle précaution risque de rester très largement formelle, car on n'aura jamais la certitude que les déclarations ainsi enregistrées correspondent bien aux premiers interrogatoires du collaborateur concerné, et qu'elles n'ont pas été précédées d'entretiens préparatoires avec la police ou le parquet.

§ 2. Contradiction

Les droits de la défense expriment plus qu'une exigence de correction ou de loyauté dans l'administration de la preuve: en permettant à chacune des parties de faire valoir ses arguments et de combattre ceux des autres, ils sont avant tout une garantie de justice et un garde-fou contre l'erreur judiciaire¹⁴³.

Dans une conception minimaliste des droits de la défense, on pourrait considérer que la contradiction est suffisamment assurée dès lors que l'accusé a reçu la possibilité de discuter, contredire et attaquer les témoignages retenus contre lui.

Mais dans le cas du témoignage d'un collaborateur de justice, s'agissant, comme nous l'avons vu, de déclarations particulièrement sujettes à caution, on ne saurait s'arrêter là. Il convient au contraire de garantir au maximum la possibilité pour la défense de contrôler la fiabilité du collaborateur de justice et de jeter le doute sur celle-ci. Cela suppose, notamment, que l'accusé ait la possibilité d'interroger personnellement le témoin en question, d'observer son attitude face aux questions posées, de déceler les hésitations et les silences, et de réagir directement aux déclarations faites, le cas échéant en usant d'éléments de surprise.

¹⁴⁰ C'est déjà ce que nous avons soutenu, en son temps, dans notre note sous l'arrêt *Labita c. Italie* (voy., à cet égard, M.A. BEERNAERT, "Mafia, maltraitance en prison et repentis", *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 134).

¹⁴¹ Voy. *infra*, § 4.

¹⁴² Ainsi, par exemple, dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*, la Commission a souligné que "la manière dont le témoignage [avait] été obtenu fut ouvertement discutée avec l'avocat de la défense et exposée au jury"; dans l'affaire *Salmon Meneses c. Italie*, elle a insisté sur le fait que "*the agreement between the accomplice and the prosecution was fully disclosed and openly discussed with the applicant and his counsel*"; et dans l'affaire *Flanders c. Pays-Bas*, elle a rappelé que "*the fact that he had obtained immunity from prosecution was fully disclosed as from the start of the proceedings before the trial courts*".

¹⁴³ Voy., en ce sens, F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1869, n° 4841 ("La défense n'est pas moins nécessaire au juge qu'à l'accusé lui-même. Est-il assuré de connaître la vérité s'il n'a entendu qu'une partie, s'il n'a appris que les arguments de l'accusation, s'il n'a envisagé l'affaire que sous un seul point de vue, sans témoins à décharge, sans confrontation, sans plaidoiries contradictoires? [...] La défense est le droit de l'accusé mais elle est en même temps la garantie de la justice et le moyen le plus puissant d'arriver à la connaissance de la vérité"), ainsi que W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexion sur des arrêts récents", *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, T.II, Paris, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 599 ("Le respect des droits de la défense répond non seulement à une exigence impérieuse de correction juridique et de moralité, mais aussi, dans le souci d'éviter l'erreur, à une exigence d'efficacité").

Or, la difficulté, à cet égard, provient de ce que le collaborateur de justice est en général un témoin tout particulièrement menacé. Bien souvent, on lui demande de faire des déclarations à charge d'organisations criminelles qui peuvent sembler prêtes à tout pour éliminer qui les menace. Les avantages de nature pénale que l'on peut offrir aux collaborateurs, aussi attractifs soient-ils, risquent donc de rester inopérants si l'Etat ne s'engage pas également à assurer leur protection. Et précisément, une des modalités de cette protection pourrait consister à éviter au collaborateur de justice d'être confronté directement aux personnes qu'il met en cause, soit qu'il soit entendu exclusivement lors de la phase d'enquête préalable, hors de la présence de la défense et sans devoir répéter ses déclarations à l'audience (a), soit qu'il soit entendu à l'audience mais hors de la présence du ou des prévenu(s) ou accusé(s) (b), soit même qu'il soit entendu sous couvert d'anonymat complet (c).

Même si elles ne sont pas formellement interdites par la jurisprudence de la Cour européenne et sont largement pratiquées dans les systèmes juridiques étudiés, aucune de ces restrictions au plein exercice des droits de la défense ne nous paraît admissible dans le cas du témoignage d'un collaborateur de justice.

Ce n'est pas à dire, bien évidemment, que les collaborateurs de justice ne mériteraient pas d'être protégés. Les Etats ont, bien au contraire, l'obligation de garantir, dans toute la mesure du possible, leur sécurité¹⁴⁴. Mais, plutôt que d'être organisée au sein même du procès pénal, cette protection devrait, nous paraît-il, être assurée par des voies extra-judiciaires¹⁴⁵ – fussent-elles même nettement plus coûteuses. En réalité, la seule mesure de protection de nature procédurale qui pourrait, à notre estime, être éventuellement mise en œuvre à l'égard de collaborateurs de justice, est l'audition à distance au travers d'une connexion audiovisuelle (d). Encore celle-ci devrait-elle être soumise à une stricte condition de nécessité.

a. Absence de confrontation

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 reprises¹⁴⁶ – 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 procédure¹⁴⁷, aux témoins¹⁴⁸ qui l'accusent. Ce droit n'est toutefois pas absolu.

¹⁴⁴ Voy. *supra*, chapitre précédent, section 2, § 3, b, (2).

¹⁴⁵ Ces mesures de protection extra-judiciaires peuvent aller de la simple escorte au très radical changement d'identité, en passant par tout l'éventail des dispositions qui peuvent être prises dans le cadre des programmes spéciaux de protection tels qu'ils existent en Italie ou aux Etats-Unis (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre IV, section 3, et titre IV, chapitre IV, section 3).

¹⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Unterpertinger c. Autriche* du 24 novembre 1986, *série A*, n° 110, § 31; arrêt *Kostovski c. Pays-Bas*, précité, § 41; arrêt *Windisch c. Autriche*, précité, § 26; arrêt *Delta c. France* du 19 décembre 1990, *série A*, n° 191-A, § 36; arrêt *Isgro c. Italie* du 19 février 1991, *série A*, n° 194-A, § 34; arrêt *Asch c. Autriche* du 26 avril 1991, *série A*, n° 203, § 27; arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, *série A*, n° 238, § 47; arrêt *Saïdi c. France* du 20 septembre 1993, *série A*, n° 261-C, § 43; arrêt *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996- III, p. 950, § 51; arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997- III, p. 711, § 51; arrêt *A.M. c. Italie* du 14 décembre 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999- IX, § 25; arrêt *Luca c. Italie* du 27 février 2001, *non encore publié au Recueil*, § 32; arrêt *Sadak c. Turquie* du 17 juillet 2001, *non encore publié au Recueil*, § 64; arrêt *P.S. c. Allemagne* du 20 décembre 2001, *non encore publié au Recueil*, § 21.

¹⁴⁷ "Au moment de la déposition ou plus tard", dit la Cour européenne.

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 que la condamnation ne soit pas fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur le témoignage en cause¹⁴⁹ et 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 – telles que la disparition¹⁵⁰ ou le décès¹⁵¹ du témoin – mais aussi pour 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 conscience¹⁵², de ménager la victime mineure d'abus sexuels¹⁵³ 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 sécurité¹⁵⁴.

¹⁴⁸ 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*, précité, § 40; arrêt *Windisch*, précité, § 23; arrêt *Delta*, précité, § 34; arrêt *Isgrò*, précité, § 33; arrêt *Asch*, précité, § 25; arrêt *Lüdi* précité, § 44; arrêt *Artner c. Autriche* du 28 août 1992, série A, n° 242-A, § 14; arrêt *Pullar c. Royaume-Uni* du 10 juin 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-III, p. 796, § 45).

¹⁴⁹ 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 (voy., en ce sens, B. DE SMET, "Het onmiddellijkheidsbeginsel in het strafproces: een anachronisme of een waarborg voor een kwalitatief goede rechtspleging?", *R.W.*, 1996-97, p. 71). 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" (Cour eur. dr. h., arrêt *Unterpertinger*, précité, § 33) ou "de manière déterminante" (Cour eur. dr. h., arrêt *Delta*, précité, § 37) sur le témoignage incriminé, ou lorsqu'elle relevait que celui-ci avait été "capital" (Cour eur. dr. h., arrêt *Barberà, Messegue et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, série A, n° 146, § 86). Dans une deuxième série d'arrêts, plus récents, la Cour ne semble plus retenir de violation de l'article 6 § 3 d) que lorsque les déclarations litigieuses ont constitué la seule base de la condamnation (Cour eur. dr. h., arrêt *Saïdi*, précité, § 44), concluant au contraire à l'absence de violation chaque fois que les dépositions incriminées se trouvaient corroborées par d'autres éléments de preuve (Cour eur. dr. h., arrêt *Isgrò*, précité, § 35; arrêt *Asch*, précité, § 30; arrêt *Artner*, précité, § 24; arrêt *Doorson*, précité, § 80; arrêt *Ferrantelli et Santangelo*, précité, § 52). Dans ses derniers arrêts, par contre, la Cour semble 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" (Cour eur. dr. h., arrêt *A.M. c. Italie*, précité, § 25; arrêt *Luca c. Italie*, précité, § 33; arrêt *Sadak c. Turquie*, précité, § 65 et arrêt *P.S. c. Allemagne*, précité, § 24). Notons que c'est également la terminologie qu'elle continue d'utiliser en matière de témoignages anonymes (voy. *infra*, point c).

¹⁵⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Artner c. Autriche*, précité, §§ 17 et 21; arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, précité, §§ 31, 32, 79.

¹⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, précité, § 52.

¹⁵² Ainsi dans son arrêt *Unterpertinger*, précité, la Cour a jugé (§ 30) que l'article 152 § 1, alinéa 1^{er}, du code autrichien de procédure pénale n'enfreignait "manifestement pas, en tant que tel, l'article 6 §§ 1 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*, précité.

¹⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *P.S. c. Allemagne*, précité, § 28.

¹⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Luca c. Italie*, précité, § 33.

Les systèmes belge et néerlandais se sont largement engouffrés dans la brèche ainsi ouverte à Strasbourg et admettent, l'un comme l'autre, qu'un témoin qui a été entendu au cours de l'enquête préliminaire, fût-ce même sans la participation de la défense, ne soit pas nécessairement entendu à nouveau à l'audience¹⁵⁵.

Au terme d'un processus législatif et jurisprudentiel fort chahuté¹⁵⁶, le système italien a, de son côté, fini par garantir constitutionnellement le principe de la formation contradictoire de la preuve, interdisant que soient retenues à charge d'un prévenu les déclarations d'un témoin auquel il n'aurait jamais été confronté. Les exceptions admises audit principe semblent toutefois encore trop larges, à tout le moins en ce qui concerne le témoignage d'un collaborateur de justice.

Si les cas dans lesquels le prévenu renonce expressément à la contradiction ne posent évidemment pas problème, il en va autrement des deux autres hypothèses dans lesquelles on pourrait le cas échéant faire l'économie du contradictoire aux termes du nouvel article 111 de la Constitution italienne et de la loi d'application du 1^{er} mars 2001.

L'impossibilité objective d'encore assurer la contradiction, en particulier, semble être un risque qui devrait être supporté par l'accusation et non par la défense, certainement dans le cas d'un collaborateur de justice, s'agissant d'un type de témoignage dont la fiabilité est particulièrement douteuse et pour lequel la garantie du contradictoire paraît dès lors essentielle.

Il ne pourrait en aller autrement que s'il devait être établi que le prévenu a exercé, ou fait exercer, certaines pressions sur le collaborateur pour qu'il ne veuille ou ne puisse plus témoigner, mais sur ce dernier point, la loi constitutionnelle du 23 novembre 1999, comme d'ailleurs la loi d'application du 1^{er} mars 2001, présentent le défaut de ne pas préciser que les pressions en cause doivent, au moins indirectement, être l'œuvre du prévenu lui-même pour que l'on puisse porter atteinte à son droit à un procès équitable.

En réalité, seul le système américain semble offrir toutes les garanties requises en cette matière, n'autorisant l'utilisation au procès de déclarations qu'un collaborateur aurait faites lors de la phase d'enquête préalable, que s'il est établi que l'accusé mis en cause a personnellement empêché la comparution du collaborateur à l'audience (*waiver by misconduct*). Dans les autres cas où le collaborateur serait devenu indisponible, sa déposition antérieure ne pourrait être retenue à charge d'un accusé qu'à la condition expresse que ce dernier ait eu précédemment l'occasion de l'interroger sur les mêmes points que ceux qu'il pourrait vouloir aborder à l'audience (*former testimony exception*)¹⁵⁷.

b. Audition hors de la présence du prévenu mais en présence de son avocat

La Convention européenne des droits de l'homme n'empêche pas l'identification – aux fins de l'article 6 § 3 d) – d'un accusé avec son avocat¹⁵⁸. Dans des circonstances exceptionnelles, on peut donc envisager d'entendre un témoin hors de la présence de

¹⁵⁵ Voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre III, section 1 et titre III, chapitre II, section 1.

¹⁵⁶ Voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre III, section 2.

¹⁵⁷ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre III, section 1.

¹⁵⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, *série A*, n° 168, § 91.

l'accusé lui-même, mais en présence de son défenseur¹⁵⁹. C'est, au demeurant, une pratique autorisée aussi bien en droit belge qu'italien ou néerlandais¹⁶⁰.

La mesure ne permet, toutefois, de garantir au témoin entendu de la sorte, qu'une protection extrêmement restreinte. Elle le met à l'abri, sans doute¹⁶¹, de certaines pressions qui pourraient trouver à s'exprimer à l'audience – au travers d'une attitude générale menaçante de l'accusé ou de gestes plus ou moins explicites d'intimidation – mais pour le reste, l'accusé sachant où et quand le témoin sera entendu, on ne saurait pas dire qu'elle protège celui-ci contre toute forme de violence physique ou morale.

Indépendamment même de son efficacité réduite en termes de protection – qui, à elle seule, pourrait déjà conduire à condamner la mesure – ce type de pratique ne devrait en toute hypothèse pas pouvoir être autorisé lorsqu'il s'agit d'entendre un collaborateur de justice, car il ne semble pas offrir suffisamment de garanties pour contrebalancer le risque accru d'erreur judiciaire qui paraît inhérent à ce type de témoignage¹⁶².

L'accusé seul, en effet, est véritablement en mesure de déceler les divers mensonges, erreurs ou contradictions qui se sont glissés dans le témoignage du collaborateur de justice. Seul, il paraît en mesure de réagir à chaud à ses déclarations, pour l'amener à se rétracter, ou à tout le moins à nuancer ses propos. Quels que puissent être le talent et la compétence de son conseil, il manquera toujours à ce dernier, si son client ne se trouve pas à ses côtés, des informations essentielles pour mener un interrogatoire pleinement efficace et tirer de la confrontation tout ce qu'elle paraît pouvoir offrir¹⁶³.

c. Audition sous couvert d'anonymat

Précisons d'emblée que par anonymat, nous n'entendons ici que l'anonymat complet. L'anonymat partiel, qui consiste pour un témoin à être entendu sans devoir divulguer certaines données d'état civil, telles que son adresse ou son lieu de résidence, ne paraît en effet pas soulever de difficultés particulières en termes de droits de la défense et pourrait tout à fait, nous paraît-il, être envisagé, même dans le cas de collaborateurs de justice.

¹⁵⁹ Commission eur. dr. h., déc. du 16 décembre 1981, *X c. Danemark*, req. 8395/78, D.R., vol. 27, p. 50; déc. du 10 juillet 1985, *Kurup c. Danemark*, req. n° 11219/84, D.R., vol. 42, p. 227; Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, précité, § 74.

¹⁶⁰ Voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre IV, section 2, titre II, chapitre IV, section 2, et titre III, chapitre III, section 2.

¹⁶¹ Encore que la circonstance que l'on ait fait retirer l'accusé de l'audience pourrait aussi être interprétée par le témoin comme le signe d'une attitude menaçante de ce dernier à son égard, et contribuer à l'intimider fortement.

¹⁶² Commentant la disposition de droit néerlandais qui permet d'entendre un témoin hors de la présence de l'accusé (art. 297, al. 3 Sv.), N. JÖRG et C. KELK soulignent, eux aussi, qu'il serait particulièrement peu opportun de l'appliquer dans le cas de collaborateurs de justice (*Strafrecht met mate*, Deventer, Gouda Quint, 2001, pp. 257-258: "*Verhoor van een getuige kan plaatsvinden buiten aanwezigheid van de verdachte, iets dat in het algemeen onwenselijk is, maar om psychologische redenen begrijpelijk kan zijn; wanneer bijvoorbeeld de getuige tevens slachtoffer van de verdachte is, wanneer zij/hij zich door diens aanwezigheid niet vrij voelt om de waarheid te spreken. [...] Bij voorkeur niet buiten aanwezigheid van de verdachte zal een zogenaamde kroongetuige verklaren*" – c'est nous qui soulignons).

¹⁶³ Dans le même sens, voy. B. DE SMET, "Het recht op een eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren, R.W., 1997-98, pp. 247-248: "*Een eerste mogelijkheid bestaat erin de getuige te confronteren met de raadsman van de verdachte [doch] voor zijn verdediging is de verdachte [dan] volledig afhankelijk van de bekwaamheid en de alertheid van zijn raadsman. Bovendien komt juist de verdachte het meest in aanmerking voor deelname aan het verhoor, omdat hij alleen weet wie hij voor zich heeft en welke vragen moeten gesteld worden aan de getuige*".

L'utilisation par une juridiction de jugement de témoignages anonymes pour asseoir une condamnation n'est pas nécessairement incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme. D'une lecture attentive de la jurisprudence la plus récente de la Cour de Strasbourg¹⁶⁴, il semble, bien au contraire, que l'anonymat de témoin(s) puisse être admis pour autant qu'il soit satisfait à trois conditions cumulatives.

Il faut d'abord qu'il y ait eu des motifs pertinents et suffisants de conserver l'anonymat du témoin. Peuvent constituer des justifications valables, à cet égard, tant la crainte de représailles¹⁶⁵ que les besoins opérationnels de la police qui souhaite pouvoir utiliser encore à l'avenir des agents employés à certaines activités secrètes¹⁶⁶. Il faut toutefois que les motifs invoqués aient fait l'objet d'une appréciation *in concreto*¹⁶⁷ et ne n'aient pas été fondés uniquement sur la gravité des infractions commises¹⁶⁸. 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 pouvait suffire¹⁶⁹.

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 nationales ait suffisamment compensé ces difficultés. A cette fin, la Cour exige à tout le moins que le témoin anonyme ait été entendu par un juge indépendant et impartial qui connaissait son identité et qui a pu porter une appréciation nuancée tant sur les raisons pour lesquelles le témoin voulait conserver l'anonymat que sur sa fiabilité¹⁷⁰. Il convient, par ailleurs, que la défense ait reçu 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

¹⁶⁴ Pour une analyse plus détaillée des différentes décisions rendues par la Cour européenne en matière de témoignage anonyme, voy. M.A. BEERNAERT, "L'audition de témoins sous couvert d'anonymat. Bilan et perspectives", *Custodes*, 4/2000, pp. 13-25.

¹⁶⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson*, précité, § 71 ainsi que déc. du 4 juillet 2000, *Kok c. Pays-Bas*, req. 43149/98, non publiée (cette dernière décision n'est disponible qu'en langue anglaise).

¹⁶⁶ Cour eur. dr. h., arrêts *Lüdi*, précité, § 49 et *Van Mechelen*, précité, § 57.

¹⁶⁷ Pour un cas où la Cour européenne a estimé que le sérieux et le bien-fondé des motifs invoqués par le témoin n'avaient pas été suffisamment vérifiés, voy. l'arrêt *Visser c. Pays-Bas* du 14 février 2002, §§ 47-48, *non encore publié au Recueil*.

¹⁶⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen*, précité, § 61 et décision en cause de *Kok c. Pays-Bas*, précitée.

¹⁶⁹ Ainsi, dans l'affaire *Lüdi*, 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 (§ 49) et dans l'affaire *Van Mechelen*, 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 ne puissent se croiser (§ 60).

¹⁷⁰ Voy., *a contrario*, l'arrêt *Kostovski*, précité, dans lequel étaient en cause deux témoins anonymes, l'un qui avait 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*, précité, dans lequel les deux femmes restées anonymes n'avaient été entendues que par la police.

celles qui auraient pu conduire au dévoilement de leur identité)¹⁷¹. 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'instruction¹⁷². Dans son arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, la Cour a précisé que les mesures prises auraient dû "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"¹⁷³, 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 défense¹⁷⁴, permettant à celle-ci d'observer les réactions du témoin à ses questions¹⁷⁵ et de déceler notamment tous les signaux non-verbaux émis¹⁷⁶. Entre-temps, la Cour a, toutefois, déclaré irrecevable 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*¹⁷⁷ et 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 condamnation¹⁷⁸ – 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 anonymes¹⁷⁹. On ne saurait, en particulier, admettre que les déclarations de témoins anonymes ait constitué "le seul élément de preuve identifiant formellement les accusés

¹⁷¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson*, précité. Pour rappel, la Cour estime que la Convention n'empêche pas l'identification, aux fins de l'article 6 § 3 d), d'un accusé et de son avocat (arrêt *Kamasinski*, précité).

¹⁷² Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski*, précité.

¹⁷³ Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen*, précité, § 62.

¹⁷⁴ J. DE CODT, "La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense", *Rev. trim. dr. h.*, 1998, p. 166.

¹⁷⁵ M.A. BEERNAERT, "L'audition de témoins sous couvert d'anonymat", *op. cit.*, p. 1232.

¹⁷⁶ B. DE SMET, "Het recht op een eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren", *op. cit.*, p. 251.

¹⁷⁷ Cour eur. dr. h., déc. du 4 juillet 2000, *Kok c. Pays-Bas*, précitée. 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)*".

¹⁷⁸ Dans l'affaire *Kok*, 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: "*In the Court's view, in assessing whether the procedures involved in the questioning of the anonymous witness were sufficient to counterbalance the difficulties caused to the defence due weight must be given to the above conclusion that the anonymous testimony was not in any respect decisive for the conviction of the applicant. The defence was thus handicapped to a much lesser degree*".

¹⁷⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson*, précité, § 76; arrêt *Visser*, précité, § 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).

comme les auteurs des infractions", même si la condamnation était, pour le surplus, également fondée sur des preuves provenant de sources non anonymes¹⁸⁰.

Alors que l'audition de témoins à charge sous couvert d'anonymat paraît radicalement exclue en droit italien et américain¹⁸¹, la figure du témoin anonyme est au contraire connue des systèmes belge et néerlandais¹⁸². Cela étant, tant en droit belge¹⁸³ que néerlandais¹⁸⁴, l'idée qu'une même personne pourrait cumuler les qualités de collaborateur de justice et de témoin anonyme paraît très largement condamnée, en doctrine comme dans les différents projets législatifs.

On ne peut que souscrire à cette interdiction de principe. Outre, en effet, que l'anonymat ne semble pas une mesure très efficace pour assurer la protection d'un collaborateur de justice – le contenu même de ses déclarations suffisant bien souvent à le faire identifier par ses anciens compagnons ou complices¹⁸⁵ – il s'agit, surtout, d'une mesure particulièrement problématique en termes de droits de la défense.

Le souci de préserver l'anonymat d'un témoin confronte effectivement la défense à des difficultés très importantes. Comme le relevait la Cour européenne des droits de l'homme dès son premier arrêt rendu en la matière, la nature et l'étendue des questions que la défense pourrait poser se trouveront considérablement limitées par la décision de préserver l'anonymat du ou des témoin(s)¹⁸⁶. Ceci constitue "un handicap presque insurmontable"¹⁸⁷ pour la défense: dès lors que celle-ci ignore l'identité d'un individu qu'elle essaie d'interroger, "elle peut se voir privée de précisions lui permettant d'établir qu'il est partial, hostile ou

¹⁸⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen*, précité, § 63.

¹⁸¹ Voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre IV, section 2 et titre IV, chapitre IV, section 2.

¹⁸² Voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre IV, section 2, § 5 et titre III, chapitre III, section 2, § 3.

¹⁸³ Ainsi, par exemple, dans leur recherche menée à la demande du ministre de la Justice et dont les conclusions furent présentées au Sénat en octobre 1998, P. TRAEST et T. DE MEESTER concluait qu'il convenait d'envisager "avec la plus grande prudence" la possibilité de combiner réglementation sur les repentis et anonymat des témoins (*Colloque réforme droit pénal, op. cit.*, p. 137). De manière plus tranchée encore, la proposition de loi "accordant aux repentis une immunité pénale dans le cadre de la lutte contre le crime organisé" déposée en novembre 1998 par les députés MOERMAN et DUQUESNE (*Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 1998-99, 1813/1) excluait expressément toute possibilité d'anonymat dans le chef d'un repentis (art. 10), ce que prévoit également la proposition de loi "instaurant un régime pour les collaborateurs de justice", récemment déposée par deux députés de la majorité (*Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 2001-2002, 1645/1, art. 22). Voy. toutefois l'avis du conseil des procureurs du Roi en sens contraire (*supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, section 7, § 3).

¹⁸⁴ Pour rappel, le projet de loi actuellement à l'examen au Parlement néerlandais prévoit expressément qu'il ne sera pas possible d'utiliser, pour l'audition d'un collaborateur de justice, la procédure spéciale prévue pour l'audition de témoins menacés, et que les collaborateurs de justice ne pourront donc pas être entendus sous couvert d'anonymat (voy. l'art. 226j, al. 2 Sv. en projet).

¹⁸⁵ Voy. notamment en ce sens A. BEIJER, *op. cit.*, p. 172 ("*Kroongetuigen zijn afkomstig uit hetzelfde milieu als de verdachte, vaak zullen het zelfs mededaders zijn. Maatregelen die erop gericht zijn de identiteit van de getuige verborgen te houden, hebben dan weinig zin*"), ainsi que la référence, déjà citée, à R.A. FIBBE, *op. cit.*, p. 115 ("*Alleen al gezien de zeldzaamheid en de aard van de door hem verschaft informatie [wordt de identiteit] van de kroongetuige waarschijnlijk bekend bij degene die met behulp van die informatie worden vervolgd*").

¹⁸⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski*, précité, § 42.

¹⁸⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Windisch*, précité, § 28.

indigne de foi"¹⁸⁸. En d'autres termes, "il lui manquera les renseignements nécessaires pour contrôler la crédibilité des témoins ou jeter le doute sur celle-ci"¹⁸⁹.

Or, s'agissant, dans le cas de collaborateurs de justice, de témoins dont la crédibilité peut paraître tout spécialement douteuse, de telles restrictions à un plein exercice des droits de la défense semblent inacceptables¹⁹⁰. Elles paraissent, au demeurant, difficilement compatibles avec l'exigence de transparence évoquée ci-avant (voy. *supra*, § 1).

d. Audition à distance, au travers d'une connexion audiovisuelle

L'interrogatoire à distance au moyen d'une connexion audiovisuelle est une mesure de protection de témoins préconisée à la fois par le Conseil de l'Union européenne, le Conseil de l'Europe et les Nations unies.

En son article A.8, la résolution du Conseil de l'Union du 23 novembre 1995 relative à la protection des témoins dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée internationale invite, en effet, expressément, les Etats membres à envisager d'offrir au témoin "la possibilité de déposer dans un lieu différent de celui où se trouve la personne poursuivie, par le recours, si nécessaire, à des procédés audiovisuels, et dans le respect du principe du contradictoire tel qu'il est interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme"¹⁹¹.

De son côté, le Comité des Ministres des Etats membres du Conseil de l'Europe a adopté, le 10 septembre 1997, une Recommandation R(97)13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, qui dispose, en son article 6, que "tout en respectant les droits de la défense, les témoins devraient avoir la possibilité de témoigner avec l'utilisation d'autres méthodes, de façon à ce qu'ils soient protégés contre tout risque d'intimidation pouvant résulter d'une confrontation directe avec l'accusé, par exemple en pouvant témoigner dans une salle autre que celle dans laquelle comparaît l'accusé".

La Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 décembre 2000, enfin, invite, en son article 24 (§ 2 b), les Etats membres "à prévoir des règles de preuve qui permettent aux témoins de déposer d'une manière qui garantisse leur

¹⁸⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski*, *ibid*.

¹⁸⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Windisch*, *ibid*.

¹⁹⁰ Voy. dans le même sens, A. BEIJER, *op. cit.*, p. 172: "Aan het anoniem horen van de door het OM geselecteerde kroongetuigen kleven grote bezwaren. Indien een getuige een flinke straf boven het hoofd hangt vanwege zijn eigen criminele activiteiten, is het gevaar niet denkbeeldig dat hij een verklaring aflegt die meer aan de wensen van politie en OM tegemoet komt dan dat ze op waarheid berust. Getuigen zullen liegen of de feiten verdraaien om hun eigen straf te ontlopen. De vraag is op welke wijze de verklaringen op hun betrouwbaarheid moeten worden getest. Deze vraag wordt nog dringender als een kroongetuige de mogelijkheid wordt geboden om tijdens het vooronderzoek een anonieme verklaring bij de rechter-commissaris af te leggen. De prikkel om een waarheidsgetrouwe verklaring af te leggen wordt dan kleiner, omdat er geen confrontatie tussen de verdachte en de getuige plaatsvindt. Bovendien krijgen dan rechter noch verdediging de kans de kroongetuige op een behoorlijke wijze te ondervragen". Voy. aussi les résolutions votées par l'Association internationale de droit pénal lors de son congrès de Budapest en septembre 1999. Une des résolutions adoptées précise expressément qu'un "repenti ne peut pas bénéficier de l'anonymat" (voy. la résolution 8 de la Section III, *Rev. int. dr. pén.*, 1999, p. 878).

¹⁹¹ J.O.C.E. n° C 327 du 7 décembre 1995, p. 5. A notre connaissance, la Cour européenne des droits de l'homme n'a encore jamais pris expressément position sur la question de savoir si l'audition à distance au travers d'une connexion audiovisuelle est ou non compatible avec les articles 6 § 1 et § 3 d) de la Convention, mais au vu de sa jurisprudence en matière de témoins anonymes, on peut supposer qu'elle ne condamnerait pas radicalement le procédé.

sécurité, notamment à les autoriser à déposer en recourant à des techniques de communication telles que les liaisons vidéo ou à d'autres moyens adéquats".

L'audition de témoins au travers d'une connexion audiovisuelle entraîne, certes, d'inévitables restrictions à un plein exercice du contradictoire. Une contradiction complète supposerait, en effet, que la défense ait un contact direct et immédiat avec celui ou celle qu'elle interroge. Or, en l'occurrence, un tel contact n'existe pas. Le témoin n'est effectivement pas physiquement présent dans la salle d'audience, même si les questions sont posées et les réponses données en temps réel¹⁹². Du seul fait de cette absence de confrontation physique, on peut raisonnablement supposer que les interventions de la défense perdront en charge émotive et sans doute même en efficacité¹⁹³, *a fortiori* si la transmission audiovisuelle n'est pas de bonne qualité.

En pratique, la qualité de transmission paraît très bonne pour ce qui est des auditions en circuit fermé – qui supposent, toutefois, que le lieu où se trouve la personne interrogée soit à proximité de celui où se mène l'interrogatoire. Pour les auditions en vidéoconférence, par contre, il semble que malgré les progrès techniques réalisés ces dernières années, il puisse encore subsister parfois un bref décalage dans la transmission des questions et des réponses. Même si cela fait inévitablement perdre à l'interrogatoire une partie de son "mordant"¹⁹⁴, l'essentiel paraît malgré tout sauvegardé. La défense conserve, en effet, la possibilité d'observer elle-même les réactions de la personne interrogée, d'entendre la vraie formulation des réponses données, de percevoir les éventuelles hésitations du témoin et de répliquer immédiatement à ses déclarations.

La seule valeur en cause est donc l'intérêt qu'a la défense à pouvoir être confrontée physiquement au(x) collaborateur(s) de justice qu'elle souhaite interroger. Cet intérêt est incontestable – la confrontation à l'audience permettant une défense plus incisive que l'interrogatoire à distance – certainement lorsque le témoin à interroger est un collaborateur de justice, dont la fiabilité est, par hypothèse, tout particulièrement douteuse, mais il ne saurait être considéré comme suffisamment important que pour l'emporter sur le droit à une protection effective des témoins menacés. L'intérêt qu'a la défense à interroger le collaborateur de justice au cours d'un véritable face-à-face physique, pourrait donc être légitimement sacrifié à la valeur supérieure¹⁹⁵ de la protection des témoins, pour autant que ce sacrifice soit absolument nécessaire à la sécurité du témoin en cause.

¹⁹² Il y a donc, en quelque sorte, unité de temps mais non de lieu.

¹⁹³ En ce sens, voy. notamment G.P. VOENA, *op. cit.*, p. 105 ("*alla difesa risulta precluso instaurare quel rapporto immediato con la fonte di prova che è ritenuto correntemente uno dei migliori strumenti per un efficace vaglio sull'attendibilità della dichiarazione*"), ainsi que F. SIRACUSANO, "Videoconferenza e telesame nella giurisprudenza della Corte europea di diritti dell'uomo", *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, éd. par E. Zappalà, Milan, Giuffrè, 1999, pp. 213-214 ("*Anche il più sofisticato sistema di collegamento a distanza tra aula d'udienza e postazione remota provocherebbe [...] una compressione dei diritti della difesa. Pregiudicati ne risulterebbero, in ogni caso [...] l'efficacia stessa degli interventi difensivi, la cui incisività è direttamente proporzionale all'immediata percezione anche degli aspetti non verbali della comunicazione e alla tensione emotiva, che risulta irrimediabilmente stemperata dal collegamento audiovisivo*").

¹⁹⁴ Voy. en ce sens L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 111: "*tranne che nei collegamenti 'a circuito chiuso' (possibili però solo ove le due postazioni da collegare siano limitrofe), il distacco temporale fra la formulazione delle domande e la percezione delle stesse nella postazione dell'esaminando sicuramente non consente la conduzione di un controesame effettivamente incalzante*".

¹⁹⁵ Rappelons que, dans un sens similaire, la Cour suprême américaine, tout en reconnaissant que la *Confrontation Clause* garantit à l'accusé le droit d'être confronté physiquement avec les témoins à charge, a néanmoins admis que ce droit soit sacrifié dans certains cas au profit d'autres intérêts publics d'importance

Une telle nécessité devrait toujours faire l'objet d'une appréciation *in concreto* et ne saurait être fondée, de manière générale, sur la seule gravité des infractions qu'il s'agit de juger¹⁹⁶. Par ailleurs, on ne saurait jamais autoriser que le sacrifice minimal requis. Ainsi, par exemple, on n'admettra pas que le collaborateur de justice interrogé à distance au moyen d'une connexion audiovisuelle ait le visage dissimulé, à moins que cette mesure n'apparaisse absolument nécessaire à sa protection (ce qui, en pratique, ne devrait être le cas que s'il a subi une opération de chirurgie esthétique ou si son apparence physique n'est pas connue des accusés en cause).

§ 3. Egalité des armes

L'égalité des armes suppose que les parties au procès pénal reçoivent un égal pouvoir d'initiative pour faire apparaître la vérité¹⁹⁷. Sans s'identifier nécessairement à une égalité mathématique entre les parties, elle garantit un juste équilibre entre l'accusation et la défense, laquelle doit avoir "une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire"¹⁹⁸.

La notion d'égalité des armes paraît donc être une notion relative par essence¹⁹⁹, qui n'implique pas nécessairement que la défense dispose toujours des mêmes moyens de contrainte que l'accusation. Dans le cas du témoignage d'un collaborateur de justice, toutefois, elle paraît devoir jouer strictement. S'agissant de déclarations récompensées par l'accusation et dont la crédibilité peut, de ce fait même, paraître particulièrement douteuse, la défense devrait, en effet, pouvoir contester la fiabilité du témoignage en cause en disposant, si nécessaire, des mêmes armes que le parquet.

On ne saurait donc, nous paraît-il, admettre que l'Etat promette à un collaborateur de justice une forme plus ou moins étendue d'impunité en échange de son témoignage à charge de certains autres accusés, si la défense ne reçoit pas, corrélativement, la possibilité de faire

supérieure. A ce jour, toutefois, le seul intérêt public dont elle ait considéré qu'il devait l'emporter sur le droit à une confrontation en face-à-face est celui de la protection de victimes mineures d'âge (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre IV, section 2).

¹⁹⁶ Voy. *mutatis mutandis*, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de témoins anonymes, *supra*, point (c).

¹⁹⁷ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *op. cit.*, p. 807.

¹⁹⁸ Pour reprendre une expression désormais classique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En ce sens, voy. notamment Cour. eur. dr. h., arrêt *Dombo Beheer c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, série A, n° 274, § 33; arrêt *Hentrich c. France* du 22 septembre 1994, série A, n° 296-A, § 56; arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-II, p. 359, § 47; arrêt *Ankerl c. Suisse* du 23 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, pp. 1567-1568, § 38; arrêt *Niderhöst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I, p. 107, § 23; arrêt *Foucher c. France* du 18 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II, p. 465, § 34; arrêt *Werner c. Autriche* du 24 novembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-VII, p. 2513, § 63; arrêt *Morel c. France* du 6 juin 2000, *non encore publié au Recueil*, § 27; arrêt *Coëme et autres c. Belgique* du 22 juin 2000, *non encore publié au Recueil*, § 102; arrêt *Platakou c. Grèce* du 11 janvier 2001, *non encore publié au Recueil*, § 47; arrêt *Kress c. France* du 7 juin 2001, *non encore publié au Recueil*, § 72.

¹⁹⁹ Dans le même sens, voy. notamment J. RAYMOND, "L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et la loi pénale nationale", *Droit pénal européen*, Bruxelles, P.U.B., 1970, p. 103, ainsi que A. SADZOT, "L'égalité des armes et la contradiction dans le procès pénal", *Les droits de la défense*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 1997, p. 137.

immuniser d'éventuels témoins à décharge, chaque fois que cela paraît nécessaire pour lui permettre de réfuter les accusations ainsi formulées²⁰⁰. En d'autres termes, lorsqu'un témoin à charge est pénalement récompensé pour son témoignage et que la personne mise en cause n'a, pour prouver son innocence, d'autre possibilité que de faire entendre une personne qui pourrait contredire le témoignage en question, mais qui, ce faisant, s'incriminerait elle-même, la défense doit, nous semble-t-il, recevoir la possibilité de faire immuniser ce témoin à décharge par le tribunal²⁰¹. L'impunité qui serait, en pareils cas, reconnue à l'auteur d'une infraction par hypothèse relativement grave – suffisamment grave, à tout le moins, pour avoir, à l'origine, permis le recours au système des collaborateurs de justice – nous paraît justifiée dès lors qu'elle doit permettre d'éviter, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles²⁰², que l'accusé initialement mis en cause ne soit condamné pour une infraction qu'il n'aurait pas commise.

A l'encontre d'une telle possibilité pour la défense de faire immuniser d'éventuels témoins à décharge, certains ont évoqué l'existence de risques de collusion, l'idée défendue étant que les accusés pourraient facilement obtenir de comparses des faux témoignages les disculpant, puisque, même s'ils devaient s'accuser d'infractions qu'ils n'auraient jamais commises, ces derniers auraient de toute façon la garantie d'être à l'abri des poursuites²⁰³. C'est perdre de vue, nous semble-t-il, qu'une telle garantie n'est jamais absolue. Il va de soi, en effet, que les comparses en cause pourraient être poursuivis pour faux témoignage. Et rien, en réalité, ne semble permettre de considérer que le risque de collusion serait plus important entre la défense et d'éventuels témoins à décharge, qu'entre l'accusation et un ou plusieurs collaborateur(s) de justice.

§ 4. Corroboration

A l'exception du système fédéral américain²⁰⁴, tous les systèmes juridiques que nous avons analysés connaissent²⁰⁵, ou – là où la législation n'est encore qu'à l'état de projet –

²⁰⁰ *Contra*, voy. le ministre de la Justice néerlandais qui, lors des débats parlementaires sur le projet de loi "toezegingen aan getuigen in strafzaken", s'est exprimé comme suit: "In het begrip equality of arms acht ik niet begrepen dat op grond daarvan aan de verdediging de mogelijkheid zou moeten worden geboden om getuigen à décharge strafvermindering te bieden. Het begrip impliceert evenmin dat aan de verdediging hetzelfde onderzoekapparaat of een van vergelijkbare omvang ter beschikking moet worden gesteld als aan het openbaar ministerie. Van belang is dat de verdediging ten overstaan van de rechter binnen redelijke grenzen de betrouwbaarheid van het verzamelde (bewijs)materiaal aan de orde moet kunnen stellen" (Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 294, nr. 16, p. 6).

²⁰¹ Ainsi par exemple, si un collaborateur de justice accuse un prévenu d'un meurtre qui a en réalité été commis par une troisième personne, le prévenu qui souhaite faire entendre cette dernière doit pouvoir lui garantir qu'elle ne sera pas poursuivie suite à son témoignage.

²⁰² Dans la mesure où – comme nous le verrons au paragraphe suivant – les dires d'un collaborateur de justice doivent, nous paraît-il, nécessairement être corroborés par d'autres éléments de preuve pour fonder une éventuelle condamnation, on peut supposer que ce n'est, en effet, que dans des cas tout à fait exceptionnels que l'accusé risquerait de se voir condamner pour une infraction qu'il n'aurait pas commise, faute de pouvoir faire immuniser un témoin à décharge.

²⁰³ Voy., notamment, à ce propos, les débats qui ont porté, aux Etats-Unis, sur la *defense witness immunity* (*supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre II, section 4).

²⁰⁴ Pour rappel, même si le système fédéral paraît réticent à imposer en la matière une stricte obligation de corroboration, la pratique est malgré tout d'inviter les jurés à une particulière prudence lorsqu'il s'agit d'apprécier le témoignage d'un complice (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre III, section 2, § 3).

²⁰⁵ Voy. en particulier l'article 192, alinéas 3 et 4 du Code de procédure pénale italien (*supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre III, section 3).

envisagent d'introduire²⁰⁶, la règle selon laquelle une condamnation ne saurait jamais être fondée sur les seuls dires d'un collaborateur de justice, lesquels doivent, au contraire, nécessairement être corroborés par d'autres éléments de preuve²⁰⁷. La nécessaire corroboration des déclarations d'un collaborateur de justice par d'autres éléments de preuve est également une des conditions imposées dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, pour que de telles déclarations puissent constituer des raisons plausibles de soupçonner une personne au sens de l'article 5 de la Convention²⁰⁸, ou contribuer à fonder une condamnation qui soit équitable au regard de l'article 6 de la Convention²⁰⁹.

Une telle règle ne peut qu'être approuvée. Impliqué en principe dans les faits qu'il dénonce, le collaborateur de justice devrait, en effet – si du moins il est sincère – pouvoir conduire les enquêteurs à la découverte d'éléments de preuve objectifs qui viennent confirmer ses accusations. S'agissant, nous l'avons vu, d'une catégorie spécifique de témoins dont le degré de crédibilité peut sembler particulièrement faible, il serait, en toute hypothèse, nécessaire d'interdire au juge pénal de condamner une personne sur la seule foi des dires d'un tel témoin. Ou même de plusieurs d'entre eux. Il ne paraît pas souhaitable, en effet, que les preuves corroborantes puissent consister dans le témoignage d'un ou plusieurs autre(s) collaborateur(s) de justice. On sait qu'en droit italien, la jurisprudence majoritaire l'autorise, pour autant, à tout le moins, que l'on puisse écarter l'hypothèse d'une concertation ou d'influences réciproques entre les collaborateurs en question²¹⁰. Mais, à supposer même

²⁰⁶ Pour rappel, la proposition de loi belge instaurant un régime pour les collaborateurs de justice prévoit expressément que, pour pouvoir fonder une condamnation, les dires d'un collaborateur de justice devront être corroborés dans une mesure importante par d'autres moyens de preuve. Une règle similaire était déjà prévue dans les conclusions de la recherche menée par P. TRAEST et T. DE MEESTER, de même que dans le cadre de la proposition de loi "accordant aux repentis une immunité pénale dans le cadre de la lutte contre le crime organisé" déposée en novembre 1998 par les députés MOERMAN et DUQUESNE (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, sections 2, 4 et 7).

De son côté, le projet de loi actuellement à l'examen au Parlement néerlandais prévoit également qu'une déclaration de culpabilité ne pourra jamais reposer exclusivement sur les déclarations d'un collaborateur de justice (voy. l'art. 344a, al. 2 Sv. en projet, *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre IV, section 4).

²⁰⁷ Signalons encore que la même règle a été adoptée par l'Association internationale de droit pénal lors de son congrès de Budapest, en septembre 1999. Une des résolutions votées prévoit en effet expressément qu'"un inculpé ne saurait être condamné sur la seule base de la déposition de repentis" (voy. la résolution 8 de la Section III, *Rev. int. dr. pén.*, 1999, p. 878).

²⁰⁸ Voy. en ce sens l'arrêt *Labita c. Italie* du 6 mai 2000, précité, dans lequel la Cour a précisé que "si les déclarations de 'repentis' peuvent valablement fonder, à son début, la détention de l'intéressé, elles perdent nécessairement de leur pertinence au fil du temps, particulièrement si la progression des investigations ne permet de déceler aucun élément de preuve ultérieur" (*Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 121, § 159).

²⁰⁹ Voy. en ce sens les différentes décisions rendues sur cette question par l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme (références citées *supra*, note 139). Dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*, la Commission a ainsi souligné que la cour d'appel avait soigneusement examiné "si les dires du témoin avaient été confirmés"; dans l'affaire *Salmon Meneses c. Italie*, elle a précisé que "*the Italian courts had examined the evidence before them thoroughly and had come to the conclusion that the statements made by C.M. were corroborated by other evidence*"; dans l'affaire *Flanders c. Pays-Bas*, elle a rappelé que "*the trial courts did not base the applicant's conviction solely on the statements by N.N. and K.J.*"; et dans l'affaire *Baragiola c. Suisse*, elle a insisté sur le fait qu'il ressortait "de l'arrêt de la cour d'assises que la constatation de la culpabilité du requérant s'appuya[it] sur un ensemble d'éléments de preuve que la cour d'assises a[vait] examiné avec soin".

²¹⁰ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre III, section 3, ainsi que C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 587: "*la giurisprudenza prevalente, con il conforto del tenore letterale dell'art. 192 c.p.p., ritiene sufficiente, ai fini della condanna, una pluralità di chiamate di correo, sempre che queste siano convergenti e non siano frutto di accordi tra i collaboratori*".

qu'une telle collusion puisse être exclue avec certitude (ce qui paraît à peu près impossible à garantir en pratique), il n'en demeurerait pas moins qu'à admettre de tels témoignages croisés de collaborateurs de justice, un accusé pourrait se retrouver condamné sur la seule base de déclarations qui restent intrinsèquement hautement sujettes à caution²¹¹.

La portée de l'interdiction de condamner sur la seule base des déclarations de collaborateurs de justice doit toutefois être bien comprise. Elle vient, incontestablement, apporter une certaine atténuation au principe de l'intime conviction du juge pénal, mais sans le supprimer totalement pour autant. Le principe de l'intime conviction veut, en effet, que le juge puisse apprécier librement la valeur probante des éléments de preuve produits devant lui, sans être lié par certaines preuves plutôt que d'autres²¹², et sans être, ni tenu de déclarer les faits établis en présence d'éléments de preuve prédéterminés (système des preuves légales positives), ni, inversement, empêché de le faire en l'absence de certains éléments de preuve spécifiques (système des preuves légales négatives)²¹³. Or, en l'occurrence, interdiction serait faite au juge de condamner les personnes mises en cause par un collaborateur de

²¹¹ Voy., *mutatis mutandis*, le débat similaire auquel a donné lieu, en droit belge, la problématique des témoins anonymes. Le texte initialement adopté par la Chambre et transmis au Sénat permettait qu'à tout le moins devant les tribunaux correctionnels et de police, une condamnation soit fondée sur la seule base d'une pluralité de témoignages anonymes convergents. Le dernier alinéa de l'article 189bis que le projet adopté par la Chambre en juillet 2001 prévoyait d'insérer dans le Code d'instruction criminelle était, en effet, libellé comme suit: "Les témoignages qui ont été obtenus en application des articles 86bis et 86ter ne peuvent être pris en considération comme preuves que pour autant qu'ils soient largement corroborés par d'autres moyens de preuve, à moins que la décision judiciaire n'indique les raisons, propres à la cause, qui justifient la preuve par différents témoins anonymes" (*Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 2000-2001, 1185/13). Le Sénat a toutefois amendé le projet sur ce point et, dans le texte renvoyé à la Chambre, le dernier alinéa de l'article 189bis a été rerédigé comme suit: "La condamnation d'une personne ne peut être fondée de manière exclusive, ni dans une mesure déterminante, sur des témoignages anonymes obtenus en application des articles 86bis et 86ter. Ces derniers doivent être corroborés dans une mesure déterminante par des éléments recueillis par d'autres modes de preuve" (*Doc. Parl.*, Sénat, S.O. 2001-2002, 2-876/9).

²¹² Le "recours à la conscience du juge en vue d'obtenir son intime conviction" ne lui permet toutefois pas de se fonder sur "de pures impressions ou sur des sentiments personnels, affranchis de toute contrainte" (A. RACHED, *De l'intime conviction du juge*, Paris, Pedone, 1942, p. 147). Le principe de l'intime conviction est, à cet égard, parfois mal compris et dénaturé en principe discrétionnaire propre à justifier l'arbitraire des juges. Or, il ne dispense pas le magistrat de l'obligation de puiser sa conviction dans les preuves rapportées, ni du devoir de se livrer, par rapport à celles-ci, à un "travail d'intelligence" (*ibid.*, p. 148). Pour reprendre la célèbre formule de R. LEGROS, "la conviction n'est pas une preuve" mais doit être "l'effet d'une preuve" ("La preuve légale en droit pénal", *J.T.*, 1978, p. 590). Notons, toutefois, que l'auteur ne défendait cette formule que pour les juridictions pénales siégeant sans jury et considérait, par contre, que devant la cour d'assises la conviction vaut preuve. Cette idée, reprise parfois par d'autres auteurs (voy. notamment C. PERELMAN, "Essai de synthèse", *La preuve en droit*, sous la direction de Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 362) nous semble incorrecte: comme le souligne P. TRAEST (*op. cit.*, p. 171), de la propre formule de l'article 342 du Code d'instruction criminelle qui précise que "la loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus", il apparaît clairement que le jury, à l'instar de n'importe quel autre juge, doit fonder sa conviction sur des moyens de preuve. Il est vrai, par contre, qu'en pratique, dès lors que le verdict ne doit, ni ne peut, être motivé et que le jury répond par monosyllabes aux questions qui lui sont posées sans avoir à se justifier (P. HENRY, "De l'intime conviction", *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1985, p. 204), "à la manière d'un oracle chez qui la logique et la raison seraient absentes" (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, *op. cit.*, p. 167), l'on peut craindre que, le principe de la preuve par intime conviction ne soit détourné de son véritable sens et ne débouche sur l'omnipotence et l'arbitraire des jurés.

²¹³ La distinction entre *positief-wettelijke stelsels* et *negatief-wettelijke stelsels* est notamment formulée par W.L. BORST et J.F. NUBOER, *Inleiding tot het strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi, 1986, p. 18, et par P. TRAEST, *op. cit.*, p. 165-166. Le second système est évidemment plus favorable à l'accusé mais il tombe dans le même travers épistémologique que le premier: il prétend déterminer *a priori*, de manière générale et abstraite, la crédibilité de certains modes de preuve (L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 128).

justice sur la seule base des dires de celui-ci, et ce même s'il est intimement convaincu par les accusations formulées. C'est là, très certainement, une atteinte à son pouvoir d'appréciation en principe souverain. Contrairement à ce qui se passe dans un système de preuves légales négatives, cela dit, il ne s'agit pas, en l'espèce, de conditionner la condamnation à la production de certains types de preuves définis, mais simplement à la production d'éléments de preuve indépendants *quels qu'ils soient*²¹⁴ qui viennent confirmer les propos du collaborateur de justice²¹⁵.

A peine de vider rapidement la règle de tout contenu, il faudrait, par contre, qu'il s'agisse d'une corroboration au sens strict du terme: pour chaque épisode criminel auquel il est fait référence, les autres éléments de preuve indépendants produits devraient confirmer, non seulement qu'une infraction a été commise, mais également que le prévenu ou l'accusé mis en cause par le collaborateur de justice y a pris part.

§ 5. Motivation

Parmi les différents systèmes juridiques analysés, seul le système néerlandais impose une obligation de motivation spécifique au juge pénal qui entend prendre en compte les dires d'un collaborateur de justice pour fonder une condamnation: le juge devrait examiner de manière critique la crédibilité de ce témoin d'un genre particulier et rendre compte de cet examen dans sa décision²¹⁶.

Même si elle peut à première vue sembler assez formelle, une telle exigence nous paraît malgré tout constituer une garantie supplémentaire entourant la prise en compte des dires d'un collaborateur de justice et mériter, à ce titre, d'être retenue.

L'exigence de motivation contraint, en effet, le juge "à un effort intellectuel de raisonnement qui limite le caractère impulsif et sentimental"²¹⁷ que pourrait avoir sa délibération. Elle "permet de vérifier si le magistrat a examiné soigneusement les moyens qui lui étaient soumis"²¹⁸ et, en ce sens, elle concourt à garantir la rationalité de la décision du juge, dont elle constitue le "prolongement juridique"²¹⁹.

En obligeant le juge à rendre compte du cheminement intellectuel qui l'a mené à sa conviction, en l'astreignant à préciser les raisons pour lesquelles il estime devoir accorder foi aux dires du collaborateur de justice, de même que les motifs qui lui font écarter les

²¹⁴ Sous la seule réserve, exprimée ci-dessus, du témoignage d'un autre collaborateur de justice.

²¹⁵ Pour une appréciation critique de l'exigence de corroboration, même non assortie d'une énumération limitative des éléments de preuve qui pourraient être retenus à cette fin, voy. toutefois, P. FERRUA, *op. cit.*, p. 591: "*In un processo fondato sul contraddittorio, è compito del legislatore dettare precise regole di esclusione probatoria, mentre non occorre alcun criterio legale di valutazione, se si eccettua quello, già implicito nel sistema, che la colpevolezza sia provata al di là di ogni ragionevole dubbio; qual è il valore di ogni singola prova, nel contesto di tutto il materiale legittimamente acquisito al processo, può dirlo solo il giudice secondo le regole della logica, della scienza e dell'esperienza corrente, troppo complesse e sfumate per essere cristallizzate in formule legali*".

²¹⁶ Initialement formulée par le Hoge Raad dans sa jurisprudence relative aux *kroongetuigen* (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre II, section 2, § 4), cette exigence a été reprise dans le cadre du projet de loi actuellement à l'examen au Parlement (voy. l'art. 360 Sv. en projet, *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre IV, section 4).

²¹⁷ P. HENRY, *op. cit.*, p. 235.

²¹⁸ J. CONSTANT, "Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive", *Rev. dr. pén. crim.*, 1970-71, p. 283.

²¹⁹ D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997, p. 408

éventuels éléments qui pourraient aller en sens contraire, cette exigence de motivation nous paraît, à l'instar des autres garanties évoquées ci-dessus, pouvoir, au moins dans une certaine mesure, concourir à réduire les risques d'erreur judiciaire.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B - 1348 LOUVAIN - LA - NEUVE

Conclusion

Intuitivement, chacun pressent que le fait de dénoncer ses complices ou compagnons de détention est un comportement à tout le moins moralement *suspect*. A y regarder de plus près, toutefois, il semble que l'appréciation morale que l'on peut porter sur ce type de comportement, et les conséquences que l'on peut en tirer au niveau d'une appréciation de la légitimité de la mesure de politique pénale en cause, dépendront du modèle éthique que l'on mobilise.

Dans la mesure où elle sera, bien souvent, dictée par des mobiles intéressés, dans la mesure où elle pourrait être mensongère, dans la mesure, enfin et surtout, où elle apparaît comme une forme de trahison et l'expression d'une rupture de la solidarité, la dénonciation faite par un collaborateur de justice semblera vraisemblablement, aux yeux des tenants d'une éthique déontologique, s'apparenter à une forme de délation moralement condamnable. Cela devrait, en principe, les conduire à proscrire radicalement la mesure de politique pénale consistant à récompenser la collaboration procédurale, peu importe que la collaboration ainsi récompensée soit à portée *répressive*, *préservative* ou *limitative*, et quelle que puisse être, par ailleurs, l'efficacité éventuelle de la mesure.

Pour les tenants d'une éthique utilitariste, le raisonnement risque d'être tout autre. Indifférent à la question des mobiles et des motivations, disposé à accepter un certain risque d'erreurs judiciaires pour autant qu'elles restent suffisamment exceptionnelles et estimant vraisemblablement que la solidarité entre délinquants ne saurait être considérée comme une vertu à protéger, l'utilitariste ne verra sans doute pas d'objection morale à recourir aux collaborateurs de justice si cela paraît nécessaire pour assurer la répression pénale (collaboration à portée strictement *répressive*) et, sans doute plus encore, si cela doit permettre d'éviter la commission de certaines infractions qui s'annoncent (collaboration à portée *préservative* ou *limitative*).

Dans une approche plus dialectique de l'éthique, enfin, l'appréciation sera moins tranchée. Tout en considérant que la dénonciation faite par un collaborateur de justice peut, effectivement, paraître moralement blâmable en tant qu'elle constitue une forme de trahison et est dictée, bien souvent, par la seule opportunité personnelle, tout en reconnaissant qu'elle pourrait, de surcroît, être calomnieuse, ce qui la rendrait plus condamnable encore, on admettra malgré tout que, moyennant certaines garanties spécifiques, l'interdiction morale de la délation puisse céder devant d'autres exigences et que la collaboration procédurale puisse être encouragée par le système pénal, si cela paraît approprié (principe d'*adéquation*)²²⁰ et indispensable (principe de *nécessité*)²²¹ pour assurer la sauvegarde de valeurs jugées plus fondamentales encore (principe de *proportionnalité externe*, entendu *sensu stricto*). Les valeurs en question pourraient, selon les cas, être concrètement et actuellement menacées (collaboration à portée *préservative* ou *limitative*), ou l'être moins directement (collaboration à portée *répressive*) et il semble qu'elles pourront plus souvent l'emporter sur celles qui sont protégées par l'interdit pénal de la délation dans le premier cas que dans le second. Dans tous les cas de figure, cela dit, la détermination précise des infractions qui paraissent mettre en jeu des valeurs suffisamment importantes pour justifier le recours aux collaborateurs de justice nous paraît devoir faire l'objet d'un authentique débat

²²⁰ Ce qui suppose que l'on démontre que, là où elle a été appliquée, la mesure s'est avérée efficace.

²²¹ Ce qui suppose que l'on démontre qu'il y a certaines formes de criminalité face auxquelles les techniques d'enquête plus traditionnelles – et moins contestables moralement – semblent totalement inopérantes, au moins dans l'état actuel des choses. Cette condition plaide donc en faveur d'une durée d'application limitée dans le temps pour la mesure de politique pénale en cause, qui devrait rester "sous surveillance" et faire l'objet de réévaluations périodiques.

démocratique et ne pas pouvoir être abandonnée à la seule appréciation du parquet. Encore faudrait-il, en toute hypothèse, qu'avant d'appliquer la mesure en question dans un cas d'espèce donné, l'on s'assure qu'elle doit permettre (principe de *pertinence*) d'élucider une infraction qui ne pourrait pas l'être par d'autres moyens d'investigation (principe de *subsidiarité*).

A côté de la question du caractère moralement suspect de la dénonciation faite par un collaborateur de justice, se pose également celle de la pression à laquelle le collaborateur est soumis. Dans quelle mesure peut-il être légitime d'exercer une forme de coercition sur un accusé pour obtenir des aveux, ou sur un témoin récalcitrant pour obtenir des révélations? Ici également, tout dépendra de l'approche éthique que l'on met en œuvre.

Au nom d'un strict respect de la dignité humaine et de la liberté d'expression, les tenants d'une éthique de type déontologique considéreront vraisemblablement que l'on ne saurait admettre que les autorités cherchent – de quelque façon et dans quelque mesure que ce soit – à influencer le libre choix d'un accusé ou d'un témoin de collaborer ou non avec la justice.

Au nom de l'utilité générale, les tenants d'une éthique téléologique accepteront, par contre, sans doute, que l'on exerce des pressions, même très importantes, sur l'accusé ou le témoin, pour autant qu'elles restent limitées à ce qui apparaît strictement nécessaire à la sauvegarde du bien commun.

Dans un modèle plus dialectique, enfin, tout en condamnant les pratiques qui consistent à *sanctionner*, directement ou plus indirectement²²², le refus, dans le chef d'un collaborateur potentiel, de coopérer avec la justice, on admettra par contre qu'un système pénal *récompense* la collaboration avec la justice, pour autant que l'on puisse encore parler, dans le chef du collaborateur, d'une renonciation libre et éclairée à son droit au silence²²³ et que les risques inhérents à cette renonciation soient contrebalancés par des garanties spécifiques²²⁴.

Reste, enfin, la question, pour partie distincte, de la crédibilité du collaborateur de justice. Pour divers motifs, et notamment en raison des pressions inévitables qui sont exercées à son encontre, le témoignage d'un collaborateur de justice semble être un mode de preuve particulièrement fragile. Cela doit-il conduire, pour autant, à condamner le système? Tout dépendra, ici comme ailleurs, du modèle éthique que l'on mobilise.

Dans toute sa rigueur, l'approche déontologique devrait conduire à condamner tout mode de preuve dont l'infailibilité n'est pas garantie. Sans aller jusque là, les tenants d'une telle conception éthique condamneront très vraisemblablement le recours aux collaborateurs de justice comme étant un mode de preuve que l'Etat paraît contribuer à rendre particulièrement peu fiable.

Les utilitaristes, par contre, raisonneront sans doute tout différemment. Partant de l'idée qu'aucun mode de preuve n'offre de certitude absolue, mais que l'on ne saurait pas, pour autant, renoncer à rendre justice, ils considéreront vraisemblablement qu'il faut bien se

²²² Le refus, dans le chef d'un collaborateur potentiel, de coopérer avec la justice, peut être indirectement sanctionné si l'on majore la peine applicable au délinquant qui refuse de collaborer au-delà que ce qui aurait constitué une "juste" sanction de l'infraction commise.

²²³ Ce qui suppose que l'avantage qu'il sera en droit d'obtenir en échange de sa collaboration présente un caractère mesuré, certain et irrévocable, que des garanties lui soient offertes quant au risque éventuel de poursuites à l'étranger, et qu'il soit assisté d'un avocat dès qu'il a manifesté son intention de collaborer.

²²⁴ Ce qui suppose que l'on prévoit que le collaborateur de justice ne pourra jamais être condamné sur la base de son seul aveu, et que l'Etat veille à garantir la sécurité du collaborateur.

contenter de modes de preuve qui ne sont pas formellement infaillibles et confier, pour le surplus, au juge le soin de faire, dans chaque cas d'espèce, la part des choses entre ce qui est fiable et ce qui ne l'est pas. Appliquant ce raisonnement au témoignage du collaborateur de justice, ils reconnaîtront probablement que celui-ci présente plus de risques que d'autres modes de preuve – eu égard, notamment et surtout, au fait qu'il est pénalement récompensé par l'Etat – mais ils estimeront sans doute que ces difficultés particulières doivent être tolérées, au moins aussi longtemps qu'elles restent dans des proportions acceptables – ce qui au vu des chiffres disponibles paraît être le cas – s'il s'agit de lutter contre certaines formes de criminalité pour lesquelles il semble qu'à défaut de mettre en œuvre un tel procédé, on serait confronté à des situations d'impunité intolérables.

Dans une approche qui s'efforce de faire droit à la nécessaire tension qui paraît devoir exister entre une éthique strictement déontologique et une éthique de type téléologique, la conclusion sera nécessairement plus nuancée. Il ne suffit pas, en effet, dans un tel modèle, que soit démontrée l'utilité, ni même la nécessité du recours aux collaborateurs de justice pour lutter contre certaines formes de criminalité. Il faut encore que soit assurée l'intégrité de la justice pénale et que le risque d'erreur judiciaire soit réduit autant que faire se peut. S'agissant, en l'occurrence, d'une technique probatoire dont la fiabilité peut paraître particulièrement douteuse, on appliquera, non pas un principe d'*exclusion* – qui serait vraisemblablement prôné par les tenants d'une stricte éthique déontologique – mais, à tout le moins, un principe de *suspicion*. On n'admettra, dès lors, le témoignage d'un collaborateur de justice qu'en l'assortissant de garanties spécifiques, destinées à contrebalancer les risques accrus qui semblent inhérents à ce mode de preuve.

Il faudra, en particulier, veiller à ce que soit assurée une pleine transparence quant aux conditions dans lesquelles le témoignage du collaborateur de justice a été obtenu, à ce que l'accusé ait la possibilité d'être confronté au collaborateur de justice qu'il doit pouvoir interroger directement et personnellement, à ce que la défense reçoive la possibilité de faire "immuniser" d'éventuels témoins à décharge chaque fois que cela paraît nécessaire pour lui permettre de contester effectivement le témoignage à charge du collaborateur de justice, à ce que les déclarations du collaborateur de justice soient, pour chaque épisode criminel et pour chaque prévenu mis en cause, corroborées par des éléments de preuve indépendants, et à ce que le juge motive spécifiquement sa décision, en rendant compte des raisons pour lesquelles il estime devoir prêter foi au témoignage du collaborateur de justice²²⁵.

²²⁵ Dans un sens assez proche de nos conclusions, voy. E. MANUNZA et B.J. KOOPS, "Garanties voor de betrouwbaarheid van kroongetuigen", *D. & D.*, 1998, pp. 768-785. Les deux auteurs estiment que "*de betrouwbaarheid van kroongetuigen kan voldoende worden gewaarborgd door een adequate wettelijke regeling*" (p. 768) et insistent en particulier sur deux garanties: "*dat alleen verklaringen mogen worden gebruikt waar de verdediging het ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen*" et "*dat de verklaring steun vindt in onafhankelijk steunbewijs*" (pp. 783-784).

Titre III. Y a-t-il une place légitime pour les collaborateurs de justice en droit pénal?

Introduction

Après nous être, au fil du titre précédent, demandé s'il peut y avoir une place légitime pour les collaborateurs de justice dans le procès pénal, nous allons, tout au long de ce titre-ci, nous attacher à la même question dans le champ du droit pénal, cette fois.

Il s'agira, en l'occurrence, d'interroger cette sorte de compensation qui est opérée entre la collaboration prêtée et la peine finalement encourue par le délinquant collaborateur, et d'apprécier s'il peut être légitime de réduire – voire de supprimer – la peine normalement applicable à l'auteur d'une infraction déterminée en fonction d'un comportement de coopération à l'administration de la justice .

La question nous obligera, d'abord, à nous attarder sur la problématique des finalités de la sanction pénale, afin d'apprécier si – et, le cas échéant, dans quelle mesure – la collaboration à l'administration de la justice peut être un critère susceptible d'entrer en ligne de compte dans le processus d'individualisation des peines (I).

Nous nous attarderons ensuite sur le fait que tous les auteurs d'infractions ne semblent pas avoir la possibilité de collaborer utilement – et par là-même d'échapper à tout ou partie de la peine qu'ils auraient normalement dû encourir – et nous nous demanderons s'il n'y a pas là une violation particulière des principes d'égalité et de non-discrimination (II).

Chapitre I. Y a-t-il place pour la collaboration procédurale au nombre des paramètres légitimes à prendre en compte dans l'individualisation des peines?

En échange de sa coopération, le collaborateur de justice bénéficiera d'une réduction de peine, plus ou moins étendue selon les cas. Quelle que soit son étendue, cette réduction de peine interpelle et pose question. Est-elle, peut-elle être légitime?

La question est paradoxale à certains égards car, traditionnellement, c'est l'institution de la peine elle-même que l'on estime devoir justifier. Violence programmée et légale qui vient s'ajouter à la violence du délit¹ au mépris d'une règle morale fondamentale – ne pas faire souffrir autrui, ne pas lui porter préjudice² – la peine a, de fait, besoin d'être légitimée. Mais il nous semble qu'il y a toutefois lieu, à cet égard, de distinguer différents niveaux de questionnement.

Une chose est de justifier – ou, au contraire, de dénoncer comme injustifiable – l'institution pénale en tant que telle. Autre chose est de prendre acte de l'existence d'un système pénal que l'on n'entend pas remettre en question – non pas que sa légitimité nous paraisse certaine, mais simplement parce que tel n'est pas l'objet de notre analyse – et de s'interroger plutôt sur les différences de traitement qui sont à l'œuvre au sein même de ce système pénal.

C'est dans cette seconde perspective que nous nous inscrivons, partant, plus précisément, du constat que lorsqu'on choisit de récompenser pénalement la collaboration procédurale, la peine encourue par le délinquant collaborateur est moindre que celle appliquée à l'auteur d'une infraction en tous points identique qui ne collaborerait pas. Une telle différence de traitement est-elle, peut-elle être justifiable?

Ainsi posée, la question renvoie à la problématique d'individualisation de la peine et suppose que l'on cherche à apprécier quels critères peuvent légitimement être pris en compte lorsqu'il s'agit de fixer la peine qui doit être purgée dans chaque cas d'espèce, afin de déterminer si la collaboration procédurale peut, ou non, être prise en compte à cet égard.

Schématiquement, les paramètres d'individualisation de la peine peuvent être de trois ordres. On peut estimer nécessaire de mesurer la peine en fonction de la *gravité objective de l'acte* (qui peut, elle-même, être appréciée au regard de l'immoralité intrinsèque de l'acte ou par référence à l'importance du dommage causé), en fonction du degré de responsabilité morale de l'auteur qui renvoie à la *gravité subjective de l'acte*, ou encore en fonction de la *personnalité de l'auteur* et de sa dangerosité supposée. Le poids accordé à chacun des ces trois paramètres sera fonction des finalités que l'on assigne à la peine. Or, précisément, ces finalités peuvent être diverses et n'ont pas manqué de varier dans le temps et l'espace.

Même s'il s'agit, ici encore, très largement d'idéaltypes et que ces conceptions de la sanction pénale, loin de se retrouver dans toute leur pureté, coexistent bien souvent dans la réalité³, il semble, malgré tout, que l'on puisse distinguer deux grands modèles de rationalité punitive, inspirés, l'un d'une approche de type absolutiste ou déontologique, et l'autre d'une approche

¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 233.

² S.A. LAZARIDIS, "La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui", *Arch. phil. dr.*, 1983, p. 91.

³ Voy., notamment, en ce sens, P. PONCELA, qui souligne que "rationalité prospective et rationalité restitutive" sont souvent "imbriquées" (*Droit de la peine*, Paris, P.U.F., 1995, p. 65).

de nature utilitariste ou téléologique⁴. Rattachées à une éthique de type déontologique, certaines doctrines considèrent, en effet, que la peine est une fin en soi, tandis que d'autres, davantage inspirées de l'approche téléologique, estiment que la peine n'est justifiée que comme moyen destiné à parvenir à une réduction de certains comportements jugés indésirables.

Quel que soit le modèle défendu, le traitement pénal de faveur reconnu au collaborateur de justice peut interpeller à deux niveaux différents, qui ne nous paraissent pas avoir toujours été suffisamment distingués par les auteurs ayant pris position sur ces questions.

Il convient d'abord de se demander, nous semble-t-il, si, *en lui-même et en tant que tel*, le comportement de coopération avec la justice peut justifier la réduction ou l'exemption de peine consentie, parce qu'au regard de l'une ou l'autre des finalités assignées à la peine, il attesterait d'une nécessité réduite de sanctionner le collaborateur (soit que ce comportement puisse être considéré comme diminuant la gravité objective ou subjective de l'infraction commise, soit qu'il puisse être vu comme le gage d'une forme de resocialisation et de dangerosité amoindrie dans le chef du collaborateur).

A supposer que tel ne soit pas le cas, l'on peut encore se demander si la réduction ou l'exemption de peine consentie ne peut pas être justifiée *en tant que la coopération prêté permet de sanctionner les personnes mises en cause par le collaborateur qui eussent autrement échappé à la peine*. Ce n'est en effet qu'en ce qui concerne les destinataires actifs des normes sur la collaboration procédurale – soit les collaborateurs de justice eux-même – que la réduction ou l'exemption de peine pose question. S'agissant des destinataires passifs de ces mêmes normes – soit les personnes mises en cause et poursuivies sur la base des déclarations des collaborateurs – dès le moment où il est satisfait à des critères de *pertinence* et de *subsidiarité* et où l'on peut estimer, donc, que le recours aux collaborateurs de justice a permis l'élucidation d'infractions qui, à défaut, seraient vraisemblablement restées impunies, on peut considérer que la réduction ou l'exemption de peine consentie sert la ou les finalité(s) assignée(s) à la sanction pénale quelle(s) qu'elle(s) soi(en)t, puisqu'elle doit permettre que davantage d'auteurs soient punis (approche rétributiviste) et que, ce faisant, puissent plus largement être assurées les diverses formes de prévention que l'on attend de la peine (approche utilitariste). Reste à déterminer, par contre, dans quelle mesure ce souci de rétribution et/ou de prévention accrue(s) peut éventuellement justifier que l'on applique au collaborateur de justice une peine moindre que celle qui aurait normalement dû être prononcée au regard des finalités considérées.

La réponse à ces deux ordres de questionnement variera selon les modèles et nous verrons que, s'il n'y a guère de place pour une récompense pénale de la collaboration procédurale dans le premier modèle (section 1), les réductions de peine consenties aux collaborateurs peuvent, par contre, trouver plus facilement une certaine justification dans le second (section 2). Cela étant, plutôt que de privilégier un modèle à l'exclusion de l'autre, il semble qu'il y ait, ici aussi, moyen d'adopter une perspective dialectique qui fasse droit à la nécessaire tension qui nous paraît devoir exister entre ces deux approches (section 3).

Section 1. L'approche absolue ou rétributiviste

Pour les doctrines absolues ou rétributivistes, la peine apparaît comme une réponse méritée à l'infraction. Elle doit, comme l'écrivait E. KANT, être infligée au criminel "pour la seule raison

⁴ Certaines auteurs ont toutefois souligné que les théories rétributive et utilitariste de la peine représentaient, en réalité, des "dégradations" des idéaux propres aux théories morales respectivement déontologique et téléologique. Voy., en ce sens, A. PIRES, "La 'ligne Maginot' en droit criminel", *op. cit.*, pp. 160-164.

qu'il a commis le crime"⁵. "Il faut punir pour punir ou, si l'on préfère, payer le mal par le mal, c'est-à-dire rétablir la moralité et la justice par la souffrance du coupable"⁶.

Réaction à l'infraction justifiée en termes de justice et indépendamment de toute considération d'utilité ou d'efficacité, la sanction pénale n'est pas, dans un tel modèle, considérée comme un mal qui devrait être légitimé par rapport à une finalité extra-punitive. Elle est, tout au contraire, auto-légitimée *a priori* et apparaît simplement comme le "juste-dû" du crime, qui vient, soit strictement rétribuer la faute commise en faisant répondre au mal inhérent à l'infraction perpétrée un autre mal qui sera autant que possible de même nature et intensité⁷, soit réparer, de façon symbolique⁸, le dommage causé à autrui ou à la société.

Si l'on conçoit la peine comme rétribution de l'offense, il ne saurait être question de moduler celle-ci en fonction de la personnalité de l'auteur ou de sa dangerosité présumée, seule la gravité – objective et, plus encore, subjective – de l'infraction, devant être prise en compte. Dans une telle conception de la sanction, la réduction ou l'exemption de peine consentie au collaborateur de justice semblera difficilement justifiable en tant que telle car, précisément, la contribution que le collaborateur apporte à la manifestation de la vérité n'enlève rien à la gravité de la faute commise, ni à l'immoralité de l'acte ou au trouble social qui en est résulté.

L'affirmation doit toutefois être nuancée. Nous avons vu, en effet, que dans le cas d'infractions à consommation anticipée, la collaboration procédurale encouragée doit permettre d'assurer la sauvegarde d'un bien menacé en empêchant le dommage annoncé de se produire (par exemple, en permettant d'éviter que la fausse monnaie fabriquée ne soit mise en circulation ou que l'association de malfaiteurs formée ne commette les infractions pour la perpétration desquelles elle a été constituée)⁹. Dans ces hypothèses de collaboration à portée *préservative*, où l'auteur agit en quelque sorte "à rebours", l'on peut considérer que la collaboration prêté supprime la gravité, objective et subjective, de l'acte commis. L'acte, en effet, n'était grave – et pénalement sanctionné – qu'en tant qu'il annonçait et préparait certaines conséquences dommageables et, si celles-ci sont empêchées, il cesse de l'être. L'exemption de peine reconnue au collaborateur de justice en pareil cas pourrait donc être justifiée, même au regard d'une conception strictement rétributive de la sanction pénale.

Dans le cas d'une collaboration à portée strictement *répressive* ou à portée *limitative*, par contre, le raisonnement sera tout autre. En pareils cas, la collaboration encouragée doit, en effet, rendre possible l'élucidation d'une infraction définitivement consommée et ayant connu tous ses développements ou, au contraire, permettre d'éviter que l'infraction commise ne connaisse de nouvelles évolutions, mais, en toute hypothèse, elle ne supprime ou ne réduit pas le dommage déjà causé, pas plus qu'elle n'atténue la gravité de la faute commise par le

⁵ E. KANT, "Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit", *Œuvres philosophiques d'Emmanuel Kant*, sous la direction de F. Alquié, trad. par J. Masson et O. Masson, vol. III, Paris, Gallimard, 1986, p. 601.

⁶ A. PIRES, "Kant face à la justice criminelle", *op. cit.*, p. 167.

⁷ Pour E. KANT, le châtement doit, autant que possible, être déterminé par la loi du talion ("Métaphysique des mœurs", *op. cit.*, p. 602).

⁸ Tant que cette finalité de réparation se situe à niveau symbolique, elle ne se distingue guère de la rétribution (même si, d'un point de vue théorique, le fondement est distinct: le dommage, dans le cas de la réparation, la faute, dans le cas de la rétribution; voy., en ce sens, F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 444). La finalité de réparation peut, toutefois, aussi s'envisager plus concrètement, dans une approche restitutive du système pénal conçu comme devant garantir la prise en charge, par l'auteur de l'infraction, de l'indemnisation effective de la victime. Mais, il nous semble que lorsque la finalité de réparation est ainsi conçue en des termes tout à fait concrets, elle s'inscrit davantage dans une approche utilitariste (voy. *infra*, section 2).

⁹ Voy. *supra*, les conclusions de la 1^{ère} partie.

collaborateur de justice. Elle ne saurait donc, en tant que telle, justifier au regard d'une conception rétributive de la sanction pénale la réduction ou l'exemption de peine consentie au collaborateur.

Reste à examiner, alors, si cette réduction ou exemption ne peut pas être justifiée par le fait que l'apport du collaborateur de justice doit permettre l'élucidation d'une infraction qui n'aurait pas pu l'être autrement. Dès lors qu'il est satisfait aux principes de *pertinence* et de *subsidiarité*, la collaboration fournie est, certes, censée permettre qu'un maximum d'auteurs soient punis. Mais cet objectif, s'il est en soi appréciable dans la conception rétributive de la peine dont il s'agit ici, ne devrait toutefois pas, dans une telle conception de la peine, pouvoir être recherché au prix d'une punition réduite – ni, *a fortiori*, d'une absence de punition – du collaborateur de justice. Dès lors que la pénalité reçoit "le statut d'un impératif catégorique, c'est-à-dire d'une obligation morale incontournable"¹⁰, l'on ne saurait, en effet, admettre que "la justice criminelle puisse atténuer la rigueur des peines en deçà du 'crime' en question"¹¹ et il ne saurait donc, en principe, pas y avoir de place pour une récompense pénale de la collaboration procédurale à portée *répressive* ou *limitative*, dans une telle approche de type absolue¹².

En conclusion, il semble qu'aux yeux des partisans d'un modèle absolu, ce n'est que dans le cas où la collaboration présente une portée *préservative* et a pour effet de réduire la gravité objective et subjective de l'infraction commise, qu'elle pourrait, en tant que telle, justifier une éventuelle réduction ou exemption de peine. Dans tous les autres cas, par contre, le seul fait que la collaboration fournie devrait permettre une répression élargie ne paraît pas de nature à justifier qu'on la récompense pénalement.

Section 2. L'approche relative ou utilitariste

Contrairement aux partisans d'un modèle absolu, les tenants d'une doctrine relative de la peine estiment qu'elle ne saurait être justifiée que par son utilité.

Loin d'être un bien en soi, la peine serait une "cruauté inutile"¹³, si elle n'était utilisée comme moyen devant permettre d'atteindre une finalité jugée bonne.

Traditionnellement, cette finalité tient dans la prévention des infractions – laquelle prévention peut toutefois encore être considérée comme générale (§ 1) ou spéciale (§ 2), selon qu'elle s'adresse à la généralité des infracteurs potentiels ou à la seule personne du délinquant condamné. "Le but des peines", écrivait en ce sens C. BECCARIA, "est d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de détourner les autres de suivre son exemple"¹⁴.

¹⁰ A. PIRES, "Kant face à la justice criminelle", *op. cit.*, p. 158.

¹¹ *Ibid.*, p. 166.

¹² Dans le même sens, voy. aussi C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, p. 470: "È vero che il premio, mentre preclude la funzione retributiva della pena nei confronti del reo collaborante, risulta invece 'strumento di inderogabile giustizia retributiva' laddove, stimolando chiamate di correo, consenta la punizione dei compartecipi con una pena severa (e tendenzialmente rispondente ad esigenze retributive). Tuttavia, il modello della pena retributiva, per il suo carattere assoluto e refrattario 'a contabilità meschine', non può tollerare una pena sproporzionata per difetto neppure rispetto ad uno solo dei compartecipi, ed anche si ciò risulti indispensabile per la condanna degli altri concorrenti".

¹³ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 93.

A ces deux finalités traditionnelles, il semble que l'on puisse encore en ajouter une troisième qui tiendrait dans une certaine forme de pacification sociale (§ 3), la peine étant censée, dans une telle approche, prévenir les réactions punitives informelles qui, en son absence, risqueraient d'être exercées par la victime ou le groupe social dont elle fait partie et/ou concourir, dans une certaine mesure, à la réparation concrète du dommage résultant de l'infraction.

§ 1. Prévention générale

La prévention générale suppose que l'existence de la peine dissuade les citoyens de commettre des infractions. Elle peut être entendue dans deux sens différents, qui loin de s'exclure l'un l'autre, nous semblent au contraire se renforcer mutuellement.

Entendue dans son sens négatif (qui est certainement le plus habituel), la prévention générale vise l'effet intimidant de la peine. "La peine soufferte par le délinquant offre à chacun un exemple de ce qu'il aurait à souffrir en se rendant coupable du même délit", écrivait J. BENTHAM¹⁵ et l'on peut raisonnablement supposer¹⁶ – c'est du moins ce que nous enseigne "l'expérience du sens commun"¹⁷ – que cet exemple contribue à dissuader de commettre des infractions.

Dans un sens positif, par contre, la prévention générale désigne plutôt les effets socio-pédagogiques de la peine, mis en lumière par E. DURKHEIM, pour qui la peine sert avant tout "à guérir les blessures faites aux sentiments collectifs"¹⁸. Ainsi conçue, la sanction pénale doit permettre à la société de renforcer la validité de la norme ébranlée par l'infraction, de marquer sa désapprobation à l'égard de comportements répréhensibles, de les dénoncer publiquement et de réaffirmer les valeurs qu'ils enfreignent.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ J. BENTHAM, "Théorie des peines et des récompenses", *op. cit.*, p. 5.

¹⁶ Les nombreuses études empiriques consacrées à l'efficacité dissuasive des peines ont livré des résultats divergents et discutables (voy., notamment, en ce sens, Ph. ROBERT, "L'utilitarisme, les économistes et la délinquance", *Arch. phil. dr.*, t. 26, 1981, p. 217, ainsi que A.C. BERGHUIS, "La prévention générale: limites et possibilités", *Les objectifs de la sanction pénale, En hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 75). Il faut dire que les recherches en la matière se heurtent à des difficultés méthodologiques majeures – notamment celle d'isoler parmi les différents facteurs qui peuvent déterminer l'importance de la criminalité à un moment et dans un endroit déterminés, les effets propres de l'intimidation de la sanction – au point que certains auteurs estiment que la prévention générale est une "hypothèse empiriquement non contrôlée et non contrôlable" (A. BARATTA, "Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal", *Déviance et société*, 1991, p. 14).

¹⁷ M. CUSSON, "Le sens de la peine et la rétribution", *Rev. int. crim. pol. techn.*, 1985, p. 274; voy. aussi J. ANDENAES, "Les effets de la prévention générale", *Arch. pol. crim.*, n° 3, 1978, pp. 6 et 7 ("La base la plus solide pour la théorie de la prévention générale est son caractère éminemment plausible du point de vue du bon sens. Que la prévision de conséquences désagréables soit un facteur de forte motivation est une expérience familière de la vie quotidienne. Ce serait porter un jugement audacieux que d'affirmer que ce mécanisme bien connu de motivation est absent de la décision de commettre ou de ne pas commettre une infraction criminelle"), ainsi que M. VARAUT, "La punition", *Arch. pol. crim.*, n° 16, 1994, p. 103 ("S'il n'est pas possible de dénombrer les délits qui n'ont pas été commis en raison de la crainte du châtement, et si chaque infraction est la preuve que dans ce cas cette crainte a été inefficace, il n'existe aucune raison de supposer que la majorité des délinquants en puissance soit insensible aux incitations négatives de la loi pénale").

¹⁸ E. DURKHEIM, *La division du travail social*, Paris, P.U.F., 1967, p. 77.

Entendue dans un sens négatif, la prévention générale est une finalité au regard de laquelle paraît toujours pouvoir être justifié le traitement pénal de faveur réservé aux collaborateurs de justice, soit que la collaboration prêté légitime en elle-même la réduction ou l'exemption de peine consentie, soit que celle-ci soit légitimée du fait de la répression élargie que la collaboration est censée permettre (a).

Si, au contraire, la prévention générale est entendue dans un sens positif, le raisonnement sera quelque peu différent, mais il semble qu'il y ait malgré tout une place possible pour une récompense pénale de la collaboration procédurale, même dans cette seconde perspective (b).

(a) Dans une approche de la sanction pénale conçue comme devant dissuader les contrevenants potentiels, la peine devrait être déterminée en fonction de la gravité objective et du caractère plus ou moins nuisible de l'infraction commise¹⁹. La sanction devrait également, dans un tel modèle, tenir compte de l'attractivité du délit perpétré, étant entendu que, pour produire l'effet de dissuasion recherché, il faudrait que "le mal né de la peine excède le bien né du délit"²⁰, de manière à ce que la peine se fasse "craindre plus que le délit ne se fait désirer"²¹.

A l'un comme à l'autre égard, la collaboration procédurale semble être un critère irrelevant et la réduction ou l'exemption de peine consentie au collaborateur serait donc, *a priori*, difficilement justifiable. Seule l'hypothèse de la collaboration à portée *préservative* semble, ici encore, faire exception. Dans le cas, en effet, où en collaborant avec la justice l'auteur empêche le dommage annoncé par l'infraction commise de se produire, la collaboration fournie paraît supprimer tout à la fois la gravité objective du délit perpétré – qui n'était grave qu'en tant qu'il annonçait un certain dommage, par hypothèse empêché en l'espèce – et son attractivité – le collaborateur mettant en l'occurrence fin à son agir délictueux avant d'en avoir retiré le moindre bénéfice. Elle pourrait donc justifier *en tant que telle* une exemption de peine.

Cela étant, mêmes dans les deux autres hypothèses (collaboration à portée strictement *répressive* ou collaboration présentant également des aspects *limitatifs*), le traitement pénal de faveur consenti au collaborateur de justice pourrait, malgré tout, être justifié au regard des effets que l'on attend de la collaboration fournie, qui doit permettre de sanctionner des personnes qui eussent autrement échappé à la répression.

Le recours aux collaborateurs de justice est, en effet, censé favoriser (principe de *pertinence*) l'élucidation d'infractions qui, à défaut, seraient vraisemblablement restées largement impunies (principe de *subsidiarité*), et ce souci de répression élargie, s'il est en soi plutôt d'inspiration rétributive, devrait aussi permettre, de manière plus médiate et indirecte, de renforcer l'effet de prévention générale attaché à la sanction pénale. Car pour remplir un véritable rôle de dissuasion, il ne suffit pas que des peines existent; il faut encore qu'elles soient prononcées et exécutées. A l'instar d'une approche rétributive de la sanction pénale, une conception de la peine centrée sur l'idée d'intimidation suppose donc également que les auteurs d'infractions soient effectivement sanctionnés. Contrairement à une stricte approche rétributive, par contre, cette conception peut, si nécessaire, s'accommoder d'une punition

¹⁹ Voy., en ce sens, la cinquième règle énoncée par J. BENTHAM au chapitre "De la mesure des peines": "Plus un délit est nuisible, plus on peut hasarder une grande peine pour la chance de le prévenir" ("Théorie des peines et des récompenses", *op. cit.*, p. 8).

²⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 93.

²¹ J. BENTHAM, "Traité de législation civile et pénale", *Œuvres de J. Bentham*, trad. par P.E.L. Dumont et B. Laroche, t. I, Aalen, Scientia, 1969, p. 170.

moindre pour certains d'entre eux, si cela doit permettre que davantage d'auteurs soient identifiés, poursuivis et punis dans un délai bref, et renforcer, donc, au total, l'effet intimidant de la peine – dont on peut assez logiquement soutenir, comme le firent déjà BENTHAM ou BECCARIA, qu'il dépend au moins autant de la certitude²² et de la promptitude²³ que de la hauteur de la sanction.

En termes de certitude de la peine, en particulier, l'impunité plus ou moins étendue promise aux collaborateurs de justice pourrait concourir à renforcer la crainte de la sanction pénale et à affaiblir ainsi les diverses structures criminelles visées, chacun sachant que, si le vent devait tourner, il pourrait bien être dénoncé par un de ses comparses²⁴. L'affirmation est évidemment difficile à vérifier en pratique et certains auteurs ont d'ailleurs prétendu, en sens contraire, que le fait d'encourager pénalement la collaboration avec la justice pouvait nuire à l'efficacité préventive de la menace pénale, dans la mesure où le candidat délinquant pourrait se dire que, même s'il devait passer à l'acte et être appréhendé, il conserverait encore, si pas une porte de sortie, au moins la possibilité de s'en tirer à bon compte moyennant dénonciation²⁵. Notons toutefois que cette seconde affirmation, tout aussi difficile à évaluer en pratique que la première²⁶, paraît en outre discutable aussi sur un plan théorique. Elle ne tient pas compte, en effet, du fait que, dans tous les systèmes juridiques analysés, la récompense que peut espérer le collaborateur de justice, loin d'être garantie dès le départ, dépend de nombreux facteurs indépendants de sa volonté et, notamment, des informations dont les autorités disposeront déjà au moment où il se montrera prêt à collaborer²⁷.

En réalité, pour autant que l'on admette que le recours aux collaborateurs de justice permet l'élucidation et la répression d'infractions qui n'auraient pas pu l'être autrement, la seule réserve que l'on peut faire en cette matière au regard de la finalité de prévention générale entendue dans un sens négatif, tient à la gravité respective des infractions commises par le collaborateur de justice et dénoncées par lui, dans l'hypothèse d'une collaboration dite *externe*: si la dénonciation porte sur une ou plusieurs infractions autres que celles commises

²² C. BECCARIA, *op.cit.*, p. 107 ("L'un des plus grands freins des délits, ce n'est pas la cruauté des peines, c'est leur caractère inéluctable") et J. BENTHAM, "Traité de législation civile et pénale", *op. cit.*, p. 171 ("plus on peut augmenter la certitude de la peine, plus on peut en diminuer la grandeur").

²³ C. BECCARIA, *op.cit.*, p. 105 ("plus le temps qui s'écoule entre la peine et le méfait est bref, plus l'association de ces deux idées, délit et peine, est forte et durable dans l'esprit de l'homme") et J. BENTHAM, "Traité de législation civile et pénale", *op. cit.*, p. 171 ("il faut que la peine soit aussi près du crime qu'il est possible; car son impression sur l'esprit des hommes s'affaiblit par l'éloignement").

²⁴ C'est en ce sens que C. BECCARIA écrivait que le système pourrait "empêcher les ententes de se former, chacun craignant d'être le seul à s'exposer" (*op. cit.*, p. 92).

²⁵ Déjà évoquée au XVIII^e siècle par G. FILANGIERI (*op. cit.*, pp. 233-234) et J. BENTHAM ("Théorie des peines et des récompenses", *op. cit.*, p. 159), cette idée a été reprise, plus récemment, par différents auteurs italiens tels F. BRICOLA (*op. cit.*, p. 134), R. PASELLA (*op. cit.*, p. 242) et D. PULITANÒ (*op. cit.*, p. 1033).

²⁶ S'il est difficile – voire impossible – de mesurer l'efficacité dissuasive des peines, apprécier les éventuels effets dissuasifs et/ou incitatifs d'une réduction de peine promise aux collaborateurs de justice l'est évidemment tout autant, et pour les mêmes raisons.

²⁷ Voy. en ce sens F. PALAZZO, "Le problème des repentis", *op. cit.*, p. 761: "[L]'efficacité de la collaboration [...] ressort en partie aussi de facteurs indépendants de la volonté du coupable. Plus précisément, cela dépend avant tout des nouvelles qu'il a pu connaître en vertu du rôle qu'il tenait dans l'organisation criminelle, comme cela dépend aussi de la consistance du matériel de preuve recueilli, que ce soit grâce à l'habileté et à la diligence des organes d'enquête ou par l'éventuelle existence d'autres collaborations procédurales".

par le collaborateur lui-même²⁸, il faudra veiller, semble-t-il, à ce que la ou les infractions qui seraient laissées – même partiellement – impunies ne soient pas plus graves que celles que le collaborateur aide à élucider (principe de *proportionnalité interne*). Dans le cas contraire, en effet, l'avantage qu'il y aurait à permettre la poursuite d'auteurs qui auraient vraisemblablement échappé à la justice resterait inférieur au coût représenté par l'impunité – même partielle – du collaborateur lui-même, ce qu'une analyse en termes utilitaristes ne saurait évidemment légitimer.

Il ne semble pas, par contre, qu'il y ait des raisons particulières de prévoir de manière générale que ne pourront pas bénéficier d'une impunité, même partielle, les collaborateurs de justice qui se seraient rendus coupables d'infractions excédant un seuil de gravité donné²⁹. Pour autant, en effet, que l'infraction commise, quelle que soit sa gravité, reste moins grave que celle que le collaborateur contribue à élucider, il peut être utile de récompenser la collaboration fournie. Exclure du bénéfice de cette mesure de politique pénale certains candidats collaborateurs au seul motif que les infractions qu'ils ont commises, bien que moins sévèrement sanctionnées que celles dont ils permettent la poursuite, seraient jugées trop graves, risque, au contraire, d'être contre-productif dans la mesure où les informations les plus décisives et la collaboration la plus utile ne pourront, bien souvent, être fournies que par ceux qui se situent le plus haut dans la hiérarchie criminelle et qui encourent, de ce fait, des peines d'une gravité particulière.

(b) S'agissant de la prévention générale entendue dans un sens positif, le raisonnement est quelque peu différent. Contrairement à la première approche, en effet, cette seconde perspective participe d'une logique plus symbolique que concrète et ne paraît pas, à ce titre, autoriser aussi aisément que l'on négocie sur la peine et que l'on applique au collaborateur une sanction sans rapport avec la gravité objective de l'acte et l'indignation qu'il suscite³⁰,

²⁸ Ce qui, pour d'autres raisons développées ci-dessous, nous paraît difficilement acceptable lorsque la ou les infraction(s) commise(s) par le collaborateur a ou ont fait des victimes, et celle(s) qu'il contribue à élucider non (voy. *infra*, § 3).

²⁹ Des quatre systèmes juridiques étudiés, seuls les systèmes belge et italien paraissent avoir consacré, ou envisagé de consacrer, ce type de réserve.

C'est ainsi, par exemple, qu'aux termes de l'article 6 de la loi belge du 24 février 1921 concernant le trafic de substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiants, désinfectants et antiseptiques, la dénonciation faite après le commencement des poursuites ne vaudra réduction de peine qu'au seul dénonciateur passible de peines correctionnelles, à l'exclusion de celui qui se serait rendu coupable d'un crime (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre I, section 7). De manière similaire, la proposition de loi "accordant aux repentis une immunité pénale dans le cadre de la lutte contre le crime organisé", prévoyait d'exclure du bénéfice de l'immunité pénale les candidats repentis ayant commis certaines infractions limitativement énumérées: les atteintes à la personne du Roi, les faits de mœurs, les crimes de sang et les crimes portant atteinte à la sécurité nationale (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, section 4). Dans un même ordre d'idées, enfin, la récente proposition de loi "instaurant un régime pour les collaborateurs de justice" – de même, d'ailleurs, que la proposition de loi "instaurant un régime pour les repentis", qui en reprend les principales orientations – précise que ne pourront faire l'objet de négociations les éventuels crimes non correctionnalisables commis par un candidat collaborateur de justice (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, sections 7 et 8).

En droit italien, le phénomène paraît plus récent et plus isolé. On n'en trouve trace, en effet, que dans la loi n° 633 du 22 avril 1941 relative à la protection du droit d'auteur, dont le nouvel article 171 *nonies*, alinéa 2, exclut du bénéfice des réductions de peine en principe consenties aux collaborateurs de justice, le promoteur ou l'organisateur de certaines des activités illicites visées (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section 6).

³⁰ En fonction desquelles devrait normalement être modulée la peine; voy. notamment en ce sens E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 69: "On comprend que la réaction pénale ne soit pas la même dans tous les cas, puisque les émotions qui la déterminent ne sont pas toujours les mêmes. Elles sont, en effet, plus ou moins vives selon la vivacité du sentiment froissé, et aussi selon la gravité de l'offense subie".

même si cela doit garantir une répression plus large et plus rapide de l'infraction commise, ou permettre de prévenir certaines atteintes que l'infraction en question annonce ou prépare.

Cela étant, l'on pourrait toutefois considérer qu'en soi, et indépendamment de la répression élargie qu'elle permet, l'attitude du collaborateur de justice contribue à renforcer dans une certaine mesure la validité de la norme ébranlée par l'infraction, et ce quel que soit le type de collaboration encouragée. En rompant avec le circuit criminel, en passant de l'autre bord et en choisissant de coopérer avec les autorités de justice pénale, le collaborateur semble, en effet, détruire pour partie "l'effet du mauvais exemple donné"³¹ et à ce titre, le traitement pénal de faveur qui lui est réservé pourrait malgré tout apparaître justifié.

§ 2. Prévention spéciale

Pour les tenants d'une théorie de la prévention spéciale, la finalité des peines serait de prévenir la récidive et d'empêcher le délinquant de commettre de nouvelles infractions. Selon que l'auteur des faits apparaîtra ou non amendable, la prévention spéciale prendra des formes différentes: traitement ou resocialisation dans un cas, neutralisation ou élimination dans l'autre. Dans le premier cas, il s'agira de lui faire perdre le désir de commettre de nouvelles infractions, dans le second, de lui en enlever le pouvoir³².

L'on pourrait être tenté de justifier la réduction ou l'exemption de peine consentie aux collaborateurs de justice en soutenant qu'en tant que telle, leur collaboration avec les instances pénales attesterait d'une forme de resocialisation ou à tout le moins d'une dangerosité réduite. Une telle présentation des choses paraît toutefois largement trompeuse. La contribution fournie par le collaborateur de justice, si elle peut être l'indice d'une forme de resocialisation et de dangerosité réduite, n'est, en effet, pas nécessairement le gage d'un repentir sincère³³ et pourrait tout aussi bien être le résultat d'un simple calcul intéressé. Si réellement le traitement de faveur consenti au collaborateur était justifié par une forme de resocialisation dont pourrait attester la collaboration prêtée, l'on comprendrait donc mal que le collaborateur ait droit à une réduction ou exemption de peine du seul fait qu'il fournit des renseignements sincères, complets et "inédits", sans que le juge du fond ne puisse apprécier au cas par cas, les motivations et les perspectives concrètes de réinsertion sociale que paraît traduire cette collaboration³⁴. Dans une telle perspective, il n'y aurait en outre pas de raisons de limiter la mesure à certains types d'infractions seulement, mais il faudrait au

³¹ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, t. I, 3^e éd., Gand, Librairie générale Ad. Hoste, 1879, p. 32.

³² J. BENTHAM, "Théorie des peines et des récompenses", *op. cit.*, p. 4.

³³ Un tel repentir n'est, au demeurant, pas exigé du collaborateur; voy. notamment T. PADOVANI, "Il traffico delle indulgenze", *op. cit.*, p. 420: "*gli abbattimenti di pena [...] non vengono riferiti ad una prognosi particolarmente favorevole in termini di pericolosità: il senso e la portata della collaborazione debbono essere apprezzati per la loro consistenza e per i loro effetti, non per il significato ch'essa assume nella dinamica personologica del reo [...]; che il reo abbia maturato un diverso atteggiamento nei confronti dei valori offesi, è possibile, ma non necessario, e comunque irrilevante*". Quelques années plus tôt, le même auteur avait toutefois affirmé qu'en récompensant la collaboration avec la justice, le législateur cherchait avant tout à inciter à les terroristes à changer de camp et de vie. Voy. T. PADOVANI, "La soave inquisizione", *op. cit.*, pp. 537-538: "*Al terrorista si chiede di rinunciare ad essere tale [...] Anche se, in linea di principio [...] il 'favore' per il soggetto ravveduto è condizionato a dati obiettivi, non alla sua semplice soggettiva disponibilità, si tratta tuttavia di dati obiettivi che finiscono con l'implicare la disponibilità del soggetto e con l'esprimere sintomaticamente la sua 'scelta di campo'*".

³⁴ Dans le même sens, voy. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, *op. cit.*, p. 484: "*L'automaticità dell'applicazione del premio [...] non è coerente con l'idea specialpreventiva, perché impedisce di valutare le diverse motivazioni e le diverse prospettive di reinserimento sociale che possono concretamente ricollegarsi, di volta in volta, alla condotta collaborativa*".

contraire reconnaître que le fait de coopérer avec la justice peut être le gage d'une forme de resocialisation s'agissant de n'importe quelle figure criminelle³⁵.

Si elle ne justifie pas *en elle-même* un traitement pénal de faveur, la collaboration prêtée semble, par contre, dans la perspective spécial-préventive dont il s'agit ici, pouvoir légitimer un tel traitement *au regard des résultats que cette collaboration devrait permettre d'atteindre*.

Dans le cas d'une collaboration à portée *répressive*, les renseignements fournis par le collaborateur sont en effet censés permettre (principe de *pertinence*) que soient identifiés, poursuivis et sanctionnés des auteurs qui n'auraient en principe pas pu l'être autrement (principe de *subsidiarité*) et au travers de cette répression élargie, c'est aussi un surcroît de prévention spéciale qui paraît pouvoir être assuré. Dans les cas où la collaboration présente en outre une portée *préservative* ou *limitative*, la réduction ou l'exemption de peine serait plus facile à justifier encore, puisqu'il semble qu'en pareil cas, elle poursuive directement (et non plus moyennant le détour par une répression élargie) une finalité de prévention spéciale et de neutralisation, tout à fait concrète en l'occurrence (il s'agit, non plus de prévenir de manière abstraite un possible risque de récidive dans le chef de certains délinquants, mais bien de les dissuader³⁶ – s'agissant du collaborateur de justice – ou de les empêcher – s'agissant des personnes qu'il dénonce – de commettre ou de poursuivre des infractions déterminées, déjà en cours ou en préparation).

Notons, encore, et enfin, qu'une chose est d'examiner, comme nous venons de le faire, si dans une perspective spécial-préventive, le comportement de collaboration avec la justice peut sembler justifier – en lui-même ou de par les résultats qu'il doit permettre d'atteindre – la réduction ou l'exemption de peine consentie au collaborateur, et qu'autre chose est de souligner, comme plusieurs auteurs l'ont fait, que la coopération fournie par le collaborateur de justice peut, le cas échéant, avoir à l'égard de ce dernier, certains *effets* de nature spécial-préventive. Non seulement, parce que la collaboration prêtée entraîne, en principe, une mise au ban de la structure criminelle dénoncée, au sein de laquelle le collaborateur pourra difficilement poursuivre ses activités³⁷. Mais aussi, parce que, bien souvent, le collaborateur, s'il évite de purger tout ou partie de la peine d'emprisonnement qu'il aurait autrement dû encourir – avec tous les effets neutralisants qui y auraient été associés – va, par contre, devoir faire l'objet de mesures particulières de protection. Or, ces mesures permettront, elles aussi, d'assurer une certaine forme de neutralisation (puisque le collaborateur de justice sera, au moins pour un temps, sous la surveillance étroite du service chargé de garantir sa sécurité) et peut-être même de réhabilitation (le collaborateur recevant bien souvent une allocation de subsistance et une aide concrète pour s'intégrer dans son nouveau milieu de vie, et notamment pour trouver une occupation professionnelle)³⁸. Et de fait, l'on peut constater, en pratique, que si les programmes spéciaux de protection, tels qu'ils

³⁵ *Ibid.*, p. 485: "nella suddetta prospettiva [la collaborazione non] sarebbe in grado di giustificare un trattamento sanzionatorio favorevole al reo limitato a determinate categorie di reati, poiché la rilevanza sintomatica della collaborazione processuale sarebbe legata ad un giudizio sul soggetto, e non all'allarme sociale e alle difficoltà di indagini che si ricollegano a determinati reati".

³⁶ En ce sens, l'objectif poursuivi n'est pas sans entretenir certains liens avec la finalité de prévention générale (entendue en son sens négatif), mais il nous semble que c'est malgré tout plutôt de prévention spéciale qu'il s'agit, dès lors que les normes en cause s'adressent non pas à la généralité des infracteurs potentiels, mais uniquement à des infracteurs accomplis qui ont déjà transgressé l'interdit pénal.

³⁷ Voy. en particulier les références de doctrine italienne citées *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section 2, § 1.

³⁸ En ce sens, voy. notamment C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 362: "Si premia per punire altri, a prescindere dal presupposto [del] progresso rieducativo, ma alla fine si offrono effettivamente strumenti risocilaizzativi, soprattutto nel caso del collaboratore protetto, assistito o finanziato".

fonctionnent concrètement en Italie et aux Etats-Unis, n'ont pas permis d'éradiquer toute récidive, il semble, malgré tout, que les condamnés admis à ce type de programmes commettent nettement moins de nouvelles infractions³⁹ que les condamnés libérés au terme d'une peine de prison "ordinaire"⁴⁰.

§ 3. Pacification sociale

On peut légitimement supposer qu'à défaut d'être pénalement sanctionnés par l'Etat, certains comportements pourraient donner lieu, dans le chef de la victime ou du groupe social auquel elle appartient, à des réactions punitives informelles et spontanées bien plus sauvages et violentes que la sanction pénale elle-même. Et l'application de la peine aurait alors également pour but de prévenir cette passion vindicative qui pourrait frapper à tort et à travers, de manière arbitraire et disproportionnée⁴¹.

Une telle approche de la sanction pénale conçue comme devant prévenir la vengeance privée suppose, en principe, que la peine soit modulée en fonction de la gravité de l'infraction et de la culpabilité de l'auteur, lesquelles ne sont précisément en rien atténuées par la collaboration prêtée, à moins, une fois encore, que celle-ci ne soit à portée *préservative*.

Même dans les autres hypothèses, toutefois, une telle conception de la sanction pénale n'interdirait pas, nous semble-t-il, de réduire la peine applicable à un collaborateur de justice, si cela doit permettre (principe de *pertinence*) et semble même la seule façon (principe de *subsidiarité*) d'assurer la découverte et la poursuite des autres personnes ayant participé à la commission de l'infraction. L'on est toujours, en effet, dans une approche utilitaire de la peine, qui peut s'accommoder d'une certaine marge d'impunité pour un coupable donné, si cela doit permettre à la justice pénale d'en appréhender d'autres.

Au regard d'une telle approche de la peine, on concevra par contre difficilement qu'un délinquant donné échappe à une partie de la sanction qu'il aurait normalement dû encourir pour la ou les infraction(s) commise(s), si les informations – même particulièrement décisives – qu'il a fournies à la justice portent sur d'autres infractions, sans rapport avec celle(s) dont il doit lui-même rendre compte et qui n'auraient, de surcroît, pas fait, quant à elles, de victimes⁴². En pareil cas, en effet, l'intérêt moral de la victime à l'application de la peine, son

³⁹ Voy. en ce sens les chiffres cités pour l'Italie par le procureur général de Palerme, qui fait état d'un taux de récidive qui n'aurait jamais dépassé les 5 % (*supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre IV, section 3, § 4) et pour les Etats-Unis par le *United States Marshals Service*, qui fait état d'un taux de moins de 10 % - même si d'autres sources évoquent, en l'occurrence, des chiffres plus élevés (*supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre IV, section 3, § 2).

⁴⁰ On peut se demander, cela dit, si ce que ces chiffres démontrent, ce n'est pas – plus que l'efficacité des programmes de protection – d'abord et surtout l'échec de la prison...

⁴¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 326. C'est en ce sens, nous semble-t-il, que l'on a pu écrire qu'il "n'y a de droit pénal qu'à partir d'une restriction du droit de punir" et que "le droit pénal contrarie le désir de punir" (R. LALLEMAND, "Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique", *Punir, mon beau souci. Pour une raison pénale*, sous la direction de F. Ringelheim, Bruxelles, Editions de l'U.L.B., 1984, p. 26) ou encore que "la justice pénale, c'est de la colère sous contrôle, c'est de la colère qui veut éviter les excès de la passion à l'état pur" (M. CUSSON, *op. cit.*, p. 284).

⁴² A l'occasion des débats parlementaires sur le projet de loi actuellement en discussion aux Pays-Bas, un intervenant a évoqué l'exemple suivant: "*Stel dat een criminele getuige wordt verdacht van seksueel misbruik van een kind en daarvoor terechtstaat. Hij heeft verder een belastende verklaring afgelegd over drugshandel in de zaak van anderen. De zittingsrechter kan nu in de zaak tegen de criminele getuige, die dan verdachte is, van de op te leggen straf éénderde aftrekken. Hoe kun je dat echter aan de ouders of aan het slachtoffer uitleggen? Dat is ontzettend moeilijk. Mensen worden dan immers geconfronteerd met een zaak die losstaat van de zaak*

intérêt privé à la répression⁴³ se trouverait en quelque sorte sacrifié à la satisfaction d'un intérêt qui lui est très largement étranger: l'élucidation et la poursuite d'une infraction sans lien avec celle dont elle a personnellement souffert. Dans l'hypothèse, par contre, où tant l'infraction que le collaborateur de justice contribue à élucider que celle qu'il a personnellement commise auraient fait des victimes, la réduction de peine pourrait être justifiée, pour autant – mais c'est une condition qui s'imposait déjà au regard de la finalité de prévention générale – que la seconde infraction ne soit pas plus grave que la première (principe de *proportionnalité interne*).

Avec le "retour de la victime dans la pensée pénale" auquel on assiste depuis quelques dizaines d'années⁴⁴, se trouve, par ailleurs, de plus en plus souvent, mise en avant l'idée selon laquelle la sanction pénale devrait aussi⁴⁵ veiller à garantir la réparation concrète, par l'auteur de l'infraction, du dommage causé à la victime et à la collectivité⁴⁶. Un tel dédommagement est souvent présenté comme le moyen typique par lequel pourrait être assurée une justice restauratrice qui permette de réconcilier la victime et le délinquant, et de réintégrer ce dernier dans la communauté⁴⁷.

Même dans une telle approche de la peine, conçue comme devant concourir à la réparation effective du dommage causé, rien n'interdit, évidemment, d'envisager encore que celle-ci puisse aussi intervenir indépendamment de l'exécution de celle-là⁴⁸, et la réduction ou l'exemption de peine éventuellement consentie au collaborateur ne devrait donc pas nécessairement impliquer qu'il soit également exonéré de toute responsabilité vis-à-vis de ses victimes et qu'il n'ait pas à réparer les conséquences dommageables de l'infraction commise.

waarin de getuige heeft verklaard en plotseling wordt dan ook nog eens éénderde van de straf afgehaald" (*Handelingen*, 1999-2000, nr. 55, Tweede Kamer, p. 3944).

⁴³ Même si le désir de vengeance ou de punition paraît moins répandu parmi les victimes qu'on ne pourrait l'imaginer (voy. en ce sens P. PONCELA, "Droit de punir et pouvoirs de punir: une problématique de l'Etat", *Arch. phil. dr.*, t. 28, 1983, p. 130), il semble difficilement contestable que la victime peut éprouver un intérêt personnel à la répression, ce que reconnaissent d'ailleurs, dans une certaine mesure, les systèmes juridiques qui permettent à la partie civile de mettre l'action publique en mouvement (voy. en ce sens, M. VAN DE KERCHOVE, "L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal", *Droit et intérêt*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, vol. 3, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, pp. 86 et s.).

⁴⁴ A propos de ce mouvement voy. notamment F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, pp. 62 et s.

⁴⁵ Il nous semble qu'il ne peut s'agir que d'un effet parmi d'autres recherchés au travers de l'application de la sanction pénale. Si, au contraire, l'indemnisation concrète du dommage causé devait être la seule finalité assignée à la peine, l'on peut, en effet, se demander ce qui distinguerait encore celle-ci de la sanction civile.

⁴⁶ Si elle n'est pas sans entretenir des liens étroits avec l'approche rétributive (voy. notamment, à ce propos, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, "Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices?", *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, pp. 482-485), cette finalité de réparation nous paraît malgré tout de nature utilitariste, lorsque elle est, comme en l'espèce, envisagée à un niveau non plus symbolique, mais tout à fait concret, effectif, mesurable et réel.

⁴⁷ Voy., notamment, pour le droit belge, L. WALGRAVE, "Herstelrecht: een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie?", *Panopticon* 1992, pp. 24 et s., ainsi que T. PETERS, "Probleemoplossing en herstel als functies van de straf", *Panopticon*, 1996, p. 555 et s.

⁴⁸ Voy. notamment à ce propos A. NEYS et T. PETERS, "La peine considérée dans une perspective de réparation", *Rev. intern. crim. pol. tech.*, 1996, pp. 3 et s., en particulier p. 24: "Qu'en définitive, l'intervention pénale conduite ou non à l'ouverture de poursuites et le cas échéant au prononcé d'une sanction, la réparation doit demeurer une des dimensions de la solution offerte au conflit né de la commission de l'infraction. Et si la réparation peut être obtenue en dehors de toute autre intervention pénale, elle garde toute sa valeur intrinsèque".

Cela dit, il faut bien reconnaître qu'en pratique, le système de recours aux collaborateurs de justice semble parfois de nature à compliquer l'indemnisation effective de la victime par l'auteur de l'infraction. Loin d'être privilégiée par rapport à d'autres victimes, la personne qui a eu à souffrir des agissements d'un délinquant qui se décide à collaborer avec la justice pourrait, en effet, se retrouver dans une situation plus difficile qu'une victime "quelconque", au moins dans deux cas de figure: si le collaborateur de justice s'est vu octroyer une nouvelle identité dans le cadre d'un programme spécial de protection – ce qui pourrait rendre sensiblement plus complexes les démarches de la victime pour se faire indemniser – et si, en échange de sa collaboration avec la justice, le collaborateur a bénéficié d'une extinction de l'action publique – auquel cas, même dans les systèmes qui connaissent le mécanisme de la constitution de partie civile, la victime ne pourrait plus porter son action devant les tribunaux répressifs, mais uniquement s'adresser aux juridictions civiles.

Ces deux difficultés ne semblent, toutefois, pas insurmontables. Elles ont d'ailleurs été dûment prises en compte par les systèmes juridiques analysés.

Ainsi par exemple, l'indemnisation des victimes de collaborateurs de justice ayant fait l'objet d'un changement d'identité a posé quelque problème dans les premières années du fonctionnement du *Witness Protection Program* américain⁴⁹, mais elle paraît aujourd'hui pouvoir être correctement assurée. Les systèmes américain comme italien garantissent, en effet, désormais, que l'octroi d'une nouvelle identité à un collaborateur protégé ne mettra pas ce dernier à l'abri de ses créanciers, lesquels, pourraient même, en cas d'abus, obtenir que soit révélée sa nouvelle identité⁵⁰.

Le sort des victimes de collaborateurs qui n'auraient plus à rendre compte de leurs agissements devant les tribunaux répressifs a également retenu l'attention des législateurs. C'est ainsi, par exemple, que la proposition de loi belge "instaurant un régime pour les collaborateurs de justice"⁵¹ prévoit expressément que, pour qu'une éventuelle promesse d'extinction de l'action publique puisse être faite à un candidat collaborateur de justice, le dommage éventuellement causé à autrui par ce dernier doit avoir été entièrement réparé, ou qu'il faut, à tout le moins, que le collaborateur ait reconnu sa responsabilité et indemnisé la ou les victime(s) pour la partie non contestée du dommage⁵².

Dans certains cas tout à fait spécifiques, enfin, on pourrait imaginer que, pour décider un accusé à collaborer et pour permettre l'élucidation d'une infraction qui ne pourrait pas l'être autrement, il soit nécessaire, non seulement de réduire la peine applicable au collaborateur de justice, mais également de dispenser celui-ci de son obligation d'indemniser personnellement les victimes de ses agissements. En pareil cas, il conviendrait toutefois, nous semble-t-il, pour garantir malgré tout le dédommagement des victimes, de mettre en place un régime compensatoire où c'est l'Etat qui assumerait l'indemnisation effective des dommages subis⁵³.

⁴⁹ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre IV, section 3, § 1.

⁵⁰ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre IV, section 3, § 2 et titre II, chapitre IV, section 3, § 2.

⁵¹ Voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, section 7, § 1.

⁵² Dans l'ensemble des systèmes juridiques analysés, c'est, à vrai dire, le seul cas où l'indemnisation effective, par le repent, de la ou des personne(s) qui a (ont) été victime(s) de ses agissements apparaît comme une condition préalable à l'octroi d'avantages de nature pénale.

⁵³ Pour un exemple de cas dans lequel le législateur a envisagé la mise en place d'un tel régime simplement compensatoire, voy. la proposition de loi belge "accordant aux repentis une immunité pénale dans le cadre de la lutte contre le crime organisé" (*supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre V, section 4), qui prévoyait de créer auprès du

Section 3. Pour un modèle dialectique

Nous venons de voir qu'il n'y a guère de place pour une récompense pénale de la collaboration – à moins qu'il ne s'agisse d'une collaboration à portée *préservative*, qui supprime la gravité objective et subjective de l'infraction commise – dans une conception rétributive de la peine, mais que, par contre, dès le moment où l'application de la sanction pénale est analysée dans une perspective utilitariste et non plus en termes de stricte rétribution, on peut parfaitement concevoir qu'elle fasse l'objet d'une certaine négociation et soit réduite pour tenir compte d'un comportement censé permettre que davantage de coupables soient appréhendés par la justice pénale et que, par voie de conséquence, se trouvent renforcés la portée préventive de la peine et son rôle de pacification sociale⁵⁴.

Cela dit, aucune de ces deux approches de la sanction pénale ne semble, à elle seule, suffisante et il nous paraît, au contraire, qu'il y aurait plutôt lieu de privilégier une approche dialectique de la peine qui emprunte à l'un et à l'autre modèle.

La rétribution ne saurait, en effet, nous semble-t-il, être une fin en soi. Une conception strictement rétributive de la sanction pénale se heurte à l'objection évidente déjà formulée en son temps par PLATON⁵⁵: la peine ne supprime pas le mal inhérent à l'infraction commise; elle est elle-même un mal et plutôt que d'éliminer le mal causé, elle ne ferait que le doubler, si elle n'était justifiée par rapport à une finalité extra-punitive.

A l'instar d'autres auteurs⁵⁶, il nous semble donc que la finalité des peines doit être de nature utilitariste⁵⁷ et non rétributive, mais que cela n'implique pas, pour autant, que la rétribution ne

ministère de la Justice un fonds spécial chargé d'indemniser les victimes des candidats repentis. L'idée était d'assurer aux victimes une indemnisation rapide de leur préjudice, sans pour autant exonérer les repentis de toute responsabilité financière, puisqu'il était prévu que l'Etat serait subrogé aux droits et obligations des parties civiles et pourrait, le cas échéant, se retourner contre le repentis pour obtenir le remboursement des sommes payées en son nom. Cela dit, les développements de la proposition de loi précisaient expressément qu'un tel recours serait facultatif et ferait l'objet d'une appréciation discrétionnaire de l'Etat qui pourrait notamment tenir compte, à cet égard, de l'étendue des révélations faites par le repentis (p. 10). On s'orientait donc clairement vers un régime où, si elle était jugée suffisamment significative, la collaboration du repentis, en plus d'être pénalement récompensée, devait également lui permettre d'échapper à l'obligation d'indemniser personnellement les victimes de ses agissements.

⁵⁴ Voy., dans le même sens, M. VAN DE KERCHOVE qui souligne qu'"à partir du moment où l'application de la loi pénale est analysée en termes d'efficacité et non plus en termes de rétribution, il est tout à fait logique de concevoir que ce souci d'efficacité ne commande pas nécessairement la pleine application ou la pleine effectivité des lois". Et l'auteur de préciser qu'une telle approche instrumentaliste permet notamment d'imaginer que l'on transpose, en matière pénale, le "jeu de la 'chaîne' où toute personne attrapée par le meneur de jeu est appelée à l'aider à attraper les autres participants" ("Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées?", *J.T.*, 1985, p. 331).

⁵⁵ PLATON, "Protagoras", 324 a, b, *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Les belles lettres, 1955, pp. 38-39.

⁵⁶ Voy. notamment M. VAN DE KERCHOVE, "Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme", *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1994, pp. 466-467.

⁵⁷ Nous restons toutefois réservée quant à l'admissibilité de la finalité de prévention spéciale. Une telle finalité préventive spécifiquement orientée sur la personne du délinquant – dont on paraît présumer qu'il cherchera nécessairement à commettre de nouvelles infractions si on ne l'en empêche pas en le mettant hors d'état de nuire ou en le rééduquant – semble faire de la peine une forme de punition anticipée pour des faits non encore commis. L'optique d'un traitement ou d'une resocialisation peut, à cet égard, paraître à première vue plus douce et/ou généreuse que celle de la neutralisation ou de l'élimination, mais elle comporte toutefois des virtualités qui nous paraissent particulièrement préoccupantes en matière de respect de la personne humaine. Dans une telle

devrait pas être prise en compte dans l'application de la sanction pénale. Car si l'objectif de la sanction paraît devoir être d'empêcher certains comportements jugés indésirables et de concourir à une forme de pacification sociale, il ne suffit pas à la peine d'être utile, ni même nécessaire, pour être légitime. Il faut encore qu'elle soit "juste en elle-même et indépendamment de toute considération d'utilité sociale"⁵⁸. Le respect de la justice rétributive, même s'il ne constitue pas la finalité des peines, intervient alors malgré tout, "de façon négative en quelque sorte, pour limiter certains excès"⁵⁹. Il est appelé à jouer un rôle à un double niveau, comme *fondement* des peines, d'une part, et comme *principe limitatif de leur intensité*, d'autre part.

Comme *fondement* des peines, d'abord, dans la mesure où, si la sanction pénale n'est, certes, jamais justifiée simplement *parce qu'un délinquant est coupable d'une infraction* donnée, elle ne saurait, néanmoins, jamais être appliquée que *si* la personne sanctionnée est trouvée coupable d'une infraction. Si l'on admet que, dans la hiérarchisation possible des valeurs, le respect de la dignité et de l'intégrité de la personne humaine apparaît comme prioritaire et fondamental, l'on ne saurait, en effet, concevoir d'infliger un traitement hostile à une personne donnée si cette dernière ne s'est pas rendue coupable d'un acte qui permette, dans une certaine mesure, de justifier le traitement qui lui est imposé. Dans un système qui se veut respectueux de la dignité humaine et protecteur des libertés de chacun contre toute emprise arbitraire du pouvoir, la culpabilité ne sera donc pas la *raison d'être* de l'application de la peine, mais elle doit en être la *condition sine qua non*⁶⁰.

Comme *principe limitatif de leur intensité*, ensuite, dans la mesure où, pas plus qu'on ne saurait tolérer que la peine frappe une personne qui ne s'est rendue coupable d'aucune infraction, l'on ne saurait, non plus, dans un système qui prend au sérieux le respect de l'intégrité physique et morale de la personne humaine, admettre le prononcé de peines excessives, sans rapport avec la gravité de la faute et de l'infraction⁶¹.

conception de la peine, l'individu qui comparaît devant l'instance pénale devra, en effet, rendre compte non seulement de l'acte interdit qu'il a commis, mais de sa vie même, et il risque d'être jugé non pas tant pour ce qu'il a fait, mais bien plutôt pour ce qu'il est. Par ailleurs, l'ambition perfectionnelle des peines – à supposer qu'elle soit réalisable – semble porter atteinte à la liberté de conscience et au droit à l'auto-détermination de chacun. Resocialiser quelqu'un c'est, en effet, prétendre autoritairement le réadapter à la vie sociale, en modifiant ses jugements de valeurs et ses pensées les plus intimes. Et il y a là une forme d'asservissement qui nous paraît porter atteinte à la dignité intrinsèque de l'être humain.

⁵⁸ J.J. HAUS, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, Paris, P.U.F., 1980, p. 78.

⁶⁰ Comme l'affirmait PACKER, en 1968, "*a finding of moral responsibility is a necessary although not a sufficient condition for determining criminal guilt and meting out punishment for it*" (H.L. PACKER, *op. cit.*, p. 16). Et l'auteur d'ajouter (*ibid.*, p. 66): "*It is wrong to say that we should punish persons simply because they commit offenses under circumstances that we can call blameworthy. It is right to say that we should not punish those who commit offenses unless we can say that their conduct is blameworthy*" (c'est nous qui soulignons).

⁶¹ En soi, les finalités préventives traditionnellement assignées à la peine n'interdisent pas nécessairement que soit pénalement sanctionnée une personne qui ne se serait rendue coupable d'aucune infraction, mais qui, soit serait publiquement présentée comme l'auteur d'une infraction donnée (ce qui permettrait d'assurer une forme de prévention générale – voy. en ce sens S. DIMOCK, "Crime and society", *Encyclopedia of applied ethics*, éd. par R. Chadwick, vol. I, London, Academic press, 1997, p. 687: "*it is possible to deter others from crime even by punishing the legally innocent*", ainsi que N. POTTER, "Kantianism" in *Encyclopedia of applied ethics*, vol. III, London, Academic press, 1997, p. 36: "*it has seemed to some that consequentialists could justify punishing an innocent person because beneficial deterrent effects would be equally great so long as it was generally believed that the person was guilty*"), soit serait considérée comme dangereuse et inadaptée socialement (ce qui permettrait d'assurer une forme de prévention spéciale). Ces mêmes finalités préventives traditionnelles ne sauraient guère, non plus, fonder, à elles seules, de limite quant à l'intensité des peines. Si les peines sont ordonnées à la prévention des infractions, aucune peine, même la plus lourde, n'est, en effet, véritablement

Dans une telle approche dialectique de la sanction pénale, utilitariste dans ses finalités, rétributive dans son fondement et en ce qui concerne son intensité maximale, on peut parfaitement concevoir de réduire – voire même, en cas de stricte nécessité, de supprimer – la peine qui aurait normalement dû être appliquée à un délinquant donné, si cela paraît adéquat (principe de *pertinence*) et nécessaire (principe de *subsidiarité*) pour permettre la poursuite de complices, ou même d'auteurs d'autres infractions, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'infractions d'une gravité moindre que celle(s) commise(s) par le collaborateur lui-même (principe de *proportionnalité interne*).

Peu importe, à cet égard, que la collaboration soit à portée *préservative*, *limitative* ou purement *répressive*, car même si l'on considère que la collaboration prêtée n'enlève rien à la gravité de la faute et du délit, le degré de culpabilité et le mal inhérent à l'infraction ne sont, de toute façon, pris en compte que pour fixer un maximum de peine au-dessus duquel il ne saurait être question de monter, et non plus pour justifier un minimum intangible de peine⁶². C'est en ce sens que plusieurs auteurs italiens avaient estimé que l'on ne pouvait reprocher au système d'incitation pénale à la collaboration procédurale de conduire au prononcé de peines qui ne seraient plus en rapport avec la gravité de l'infraction et de la faute commise, sauf à se prévaloir d'une approche fort "archaïque" de la rétribution, conçue non pas comme une limite au pouvoir de coercition de l'Etat, mais bien plutôt comme exigeant, dans chaque cas d'espèce, le prononcé et l'exécution d'une peine en dessous de laquelle on ne saurait descendre⁶³.

Le contenu de la collaboration doit par contre nécessairement être sincère. Si la collaboration devait être calomnieuse, en effet, cela signifierait que le collaborateur de justice échapperait ou aurait échappé à tout ou partie de la peine qu'il aurait normalement dû encourir, sans pour autant permettre ou avoir permis, à la justice d'appréhender d'autres coupables, mais, au contraire, au prix de la condamnation éventuelle d'innocents. Il va de soi que la réduction de peine consentie apparaîtrait alors tout à fait injustifiée. C'est la raison pour laquelle, à l'instar de ce qui est prévu en droit italien, il paraît souhaitable de créer, pour ce type d'hypothèses, une cause de révision, qui, à titre tout à fait exceptionnel et dérogoratoire au droit commun, pourrait jouer *contra reum*⁶⁴. Même avec un tel mécanisme, il

injustifiable. A la limite, toute infraction commise démontre que la peine n'a pas été suffisamment dissuasive et qu'elle devrait donc être alourdie, sauf à considérer comme établi – ce qui est généralement défendu par les utilitaristes – que la sévérité accrue des peines ne semble pas faire reculer la criminalité et que les peines disproportionnées sont au contraire contre-productives. La finalité de prévention de la vengeance privée, par contre, semble, elle, faire droit aux exigences de la justice rétributive (si la peine est conçue comme devant prévenir toute forme de punition *arbitraire* et *disproportionnée*, elle ne saurait, en effet, être légitime qu'à condition de ne frapper que la personne effectivement coupable d'une infraction, et de ne la frapper que de manière mesurée), mais – et c'est là, à notre estime, la faiblesse de cette approche – le poids accordé aux dites exigences paraît fondé uniquement sur des considérations utilitaristes – le respect de la justice rétributive serait censé accroître le bien-être général en mettant chacun à l'abri d'une réaction vindicative arbitraire et disproportionnée – et non sur la reconnaissance d'une quelconque valeur morale intrinsèque à ces exigences.

⁶² Dans le même sens, voy. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 451: "Le preoccupazioni inerenti al mancato rispetto del principio di proporzione risultano fugate qualora si ritenga che tale principio sia richiesto esclusivamente in funzione di garanzia individuale dell'autore di reato, come limite verso l'alto alla punizione, e non come limite verso il basso".

⁶³ Voy., en ce sens, les différentes références de doctrine italienne citées *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section 2, § 1.

⁶⁴ Pour autant qu'elle soit prévue par la loi, une telle procédure de révision *contra reum* ne nous paraît pas contraire au principe *ne bis in idem* garanti à la fois par l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ("Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays")

est possible encore que le caractère mensonger de la collaboration prêtée échappe aux autorités judiciaires. Nous avons vu, ci-avant, que, dans le modèle dialectique que nous défendons, c'est un risque qui doit être dûment pris en compte et qui impose que soient prévues un certain nombre de garanties spécifiques⁶⁵.

Pour le reste, l'étendue des avantages consentis devrait être modulée en fonction de l'importance de la collaboration fournie (principe de *pondération*), étant entendu que le seul cas où l'on pourrait envisager de reconnaître au collaborateur le bénéfice d'une impunité pure et simple paraît être celui de la collaboration à portée *préservative*, où en réalité, le collaborateur fait plus que simplement coopérer à l'administration de la preuve, puisqu'il empêche la réalisation de tout dommage. Dans tous les cas, par contre, où il a déjà été porté effectivement atteinte au bien pénalement protégé et où il s'agit simplement, soit d'éviter que cette atteinte ne perdure et ne connaisse de nouveaux développements (collaboration à portée *limitative*), soit de permettre l'élucidation de l'infraction commise (collaboration à portée strictement *répressive*), il ne saurait, nous semble-t-il, être question que d'une réduction de la sanction encourue. L'absence de toute réponse pénale en pareils cas risquerait, en effet, tout à la fois, de compromettre très sérieusement la finalité de prévention générale attachée à la peine, et de paraître difficilement acceptable pour la victime et le groupe social auquel elle appartient⁶⁶.

Sauf à nier l'intérêt personnel des particuliers à la répression et à méconnaître une des finalités préventives de la sanction pénale, destinée aussi à contenir la "vengeance privée", la réduction de peine paraîtra, toutefois, difficilement justifiable s'il s'agit de permettre la poursuite d'infractions sans rapport avec celle(s) commise(s) par le collaborateur, alors pourtant que celle(s)-ci a (ont) fait des victimes, et les premières non.

Or, pourtant, l'on ne saurait formellement exclure que de telles pratiques aient cours dans certains des systèmes juridiques analysés. Rappelons, par exemple, que le droit américain permet de récompenser pénalement⁶⁷ des *jailhouse informants* – détenus qui communiquent aux autorités des informations dont ils ont eu connaissance en prison et qui portent sur des infractions auxquelles ils n'ont absolument pas pris part. Le système italien, de son côté, ne semble pas non plus avoir radicalement exclu ce type de tractations, puisqu'il est des

et par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme ("Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat"). S'agissant de l'article 14 du Pacte international, les travaux préparatoires indiquent, en effet, clairement que l'expression "condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays" garantit, là où elle est prévue par la loi nationale, la possibilité de rejuger un prévenu acquitté par erreur (voy. en ce sens M. J. BOSSUYT et J.P. HUMPHREY, *Guide to the 'Travaux préparatoires' of the International Covenant on civil and political rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, p. 317). L'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme est, quant à lui, plus explicite encore puisqu'il comporte un paragraphe 2 qui réserve expressément l'hypothèse de la réouverture d'un procès suite à la découverte de faits nouveaux.

⁶⁵ Voy. *supra*, 2^e partie, titre II, chapitre III, section 3.

⁶⁶ Nous insisterons ultérieurement sur la nécessité de respecter une certaine égalité entre les membres d'une même organisation criminelle, en veillant à ce que ceux que leur position hiérarchique élevée met en mesure de collaborer utilement ne s'en tirent pas mieux que ceux qui, occupant une position plus subalterne, encourrent, certes, une peine moindre, mais n'ont, par contre, pas d'informations réellement intéressantes à négocier (voy. *infra*, chapitre II, section 2, § 3) et il semble qu'il y ait là aussi une raison d'exclure, en principe, qu'un collaborateur puisse bénéficier d'une impunité pure et simple. Par hypothèse, en effet, le collaborateur bénéficiant d'une impunité complète s'en tirerait substantiellement mieux que le simple exécutant qui aurait, le cas échéant, pris part à la même organisation criminelle mais n'aurait pas de révélations utiles à faire.

⁶⁷ Pour rappel, les avantages que les *jailhouse informants* négocient en échange de leur collaboration avec la justice ne sont pas nécessairement de nature pénale (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre IV, chapitre III, section 4, § 1).

hypothèses où pour lui valoir une récompense pénale, les informations fournies par le collaborateur devront permettre l'identification ou l'arrestation, non pas nécessairement de coauteurs, mais simplement d'auteurs d'infractions non autrement précisées⁶⁸, ou d'auteurs d'infractions commises dans un même but que celle(s) pour laquelle ou lesquelles il est lui-même poursuivi⁶⁹.

S'agissant, par ailleurs, de l'intérêt des particuliers à être dédommagés pour le préjudice qu'ils ont subi, l'on ne perdra pas de vue que la réparation, même si elle est parfois présentée comme une des finalités auxquelles devrait concourir la sanction pénale, peut également être envisagée indépendamment de l'exécution de celle-ci, et que la réduction ou l'exemption de peine consentie au collaborateur de justice ne doit donc pas nécessairement impliquer qu'il soit également exonéré de toute obligation vis-à-vis de ses victimes. Il pourrait arriver, cela dit, qu'il apparaisse approprié, nécessaire et proportionné de l'en exempter, si c'est la seule manière de permettre l'élucidation d'une infraction suffisamment grave qui ne pourrait pas l'être autrement, mais il nous semble qu'en ce cas, l'indemnisation des victimes devrait alors être prise en charge par l'Etat.

Ce que la conception dialectique de la sanction pénale que nous défendons condamnera encore, c'est la pratique – déjà condamnée ci-avant au titre du droit au silence⁷⁰ – consistant à appliquer aux auteurs qui refuseraient de collaborer avec la justice une peine majorée au-delà de ce qui aurait constitué une "juste" sanction de l'infraction commise. Nous avons vu que, si l'on prend au sérieux l'idée selon laquelle le respect de la dignité humaine apparaît comme prioritaire dans l'ordre possible des valeurs à protéger, l'on ne saurait jamais infliger de peine qui ne soit justifiée, dans son fondement comme dans son intensité, par une forme de culpabilité de la personne à laquelle elle est imposée. Or, précisément, lorsque l'on choisit de majorer la peine prononcée à l'égard d'un auteur non coopérant au-delà de ce qu'il aurait normalement "mérité" pour l'infraction commise, le supplément de peine ainsi appliqué vient sanctionner non plus l'infraction dont le collaborateur s'est rendu coupable, mais bien, au contraire, l'exercice légitime⁷¹ de ses droits de défense et/ou de sa liberté d'expression.

⁶⁸ C'est le cas en ce qui concerne l'article 58ter de la loi pénitentiaire (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre II, section 2).

⁶⁹ C'est le cas en ce qui concerne l'article 3, alinéa 1^{er} de la loi n° 304 du 29 mai 1982 (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre II, chapitre I, section 1).

⁷⁰ Voy. *supra*, 2^e partie, titre II, chapitre II, section 2, § 3.

⁷¹ S'agissant d'un comportement dont on peut difficilement considérer qu'il est moralement condamnable, le refus, dans le chef d'un collaborateur de justice potentiel, de coopérer avec la justice, ne paraît pas lui-même pouvoir légitimement être érigé en infraction, du moins si l'on défend une éthique de la criminalisation qui soutient que l'immoralité d'un acte est une condition nécessaire – encore que non suffisante – de son incrimination pénale (pour une telle approche, voy. M. VAN DE KERCHOVE, "Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme", *op. cit.*, spéc. pp. 458-462).

Chapitre II. Y a-t-il moyen de récompenser pénalement la collaboration procédurale sans méconnaître les principes d'égalité et de non-discrimination?

Une des objections traditionnellement opposées au système des collaborateurs de justice est qu'une telle mesure de politique pénale porterait atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination.

S'il s'agit de dénoncer le fait que la peine encourue par un délinquant collaborateur est moindre que celle appliquée à l'auteur d'une infraction en tous points identique qui ne collaborerait pas⁷², l'objection renvoie, nous semble-t-il, à la problématique des critères d'individualisation de la peine qui a été analysée au chapitre précédent.

Il va de soi que le principe même de l'individualisation des peines ne peut cohabiter qu'avec une conception très assouplie de l'égalité, non plus strictement commutative et mathématique, mais davantage distributive⁷³. Dès le moment, en effet, où l'on renonce à un système de peines fixes et où, à "l'application immédiate d'une égalité abstraitement et rigoureusement conçue"⁷⁴ se substitue "l'idéal d'une répression pénale individualisée"⁷⁵, l'égalité consistera "moins dans une égalité de châtiment que dans un égal effort de la justice pour rendre la décision la mieux adaptée aux circonstances et à la personnalité du délinquant"⁷⁶. Mais il n'y a là rien qui soit propre à la problématique des collaborateurs de justice, si ce n'est les questions – qui viennent d'être examinées – de savoir quels critères peuvent ou non être légitimement pris en compte dans ce processus d'individualisation des peines, et si la collaboration procédurale peut jouer un rôle à cet égard.

Les principes d'égalité et de non-discrimination peuvent, par contre, être mobilisés de manière propre et spécifique, s'il s'agit de dénoncer le fait que tous les délinquants ne vont pas pouvoir collaborer utilement et prétendre à certains avantages de nature pénale en échange des informations fournies.

Ainsi conçue, l'objection nous paraît encore pouvoir être comprise de deux façons distinctes.

Tantôt, l'on reprochera au système de ne concerner que certaines formes de criminalité et de ne pas être généralisé, seuls les délinquants qui se sont rendus coupables d'infractions bien déterminées pouvant être récompensés s'ils collaborent⁷⁷. Entendue de la sorte,

⁷² Pour une telle formulation de l'objection, voy. notamment les conclusions de A.G. FOKKENS, précédant *Hoge Raad*, 30 juin 1998, *N.J.*, 1998, p. 4633 ("*Een veel genoemd bezwaar is dat het gebruik van een kroongetuige in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Een verdachte die bereid is te praten krijgt bv. drie jaar opgelegd, terwijl een medeverdachte, die zich aan dezelfde feiten heeft schuldig gemaakt, doch zijn mond niet opendoet, tien jaar krijgt*").

⁷³ Voy. en particulier, à ce sujet, M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987, pp. 9-10.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁵ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 361.

⁷⁶ M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁷ Voy., en écho à une objection de ce type, F. PALAZZO, "Le problème des repentis", *op. cit.*, pp. 762-763: "*La situation législative en vigueur a suscité quelques doutes de constitutionnalité par rapport au principe d'égalité. Il est apparu en effet déraisonnable que, actuellement seuls les auteurs de séquestration de personnes ou de délits subversifs puissent jouir des bénéfices de la collaboration procédurale*". Précisons que l'auteur écrit en 1986, soit à un moment où le législateur italien n'a encore introduit de causes d'excuses liées à la collaboration procédurale que dans les seuls domaines du terrorisme et de l'enlèvement de personnes.

l'objection renvoie à la question de la détermination du champ d'application de la mesure de politique pénale étudiée.

Tantôt, au contraire, l'on dénoncera le fait que, même en ce qui concerne les infractions pour lesquelles le recours aux collaborateurs de justice est prévu et récompensé, les différents auteurs impliqués n'auront pas tous d'égales possibilités de collaborer utilement, mais que seuls auront la possibilité de "vendre" certaines informations aux instances pénales les plus rapides, les plus haut placés dans la hiérarchie de la structure criminelle concernée ou ceux qui seront dans les grâces du parquet⁷⁸. Dans cette deuxième acception, l'objection renvoie plutôt à la question de la détermination des caractéristiques que doit présenter la collaboration pour être récompensée.

Nous proposons de parler respectivement, à propos de ces deux conceptions, d'égalité *externe* et d'égalité *interne*.

Section 1. De l'égalité externe

La détermination du champ d'application de la mesure de politique pénale étudiée s'est faite très différemment selon les systèmes juridiques analysés.

Seul le système américain⁷⁹ paraît récompenser la collaboration procédurale tous azimuts, sans aucune restriction quant aux types d'infractions considérées⁸⁰.

Dans les autres systèmes juridiques, par contre, la mesure en question a été réservée, soit à certaines phénomènes criminels (complot contre la sûreté de l'Etat, terrorisme, criminalité organisée, stupéfiants,...)⁸¹, soit aux infractions d'une certaine gravité, définie par référence

⁷⁸ C'est surtout la question du lien entre la place occupée dans la structure criminelle en cause et la mesure dans laquelle l'auteur peut collaborer utilement et prétendre à récompense qui a retenu l'attention de la doctrine. Voy., notamment, à ce sujet, B. DE SMET, "De stille intocht van kroongetuigen", *op. cit.*, p. 2 ("hoe hoger iemand opklimt in een criminele organisatie, hoe meer bezwarende informatie hij kan aanbrengen en hoe meer strafvermindering hij uiteindelijk in de wacht kan slepen"); F. BOVENKERK, "En daar is hij dan, de kroongetuige", *op. cit.*, p. 149 ("des te hoger de betrokkene in de rangorde van de criminele organisatie figureert, des te meer bezwarende informatie hij over zijn collega's heeft aan te bieden, des te meer strafreductie hij kan bedingen, maar ook des te groter zijn eigen misdrijven zullen zijn geweest") ou encore T. PADOVANI, "Il traffico delle indulgenze", *op. cit.*, p. 419 ("poiché la possibilità di fornire contributi eccezionali dipende dal ruolo svolto nella banda terroristica, e dal correlativo livello delle responsabilità assunte [...], ne deriva che i gregari minori, avendo poco o nulla di importante da rivelare, saranno puniti in misura straordinariamente superiore ai loro capi") et E. RESTA, *op. cit.*, p. 50 ("il contributo più rilevante può venire soltanto da chi ha più da pentirsi, ossia i soggetti più importanti dell'organizzazione criminale, a cui poi vanno le maggiori riduzioni di pena").

⁷⁹ En droit belge, le ministère public dispose, certes, d'une marge de manœuvre qui lui permettrait de négocier avec des candidats collaborateurs de justice sans que les accords éventuellement conclus ne soient limités – ni par la loi, ni par une circulaire – à certaines infractions seulement, mais nous avons vu que de telles négociations ne semblent pas menées en pratique, du moins pas officiellement.

⁸⁰ Même s'il peut prêter à discussion pour d'autres motifs, ce choix ne saurait évidemment être contesté en termes d'égalité externe, puisque, par hypothèse, il n'implique aucune différence de traitement selon les catégories d'infractions concernées.

⁸¹ C'est le cas, notamment, en ce qui concerne les causes d'excuse de dénonciation prévues en droit belge et en droit italien; voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre I, chapitre I et titre II, chapitre I.

au seuil de la peine comminée⁸² ou par rapport à la nature du bien mis en péril⁸³. Le plus souvent, c'est le législateur qui a sélectionné, de la sorte, les infractions pour l'élucidation desquelles il estimait qu'il devait être possible de faire appel aux collaborateurs de justice, mais dans certains cas, cette sélection a été le fait du parquet⁸⁴.

Dès le moment où il y a une forme de sélection opérée – quelle que soit la voie retenue à cet égard – cela implique très concrètement que *n'importe quel* délinquant ne pourra pas, *quelle que soit l'infraction commise*, prétendre obtenir, en échange de sa coopération aux enquêtes et aux poursuites, les importantes récompenses de nature pénale promises aux collaborateurs de justice et repentis. On peut, certes, supposer que, dans bien des cas, l'attitude plus ou moins coopérante d'un prévenu est malgré tout prise en compte par le juge au moment de décider de la hauteur de la peine qu'il prononce⁸⁵, mais il s'agit là d'une simple pratique – généralement condamnée qui plus est – et non d'une mesure de politique pénale officiellement défendue. Dans certains cas, par ailleurs, des comportements de repentir actif sont, officiellement cette fois-ci, récompensés par le législateur et il peut arriver que la formulation retenue à cet égard soit suffisamment large pour pouvoir viser également la coopération avec la justice⁸⁶, mais les avantages consentis restent toutefois nettement moindres que dans les cas où c'est la collaboration procédurale proprement dite qui est récompensée⁸⁷.

Le fait même de ne pas récompenser la collaboration procédurale "tous azimuts" et quelle que soit l'infraction commise, pourrait, à première vue, sembler contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination qui supposent que l'on traite de la même manière des situations comparables. Tout dépendra, toutefois, de la conception de l'égalité que l'on mobilise. Selon que l'on se prévaut d'une conception absolue des principes d'égalité et de non-discrimination, propre à une éthique déontologique, d'une conception relative des mêmes principes, tenant davantage d'une éthique utilitariste, ou d'une approche plus

⁸² C'est le cas dans l'actuel projet de loi néerlandais qui permet de récompenser pénalement la collaboration procédurale notamment pour toutes les infractions punies d'une peine minimale d'au moins 8 ans d'emprisonnement; voy., *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre IV, section 1.

⁸³ C'est le cas en droit néerlandais, qui, dans l'état actuel des choses, autorise le recours aux collaborateurs de justice notamment pour l'élucidation d'affaires mettant en cause des vies humaines (*zaken van leven of dood*); voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre I, section 4.

⁸⁴ L'on songe, à nouveau, au droit néerlandais, où, alors même que la matière n'était pas réglementée par la loi, le collège des procureurs généraux est intervenu à deux reprises, en 1983 et en 1997, pour limiter les "deals" que pourrait conclure le parquet aux seules infractions liées à la criminalité organisée ou mettant en cause des vies humaines (voy. *supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre I, section 4).

⁸⁵ A ce propos, voy. *supra*, le titre précédent, chapitre II, section 2, § 3.

⁸⁶ Voy., par exemple, l'article 62, 6° du Code pénal italien qui garantit une réduction de peine à qui s'est, avant le jugement, spontanément et efficacement employé à éviter ou atténuer les conséquences dommageables ou dangereuses de l'infraction.

⁸⁷ Dans le même sens, voy. C. RUGA RIVA qui, à propos des réductions de peine prévues par l'article 62, 6° du Code pénal italien ou par l'article 62bis du même Code – qui permet au juge de réduire la peine chaque fois que des "circonstances diverses" le justifient – écrit: "*le attenuanti previste dagli artt. 62 n. 6 e 62-bis c.p. [...] consentono di premiare (anche) condotte susseguenti che si concertano in confessioni e atteggiamenti processuali collaborativi; tuttavia, in questi casi, la condotta collaborativa è premiata con riduzioni non superiori ad un terzo della pena prevista per il reato commesso; mentre, nelle ipotesi di collaborazione processuale, il legislatore italiano prevede di regola diminuzioni fino a due terzi rispetto alla pena prevista per il reato commesso dal collaboratore, oltre, in talune ipotesi, ad un regime più favorevole in tema di comparazione di circostanze*" (C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 466).

dialectique qui s'efforce de faire droit aux impératifs de la justice comme de l'utilité, les solutions pourront, une fois encore, être fort différentes.

§ 1. L'approche absolue ou l'éthique déontologique

Si l'on se prévaut d'une éthique déontologique, toute différence de traitement entre situations analogues apparaîtra injustifiée, quels que soient les effets utiles qu'elle devrait permettre par ailleurs. Au regard d'une telle conception absolue des principes d'égalité et de non-discrimination, il semble que le législateur pénal ne pourrait, donc, jamais choisir de récompenser la collaboration procédurale dans certains cas et non dans d'autres dont on peut, pourtant, estimer qu'ils sont comparables.

Encore faut-il s'entendre sur ce que l'on va considérer comme étant des situations comparables.

Dans l'approche radicale dont il est ici question, il nous semble que le test de comparabilité doit être conçu de la manière la plus large possible⁸⁸ et qu'il faudrait, dès lors, considérer que, du seul fait qu'elles constituent des infractions, les diverses formes de délinquance sont suffisamment comparables entre elles, pour, le cas échéant, donner lieu à une violation du principe d'égalité si la collaboration procédurale devait être pénalement récompensée à l'égard de certaines d'entre elles et non de toutes.

Le tenant d'une éthique déontologique condamnera, dès lors, le choix de politique pénale consistant à récompenser la collaboration procédurale pour certaines infractions seulement. En toute logique, il devrait estimer qu'il convient, soit de ne la récompenser jamais, soit, au contraire, de la récompenser toujours. Cette seconde solution paraît, toutefois, difficilement envisageable dans l'approche déontologique dont il est question ici, eu égard aux nombreux autres motifs de condamnation de la mesure que nous avons déjà évoqués précédemment (délation moralement condamnable, pressions exercées sur l'accusé pour l'amener à collaborer, témoignage à la fiabilité particulièrement douteuse, ...). L'approche déontologique débouchera donc, très vraisemblablement, et une fois encore, sur une condamnation pure et simple de tout recours aux collaborateurs de justice.

Une telle position paraît toutefois problématique, en ce qu'elle entend faire l'impasse sur les conséquences pratiques qui peuvent être attachées à sa mise en œuvre. Condamner purement et simplement tout recours aux collaborateurs revient, en effet, à ignorer la circonstance qu'il pourrait exister certains types de criminalité que la justice pénale ne paraît pas pouvoir combattre efficacement si elle ne dispose pas d'informations provenant de l'intérieur même de la structure criminelle concernée, et qui resteraient donc sans doute massivement impunis – ce qui, en réalité, constitue également un facteur d'inégalité – si l'on ne pouvait récompenser pénalement la collaboration procédurale.

§ 2. L'approche relative ou l'éthique téléologique

Si l'on se prévaut d'une éthique construite à l'aune du principe d'utilité – ou du plus grand bonheur du plus grand nombre – rien n'interdit de réserver un traitement différent à des

⁸⁸ Pour une affirmation du principe d'égalité, ainsi strictement et largement conçu, voy. notamment l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui dispose que "La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse".

situations comparables, du moment qu'il y a, attachés à cette différence de traitement, des effets avantageux et profitables qui ne pourraient pas être autrement obtenus⁸⁹.

Dans une telle conception de l'égalité, on admettra que le recours aux collaborateurs de justice soit réservé à certaines infractions seulement, chaque fois que cela paraît utile.

L'on pourrait imaginer, par exemple, de ne récompenser la collaboration procédurale que dans le cas d'infractions d'une certaine gravité, de manière à souligner, précisément, l'importance des valeurs en cause. L'on pourrait, également, utiliser la mesure en question comme réponse à certaines pressions de l'opinion publique, et décider de la limiter, alors, à des faits qui semblent susciter un émoi particulier dans la population. L'on pourrait encore, et tout aussi bien, choisir de ne mettre en œuvre ce type de politique pénale que lorsqu'il s'agit de lutter contre certains phénomènes criminels qui, à défaut, ne paraissent pas pouvoir être combattus de manière efficace.

En réalité, une telle approche conduira à tolérer à peu près n'importe quelle différence de traitement, et c'est en cela, précisément, qu'elle peut paraître également problématique.

§ 3. Pour un modèle dialectique

Dans une conception plus dialectique des principes d'égalité et de non-discrimination, par contre, on considérera que, pour être admissible, une différence de traitement doit être non seulement utile, mais aussi juste, en ce qu'elle vient compenser et contrer une forme d'inégalité existant au départ entre les citoyens concernés et ceux qui ne le seront pas.

A souscrire à une telle approche, il semble que l'on pourrait, le cas échéant, choisir de réserver le recours aux collaborateurs de justice à certains types d'infractions, pour autant qu'il s'agisse là de figures criminelles qui posent à la justice pénale des difficultés particulières.

Si l'on choisit, en effet, de limiter cette mesure de politique pénale à certaines infractions seulement, cela impliquera que seuls les délinquants qui se seront rendus coupables de ces quelques infractions données pourront être récompensés s'ils collaborent avec la justice, mais aussi – et ce n'est jamais que prendre le problème par l'autre bout de la loupe – que seuls ceux qui sont poursuivis pour ces mêmes infractions pourront se voir opposer les déclarations d'un collaborateur de justice. Et c'est précisément de là, de cet "autre bout de la loupe", qu'il faut partir, nous semble-t-il, pour apercevoir qu'en l'occurrence, l'inégalité à contrebalancer paraît liée à la circonstance qu'il pourrait exister certains phénomènes criminels que la justice pénale semble avoir de très importantes difficultés à combattre efficacement et que, dans ces secteurs criminels spécifiques, les délinquants auront, dès lors, plus de chances d'échapper à la répression.

Ainsi comprise et délimitée, la différence de traitement qui résulte du fait que la collaboration procédurale est pénalement récompensée pour certaines infractions et non pour d'autres, pourrait être considérée non seulement comme utile, mais aussi comme juste, s'agissant d'une sorte de mesure compensatoire qui viserait à rétablir davantage d'égalité en remédiant à une disparité manifeste existant au départ dans les faits⁹⁰. Il s'agira, toutefois, nous

⁸⁹ Voy. en ce sens E. GRIFFIN-COLLART, *Egalité et justice dans l'utilitarisme*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 356: "en théorie, un utilitariste doit pouvoir traiter deux êtres de façon radicalement différente dans la mesure où le résultat en termes de bonheur général l'exige".

⁹⁰ Dans un sens comparable, voy. C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, op. cit., p. 616: "La sociologie criminelle nous enseigne que la visibilité des faits délictueux varie en fonction de la nature de ceux-ci et de la qualité de ceux qui les commettent. Or, la visibilité conditionne le flux des entrées dans le système pénal et, partant, la répression. La justice doit s'efforcer de lutter contre l'opacité que peuvent

semble-t-il, d'une appréciation qui devrait être renouvelée à intervalles périodiques, étant entendu, ici encore, que certaines manifestations criminelles face auxquelles la justice pénale semble aujourd'hui désarmée pourraient demain être mieux jugulées par le système pénal et ne plus justifier, dès lors, le recours à une mesure de politique pénale qui n'est pas pratiquée "tous azimuts" et induit donc inévitablement certaines différences de traitement⁹¹.

Une telle approche des principes d'égalité et de non-discrimination permettrait aussi de justifier la circonstance que des infractions à première vue fort comparables soient traitées différemment, selon qu'elles constituent ou non la manifestation de phénomènes criminels particuliers qui posent à la justice pénale des problèmes tout à fait spécifiques. On concevra, par exemple, que le droit italien récompense pénalement la collaboration procédurale dans le cas d'un homicide lié au terrorisme ou à la criminalité mafieuse, mais non dans le cas d'un "simple" homicide de droit commun, si l'on admet que les difficultés rencontrées par la justice pénale italienne dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou la mafia sont de toutes autres nature et ampleur que les problèmes qui peuvent se poser s'agissant de l'élucidation d'un meurtre ou d'un assassinat "quelconque"⁹².

Une telle conception de l'égalité conduit, par contre, à condamner les systèmes dans lesquels le recours aux collaborateurs de justice serait réservé aux infractions atteignant un seuil de gravité minimal, mesuré par rapport à la hauteur de la peine applicable ou par rapport à la nature du bien mis en péril. S'il s'agit de concevoir le recours aux collaborateurs de justice comme venant remédier à une forme d'inégalité de départ, liée au fait que certaines infractions semblent massivement échapper à la répression, ni le critère de la hauteur de la peine comminée, ni celui de l'importance des biens pénalement protégés ne paraissent, en effet, à eux seuls pertinents.

revêtir certaines formes de délinquance. En effet, par le biais qu'elle crée, elle génère une profonde inégalité entre les citoyens face à la loi pénale puisque la nature de leur délinquance conditionnera les risques de sa répression. [...] A défaut de pouvoir appréhender ces formes de délinquance, la justice risque de contribuer à entretenir un système profondément inégalitaire [...]"

⁹¹ Pour une approche comparable des principes d'égalité et de non-discrimination, supposant que, pour être légitime, une différence de traitement correctrice d'une inégalité de départ se doit d'avoir un caractère temporaire, et d'être vouée à disparaître en même temps que l'inégalité combattue, voy. l'arrêt 9/94 prononcé le 27 janvier 1994 par la Cour d'arbitrage, laquelle s'est, en l'occurrence, exprimée comme suit: "On peut admettre que dans certaines circonstances, des inégalités ne soient pas inconciliables avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, lorsqu'elles visent précisément à remédier à une inégalité existante. Encore faut-il, pour que de telles inégalités correctrices soient compatibles avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination, qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui".

⁹² Dans le même sens, voy. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 431: "un omicidio commesso per agevolare un'associazione di tipo mafioso può probabilmente risultare di più difficile accertamento rispetto ad un omicidio 'comune' commesso in concorso". Aux yeux de l'auteur, on pourra, par contre, plus difficilement justifier la différence de traitement résultant de ce que la collaboration procédurale, encouragée dans le cas de diverses structures associatives (association de type mafieux, association visant au trafic de stupéfiants, association visant à la contrebande de tabacs étrangers), ne l'est pas s'agissant de l'association de malfaiteurs "ordinaire" visée à l'article 416 du Code pénal italien, laquelle peut pourtant sembler tout aussi difficile à combattre que les autres, faute d'obtenir des informations provenant de l'intérieur même de la structure concernée (*ibid.*, pp. 434-435 et 581).

Section 2. De l'égalité interne

Les auteurs d'infractions pour lesquelles le recours aux collaborateurs de justice est prévu n'auront évidemment pas encore tous la possibilité de collaborer utilement. Seuls les plus rapides et/ou les plus haut placés dans la hiérarchie de l'organisation criminelle en cause pourront, selon les cas, prétendre à un traitement pénal adouci. A cela s'ajoute encore que, dans certains systèmes juridiques, seuls les candidats collaborateurs qui ont les faveurs du parquet pourront entrer en ligne de compte pour une récompense de nature pénale.

Là où le législateur, la jurisprudence ou l'exécutif sont intervenus pour préciser ce que l'on attend exactement des collaborateurs de justice, ils ont en général spécifié que les informations fournies ne devraient pas être déjà connues des autorités (la récompense pénale pourrait donc apparaître comme "le prix de la course", le premier des coauteurs à s'adresser aux autorités ayant davantage de chances de fournir des informations inédites), et qu'elles devraient être suffisamment précises ou décisives pour permettre aux autorités d'exercer des poursuites (la récompense pénale pourrait donc sembler réservée aux dirigeants de la structure criminelle concernée qui seuls disposeront d'informations suffisamment sensibles pour pouvoir conduire à l'arrestation et la poursuite d'autres personnes). On peut présumer que c'est également le cas dans les systèmes où la problématique de la collaboration procédurale n'est pas réglementée mais est abandonnée à l'appréciation discrétionnaire du ministère public, qui choisit tout à fait librement avec quels collaborateurs précis il souhaite collaborer dans chaque cas d'espèce et qui ne retiendra, en principe et logiquement, que ceux qui disposent d'informations inédites et pertinentes. Cela étant, dans ces systèmes où la problématique n'a pas, ou pas encore, été réglementée en termes généraux, se pose une difficulté supplémentaire liée au fait que le parquet reste toujours libre de refuser de conclure un accord avec un prévenu disposé à collaborer, quand bien même celui-ci détiendrait des informations inédites et pertinentes. Il en va, au demeurant, parfois de même là où la problématique est déjà réglementée, si le législateur, la jurisprudence ou l'exécutif se sont contentés de définir les conditions et la mesure dans lesquelles la collaboration pourrait le cas échéant être récompensée, tout en laissant encore le parquet libre de conclure ou non un accord avec le prévenu qui proposerait une collaboration répondant aux dites conditions.

L'on pourrait considérer que le fait de favoriser de la sorte les premiers délinquants qui se décident à coopérer avec la justice et/ou les plus haut placés dans une structure criminelle donnée, en ne récompensant que les collaborateurs qui fournissent des informations inédites et suffisamment décisives, ou de ne prendre en compte que les candidats collaborateurs qui, pour une raison ou une autre agréent le parquet, est constitutif d'autant de violations des principes d'égalité et de non-discrimination. Tout sera pourtant, et une fois encore, fonction de la conception de l'égalité qui est mobilisée.

§ 1. L'approche absolue ou l'éthique déontologique

Dans une conception radicale des principes d'égalité et de non-discrimination, le fait de ne pas traiter de la même manière tous les auteurs d'infractions données qui se montrent disposés à collaborer apparaîtra injustifiable, même si toutes les formes de collaboration ne présentent de toute évidence pas la même utilité.

Dans un tel modèle, tous les collaborateurs devraient être récompensés dans la même mesure, pour autant qu'ils révèlent tout ce qu'ils savent – peu ou beaucoup, peu importe, pourvu que leur contribution soit complète – et même, donc, si les informations fournies semblent peu décisives ou sont déjà connues des autorités.

Une telle approche est, toutefois, problématique, parce que précisément, et à nouveau, elle ne prétend pas tenir compte des conséquences auxquelles elle peut conduire. Récompenser

pénalement tous les délinquants qui, dans un domaine déterminé, se montrent disposés à collaborer avec la justice, quelle que puisse être l'(in)utilité des informations fournies, risque, en effet, de réduire largement et, le cas échéant, sans nécessité, l'efficacité préventive de la menace pénale dans le domaine considéré, chacun pouvant compter sur le fait que s'il est appréhendé par la justice, il pourra prétendre à un traitement pénal de faveur s'il se montre disposé à parler, quand bien même il ne saurait rien que les autorités ne sachent déjà⁹³.

§ 2. L'approche relative ou l'éthique téléologique

Dans une approche utilitariste des principes d'égalité et de non-discrimination, au contraire, on concevra sans difficulté que l'on traite différemment plusieurs auteurs disposés à collaborer, en fonction de l'utilité que présente leur collaboration. Or, seules les informations importantes et inédites sont utiles, et si un délinquant sait peu de choses, ou ne sait rien que les autorités ne sachent déjà, il n'y aura guère d'avantage à prévoir un incitant pour le faire parler. Il est donc parfaitement justifiable dans une telle approche, d'exiger du collaborateur, pour qu'il puisse prétendre à récompense, qu'il fournisse des informations qui ne sont pas déjà connues des autorités, et qui les mettront en mesure d'exercer des poursuites.

Quelle que soit l'étendue de la différence de traitement opérée entre plusieurs délinquants, elle pourrait être justifiée, dans une telle conception, dès le moment où elle répond à une exigence d'efficacité. On pourrait ainsi parfaitement concevoir que le dirigeant d'une organisation criminelle, qui dispose par hypothèse d'informations extrêmement sensibles et utiles à la justice, voie sa collaboration récompensée par une impunité pure et simple, tandis que l'exécutant quelconque, qui n'a pas la possibilité de collaborer utilement ne disposant d'aucune information appréciable, ne pourrait, quant à lui, prétendre à aucune espèce de réduction de peine.

Dans une telle approche de l'égalité, il pourrait aussi y avoir une certaine utilité – et par là-même une certaine légitimité – à confier un pouvoir d'appréciation en opportunité au parquet, qui pourrait refuser de conclure un accord de collaboration même avec un prévenu qui semble disposer d'informations inédites et pertinentes, chaque fois qu'il estime que c'est ce que commande l'intérêt public dans le cas d'espèce considéré⁹⁴.

§ 3. Pour un modèle dialectique

Dans une approche plus dialectique des principes d'égalité et de non-discrimination, par contre et enfin, la différence de traitement entre celui qui est récompensé et celui qui ne l'est pas – ou entre celui qui l'est dans une mesure importante et celui qui ne l'est que plus modérément – devra, pour être justifiable, apparaître non seulement utile et servant à inciter

⁹³ Or, comme nous l'avons évoqué précédemment (voy., *supra*, le chapitre précédent, section II, § 1), ce n'est qu'à la condition de ne pas être garantie, mais de dépendre, au contraire, d'un certain nombre de facteurs indépendants de la volonté du collaborateur, que la récompense pénale de la collaboration apparaît compatible avec la finalité de prévention générale des peines. Il faut à cet égard, et comme le soulignait déjà J. BENTHAM que subsiste "un intervalle où tout criminel restera soumis à l'appréhension de subir sa peine" ("Théorie des peines et des récompenses", *op. cit.*, p. 159).

⁹⁴ Voy., pour une application de ce modèle, la proposition de loi belge "instaurant un régime pour les collaborateurs de justice", dans laquelle le fait de promettre ou non un avantage déterminé à un collaborateur de justice potentiel relève toujours d'une appréciation en opportunité du parquet (en ce sens, N. SIRON, G. VERMEULEN, B. DE RUYVER, P. TRAEST et A. VAN CAUWENBERGE, *op. cit.*, p. 111: "*Zelfs indien alle wettelijke voorwaarden voor het doen van een toezegging zijn voldaan, bestaat er in hoofde van het parket nooit enige verplichting om een deal aan te bieden: de procureur des Konings oordeelt discretionnaire over de opportuniteit van de toezegging. Van geval tot geval zal hij, na vaststelling dat alle wettelijke voorwaarden zijn voldaan, dienen te beoordelen of de vervolging van het misdrijf waarover de getuige inlichtingen kan verschaffen het waard is een minder ernstige crimineel milder te behandelen*").

à parler ceux qui ont des informations déterminantes à fournir, mais aussi juste. Ce qui suppose que la différence de traitement opérée entre plusieurs délinquants ayant participé à la même infraction ne soit pas fondée sur des motifs arbitraires laissés à la libre appréciation du parquet et que, là où elle est fondée sur le fait que tous ne peuvent pas fournir une collaboration utile, elle reste proportionnée et modérée.

Si le fait de favoriser le plus rapide ou déterminé des candidats à la collaboration ne semble guère poser problème au regard d'un tel modèle – dans la mesure où la solution fait en définitive dépendre le sort des personnes concernées de circonstances qui, pour l'essentiel, sont tributaires de leur volonté propre – l'on ne saurait, par contre, accepter que le parquet refuse, pour des motifs d'opportunité non autrement précisés, de conclure un accord avec un délinquant qui se montrerait disposé à collaborer avec la justice et proposerait des informations inédites et pertinentes. Tous les auteurs d'une même infraction déterminée devraient, au contraire, puiser dans la loi le droit de choisir de collaborer et celui, corrélatif, d'obtenir certains avantages en échange de leur collaboration – pour autant que celle-ci soit réellement utile – sans dépendre, à cet égard, d'une appréciation discrétionnaire du parquet⁹⁵. De manière à éviter toute impression d'arbitraire, la décision de récompenser la collaboration procédurale devrait d'ailleurs plutôt être réservée à un juge, qui la prendrait à l'issue d'un débat contradictoire et public au cours duquel il vérifierait si les conditions d'application sont bien remplies (principe de *judiciarité*).

Par ailleurs, si l'étendue des avantages consentis paraît devoir être modulée en fonction de l'importance de la collaboration fournie (principe de *pondération*), on ne saurait pas, dans le modèle que nous défendons ici, admettre qu'en échange de sa collaboration avec la justice, le dirigeant d'une organisation criminelle obtienne une impunité complète, alors que le simple exécutant n'aurait, quant à lui, aucune possibilité d'échapper à la sanction. Tenant compte du fait que la peine encourue au départ par la "tête pensante" de l'organisation est, par hypothèse, nettement plus élevée que celle encourue par le simple exécutant, il faudrait au contraire, nous semble-t-il, veiller à ce que la sanction qui sera finalement appliquée au premier en échange des informations fournies ne soit pas inférieure à celle encourue par le second qui n'a pas eu la possibilité de collaborer utilement faute d'avoir des révélations importantes à faire⁹⁶.

Il conviendra, toutefois, de rester attentif, à cet égard, à la question de savoir si les faits pour lesquels le collaborateur de justice bénéficie d'une forme plus ou moins étendue d'impunité auraient pu lui être mis à charge même s'il ne s'était pas auto-incriminé. S'il devait apparaître, en effet, que sans les aveux du collaborateur, tout ou partie de ces faits n'auraient pas pu être poursuivis faute de preuves suffisantes, l'on pourra difficilement considérer que la réduction de peine dont il bénéficie vient uniquement récompenser une collaboration utile (que le simple exécutant n'aurait par hypothèse pas pu fournir). Dans la mesure où elle vient manifestement aussi, et pour partie, compenser la circonstance qu'il s'est auto-accusé et que, si tel n'avait pas été le cas, il aurait pu bénéficier d'une impunité de fait s'agissant de tout ou partie des préventions retenues contre lui, il n'y aura pas matière à dénoncer une violation de l'égalité interne⁹⁷.

⁹⁵ Outre une exigence d'égalité, il semble qu'il s'agisse là, aussi, d'une garantie d'objectivité. Si l'on abandonne, en effet, à la discrétion du ministère public le choix des auteurs qui pourraient être admis à collaborer, le risque existe qu'en tant que partie au procès, le parquet ne privilégie, consciemment ou non, les auteurs qui confortent sa lecture du dossier.

⁹⁶ Dans le même sens voy R. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., pp. 431-432.

⁹⁷ Dans le même sens, même si c'était à propos du rapport devant exister entre l'étendue des avantages consentis au collaborateur et l'importance des renseignements fournis par celui-ci, voy. *Hoge Raad*, 30 juin 1998 (*supra*, 1^{ère} partie, titre III, chapitre I, section 5, § 4). On ne saurait considérer, a estimé la Cour de cassation

Conclusion

Si plutôt que de donner strictement la primauté à une éthique déontologique ou à une éthique de type téléologique, on s'efforce de faire droit à la nécessaire tension qui paraît devoir exister entre ces deux approches, il semble qu'il pourrait y avoir une place légitime – quoique réduite – pour le recours aux collaborateurs de justice en droit pénal.

La réduction – voire même, si nécessaire, l'exemption – de peine consentie au collaborateur de justice qui fournit une contribution véridique et utile⁹⁸, paraît, ainsi, pouvoir trouver une place légitime dans une conception dialectique de la sanction pénale, utilitariste dans ses finalités, rétributive dans son fondement et en ce qui concerne sa sévérité maximale.

Ce qu'un tel modèle condamnera, toutefois – dans la mesure où cela ne paraît pas compatible avec le volet *utilitariste* de l'approche défendue – c'est la réduction de peine consentie dans le cas d'une collaboration *externe*, s'il s'agit de permettre la poursuite d'infractions moins graves que celles que le collaborateur de justice aurait lui-même commises, ou de permettre la poursuite d'infractions qui n'auraient pas fait de victimes alors que celle(s) commise(s) par le collaborateur en aurai(en)t eues. Ce qu'il condamnera également – mais, cette fois, parce que cela ne paraît pas admissible au regard du volet *rétributif* de l'approche défendue – c'est la pratique consistant non pas tant à réduire la peine applicable à qui collabore avec la justice, mais bien plutôt à majorer la peine appliquée à qui refuse de collaborer au-delà de ce qui aurait constitué une "juste" sanction de l'infraction commise.

L'on ne perdra pas de vue, par ailleurs, que la réparation concrète du dommage causé par l'infraction, même si elle peut parfois être présentée comme une des finalités de la peine, peut aussi être envisagée indépendamment de l'application de la sanction pénale. On veillera donc à ce que la réduction ou l'exemption de peine consentie au collaborateur de justice ne se double pas, *de facto*, d'une dispense de son obligation de dédommager les victimes, à moins, bien sûr, que cela n'apparaisse absolument nécessaire pour le décider à collaborer. En ce cas, l'indemnisation effective des victimes paraît toutefois devoir être prise en charge par l'Etat.

Au regard d'une conception dialectique des principes d'égalité et de non-discrimination, il semble, par ailleurs, que l'on peut choisir de limiter la mesure à certaines infractions seulement (*égalité externe*), s'il s'agit, ce faisant, de compenser une inégalité de départ liée au fait que les infractions en cause paraissent poser à la justice pénale des difficultés particulières et ne pas pouvoir être efficacement combattues sans informations provenant de l'intérieur même de la structure criminelle concernée.

L'objection tirée d'une éventuelle violation de l'*égalité interne* et liée au fait que les auteurs des infractions pour lesquelles le recours aux collaborateurs de justice est prévu n'auront pas tous d'égales possibilités de collaborer utilement, ne paraît pas davantage déterminante. Elle suppose, toutefois, que l'on garantisse à tous les auteurs d'infractions déterminées qui pourraient fournir une collaboration utile, le *droit* de collaborer et celui, corrélatif, d'obtenir

néerlandaise, que le parquet récompense sous forme d'impunité la contribution fournie par un collaborateur lorsque, sans cette collaboration, les faits concernés n'auraient de toute façon pas pu donner lieu à poursuites faute de preuves suffisantes.

⁹⁸ Ce qui suppose que l'on prévoit autant de garanties que possible pour s'assurer de la sincérité de ses propos, et que l'on instaure un mécanisme de révision *in peius* permettant de lui retirer le bénéfice de la réduction de peine consentie s'il devait apparaître qu'il a fait des déclarations mensongères.

certaines avantages en échange, sans être tributaires, à cet égard, d'une appréciation discrétionnaire du parquet. Elle commande également de veiller à ce que la différence de traitement opérée entre plusieurs délinquants ayant participé à la même infraction mais ne pouvant pas tous collaborer utilement reste proportionnée, de manière à ce que la peine finalement encourue par celui que sa position dans l'organisation criminelle met en mesure de collaborer efficacement, ne soit pas inférieure à celle encourue par un simple exécutant qui n'aurait eu aucune information intéressante à fournir à la justice.

Conclusions générales

1.

Depuis plusieurs années déjà, l'utilisation des repentis et collaborateurs de justice est présentée, un peu partout, comme une mesure dont on ne saurait plus faire l'économie si l'on veut lutter efficacement contre les diverses manifestations de la criminalité organisée.

La tendance est clairement à une extension progressive de la mesure de politique pénale étudiée et à un recours toujours plus large aux collaborateurs de justice¹, malgré les nombreuses questions qu'ils suscitent et l'attitude majoritairement réticente de la doctrine à leur égard.

Ainsi, par exemple, l'Italie qui semble être le premier pays européen à avoir légiféré en la matière, entendait, au départ, limiter le recours aux repentis et collaborateurs de justice au seul domaine de la lutte contre le terrorisme, mais, très vite, la mesure va être étendue à d'autres formes de criminalité, en ce compris, tout récemment, aux "simples" faits de vol. Et aujourd'hui, alors même qu'il continue d'être pour partie contesté dans la péninsule, le modèle italien sert de référence ou de prétexte à d'autres législateurs européens désireux d'instaurer, à leur tour, un droit des repentis.

Il faut bien constater, cela dit, que la mesure en question apparaît le plus souvent comme une réponse un peu précipitée, proposée sans débat approfondi, ni quant à son efficacité réelle, ni, surtout, quant à sa légitimité. C'est un tel débat que nous avons voulu initier au travers du présent travail.

2.

Nous nous sommes intéressée, d'abord, à la manière dont différents systèmes juridiques ont choisi d'encourager la collaboration procédurale, aux multiples visages que peut présenter cette mesure de politique pénale, de même qu'aux difficultés, questions et critiques qu'elle paraît avoir suscitées là où elle a déjà été mise en oeuvre.

Au fil de cette première approche, comparée et diachronique, il nous est clairement apparu que les diverses objections qui ont été formulées, pêle-mêle le plus souvent, à l'encontre du recours aux collaborateurs de justice, pouvaient toutes se rapporter à un modèle éthique plus radical et être rattachées, selon les cas, à une approche de type déontologique ou téléologique. Aucune de ces deux approches ne nous paraissant, toutefois, pleinement satisfaisante, nous avons voulu proposer une alternative et traiter de la question de la légitimité du recours aux collaborateurs de justice à l'aune d'un modèle éthique qui s'efforce de dépasser le clivage traditionnel entre absolutisme et utilitarisme pour faire droit à ce que nous croyons être une nécessaire tension entre ces deux approches. Il nous a semblé, en effet, que la légitimité d'une mesure donnée ne saurait être appréciée sans prendre en compte l'ensemble des conséquences qui résulteront vraisemblablement du choix opéré, mais que ces conséquences doivent elles-mêmes être évaluées, non pas en fonction de la plus ou moins grande utilité générale qu'elles permettent de réaliser, mais bien plutôt en fonction de la hiérarchisation des valeurs qu'elles traduisent.

3.

Au terme de l'analyse, la conclusion qui paraît se dessiner est qu'à l'aune d'un tel modèle éthique, on ne saurait condamner radicalement tout recours aux collaborateurs de justice

¹ En 1981 déjà, T. PADOVANI parlait, à ce propos, d'instruments dotés d'une tendance naturelle à l'expansion (voy. "La soave inquisizione", *op. cit.*, p. 544: "*Gli strumenti premiali adottati in chiave eccezionale per combattere il terrorismo dimostrano di possedere una naturale forza espansiva*").

dans le système pénal, mais que pour apparaître légitime, la mesure semble devoir satisfaire à un certain nombre d'exigences particulièrement strictes. Nous voudrions structurer la présentation de celles-ci autour de la distinction traditionnelle entre conditions d'ouverture et conditions d'exercice², et rappeler, donc, dans un premier temps, quelles devraient être, à notre estime, les exigences générales à remplir pour pouvoir légitimement envisager de recourir aux collaborateurs de justice, avant de préciser, dans un second temps, quels seraient les grands principes à respecter dans la mise en oeuvre de cette mesure de politique pénale.

4.

Trois conditions d'ouverture nous paraissent devoir être réunies pour que l'on puisse légitimement choisir de récompenser pénalement la collaboration procédurale. Il s'agit, en réalité, des trois exigences autour desquelles s'articule traditionnellement le principe de proportionnalité *sensu lato*, à savoir celles de la *nécessité* (a), de l'*adéquation* (b) et de la *proportionnalité externe sensu stricto* (c) de la mesure en cause. L'application, dans un système juridique donné, de ces trois conditions d'ouverture pourrait bien déboucher sur une condamnation de principe de l'incitation pénale à la collaboration procédurale, mais cela ne supprimerait pas pour autant, nous semble-t-il, l'utilité d'une intervention législative en la matière (d). Des mécanismes devraient, par ailleurs et en toute hypothèse, être mis en place, nous paraît-il, pour éviter que l'interdiction ou les limitations éventuellement prévues ne soient contournées en pratique (e).

a.

Pour pouvoir légitimement recourir aux collaborateurs de justice, il conviendrait, d'abord, de démontrer la *nécessité* de cette mesure de politique pénale et d'établir que, faute de pouvoir la mettre en oeuvre, il y aurait certaines formes de criminalité face auxquelles la justice pénale serait proprement impuissante.

C'est là, nous semble-t-il, une première exigence qui est rarement rencontrée par ceux qui préconisent le recours aux collaborateurs de justice.

Certes, la plupart des propositions ou projets déposés en ce sens affirment que l'on ne saurait plus faire l'économie de cette mesure pour lutter efficacement contre l'une ou l'autre figure criminelle spécifique. Mais l'on ne saurait se satisfaire en la matière de simples pétitions de principe, non autrement étayées et évoluant au gré des priorités fixées à l'agenda politique.

Or, le plus souvent, c'est bien de cela qu'il s'agit. C'est ainsi, par exemple, qu'en droit néerlandais, un projet de loi a été déposé – et récemment adopté par la 2^e chambre du Parlement – alors même que la doctrine semblait très partagée quant à la nécessité réelle qu'il y aurait de recourir aux collaborateurs de justice pour combattre le crime organisé aux Pays-Bas. En droit belge, également, on ne peut manquer d'être frappé par le fait que la détermination des types de criminalité pour lesquels il fut envisagé de recourir aux collaborateurs de justice – et dont il fut, généralement, affirmé qu'ils ne pouvaient plus être

² Notons, toutefois, que pour traditionnelle qu'elle soit, la distinction entre conditions d'ouverture et conditions d'exercice est généralement mobilisée à un autre niveau que celui auquel nous nous situons ici, dans la mesure où elle vise le plus souvent des conditions qui devraient être respectées, non pas au niveau de l'élaboration générale d'une mesure de politique pénale donnée, mais bien au niveau de sa mise en oeuvre par les autorités policières et/ou judiciaires dans un cas d'espèce spécifique. Pour une application de la distinction, ainsi entendue, en matière de pratiques sous couverture, voy. par exemple C. DE VALKENEER, note sous Bruxelles, 7 septembre 1994, *Journ. proc.*, 1994, liv. 268, pp. 26-28.

combattus sans mettre en oeuvre cette mesure de politique pénale³ – a significativement variée au fil des propositions ou projets déposés. Il fut d'abord question de recourir aux collaborateurs de justice pour l'élucidation d'une affaire criminelle bien déterminée (les "tueries du Brabant wallon"), puis l'on en vint à envisager la mesure pour lutter contre "le grand banditisme, le crime organisé et le terrorisme". Plus récemment, c'est aux infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle et aux violations graves de droit humanitaire que l'on a proposé de réserver la méthode. Dans le cadre de la proposition récemment déposée par des parlementaires de l'opposition, enfin, les violations graves de droit humanitaire ont disparu, mais l'on élargit par contre le régime à toutes les infractions pour l'élucidation desquelles des écoutes téléphoniques pourraient être ordonnées⁴. Lorsqu'elle se fait si fluctuante, l'absolue nécessité n'est manifestement guère plus qu'une coquille vide et la première exigence à laquelle nous semble devoir être subordonné un recours légitime aux collaborateurs de justice ne saurait, nous paraît-il, être considérée comme effectivement remplie.

Il semble, par ailleurs, que pour satisfaire à cette première exigence, le champ d'application de la mesure analysée doit nécessairement être fixé par référence à certains phénomènes criminels – retenus parce que, précisément, ils posent à la justice des difficultés particulières et ne paraissent pas pouvoir être efficacement combattus si l'on ne dispose pas d'informations provenant de l'intérieur même des structures délinquantes concernées⁵ – et qu'elle ne saurait, dès lors, pas être étendue à toutes les infractions d'une certaine gravité, (qu'elle soit définie par référence au seuil de la peine comminée ou par rapport à la nature du bien mis en péril). L'on peut, en effet, difficilement considérer que toutes les infractions d'une gravité donnée posent à la justice des problèmes comparables et semblent devoir échapper massivement à la répression faute de pouvoir recourir aux collaborateurs de justice.

b.

Une deuxième condition pour que l'on puisse légitimement choisir de récompenser la collaboration procédurale supposerait que l'on démontre l'*adéquation* de la mesure de politique pénale en cause et que l'on établisse que, là où elle a déjà été mise en oeuvre, elle s'est avérée un instrument de lutte performant contre les types de criminalité ainsi combattus.

Le précédent le plus significatif à prendre en compte aux fins d'une telle évaluation est, sans doute, celui de l'Italie, qui, depuis la fin des années '70, a mobilisé les collaborateurs de

³ La terminologie employée, à cet égard, a pu varier d'un projet à l'autre ("impuissance évidente de la justice à obtenir des résultats tangibles" contre certaines formes de criminalité, "état de nécessité", "méthodes traditionnelles ne permettant pas, ou avec difficulté, d'éradiquer" les manifestations criminelles visées...), mais l'idée défendue semble toujours avoir été celle d'une stricte nécessité.

⁴ Ce qui semble d'ailleurs révélateur d'une tendance plus générale à se référer à la liste des infractions visées à l'article 90ter C.I.cr. lorsqu'il s'agit d'autoriser de nouvelles mesures d'enquête. Une telle technique de renvoi a, en effet, déjà été mise en oeuvre lorsque fut légalisée l'enquête proactive, et elle paraît aujourd'hui appelée à se répéter dans le cadre de l'adoption d'autres dispositifs particuliers (témoins anonymes, protection des témoins menacés,...). Voy. à cet égard, B. RENARD, "Au croisement de la recherche proactive et des écoutes téléphoniques: construction et danger du mutualisme légistique" (à paraître dans la *Rev. dr. pén. crim.*). L'auteur souligne que le danger inhérent à ce type de technique de renvoi est que, si l'on juge nécessaire d'étendre la liste des infractions visées pour une des mesures procédurales qui s'y réfère, cela aura aussi pour effet d'élargir les possibilités de mise en oeuvre de chacune des autres mesures, alors même que, pour celles-ci, l'ajout en cause pourrait ne pas être pertinent.

⁵ Ainsi comprise, la mesure en cause peut être conçue comme venant remédier à une forme d'inégalité de départ existant entre différentes catégories d'infracteurs et, loin d'être une atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination, elle viserait donc, au contraire, à assurer davantage d'égalité dans les faits.

justice à l'encontre de certaines figures criminelles bien spécifiques⁶. Or, précisément, il semble que les conclusions que l'on peut tirer de l'expérience italienne restent assez mitigées.

Les normes sur la collaboration procédurale ont incontestablement eu une certaine *effectivité* en droit italien. Les délinquants visés semblent avoir choisi de collaborer en nombre, au point d'ailleurs que le système s'est partiellement retrouvé victime de son propre succès, ayant rapidement à gérer – et notamment à protéger – plus d'un millier de collaborateurs⁷.

Il est nettement plus délicat, par contre, de se prononcer sur l'*efficacité* qu'ont eue ces mêmes normes et sur les résultats qu'elles auraient permis d'engranger dans la lutte contre les diverses formes de criminalité auxquelles on les a appliquées. Les effets obtenus semblent avoir différé selon les contextes, mais restent, en toute hypothèse, assez discutables.

Ainsi, par exemple, la mesure de politique pénale en cause paraît avoir livré des résultats satisfaisants dans le cadre de la lutte contre le terrorisme – à tout le moins contre le terrorisme d'extrême gauche – mais plusieurs auteurs se sont demandé si l'on n'aurait pas de toute façon assisté à l'époque à la disparition progressive de ce type de criminalité, indépendamment même de l'adoption des lois sur la collaboration procédurale⁸.

Dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée de type mafieux, l'efficacité de la mesure reste encore plus largement à démontrer. Loin d'avoir permis l'éradication du phénomène, les collaborateurs de justice auraient, plus vraisemblablement, conduit à transformer la mouvance mafieuse, devenue moins visible mais non moins forte.

La prudence reste donc de mise⁹ et il semble bien que s'il y a des enseignements à tirer de l'expérience italienne, ce serait, tout au plus, que le recours aux collaborateurs de justice peut avoir une *certaine* efficacité – en particulier, s'il s'agit de porter le coup de grâce à des phénomènes criminels qui sont fortement connotés idéologiquement et présentent, par ailleurs, déjà des signes de crise interne – mais, qu'à lui seul – et notamment en dehors de toute politique publique qui déciderait de s'attaquer réellement aux causes socio-

⁶ A cet égard, la référence au modèle italien nous paraît plus indiquée que celle qui pourrait éventuellement être faite au modèle américain. Les Etats-Unis ont, certes, une importante expérience en matière d'incitation pénale à la collaboration procédurale, mais celle-ci peut être récompensée "tous azimuts", dans n'importe quel secteur criminel, ce qui rend évidemment plus difficile l'évaluation de l'efficacité de la mesure en cause.

⁷ Sans compter leurs proches, protégés également.

⁸ Sur la difficulté générale d'établir des relations de causalité dans le processus d'évaluation législative, voy. C. A. MORAND, "Formes et fonctions de l'évaluation législative", *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, sous la direction de B. Jadot et F. Ost, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1999, p. 218: "Si à la suite de l'adoption d'une mesure étatique on observe un changement de comportement, il est difficile de savoir si cette modification est due à la mesure elle-même ou à d'autres facteurs contextuels".

⁹ Voy. aussi, dans un sens similaire, la référence déjà citée à C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., p. 473: "Se è vero che il premio ha provocato (in relazione ai reati terroristici) e provoca (in relazione ai reati di tipo mafioso) un numero massiccio di collaborazioni, e che queste hanno in taluni casi procurato contributi investigativi e probatori notevoli, è d'altra parte difficilmente negabile che, da un lato, il fenomeno terroristico si è esaurito anche e soprattutto per cause interne, legate a ripensamenti ideologici che il pentitismo ha probabilmente solo accelerato, e, dall'altro, che la criminalità organizzata, seppure in parte indebolita, è ben lungi dall'essere stata effettivamente ridimensionata. In ambedue i casi, non v'è dunque sufficiente riscontro alla capacità deterrente del diritto penale premiale rispetto alla commissione di determinati reati".

économiques de la délinquance – il ne paraît pas suffisant pour mettre fin aux diverses manifestations criminelles que l'on entend combattre.

c.

Enfin, et c'est là une troisième condition d'ouverture, la mesure de politique pénale étudiée ne paraît pas pouvoir être légitimement mobilisée dans la lutte contre n'importe quel type de délinquance.

Elle porte atteinte, en effet, à des valeurs morales essentielles, telles la loyauté et la solidarité, protégées en principe par l'interdit de la délation.

Elle semble de nature, aussi, à induire une culture judiciaire fortement inquisitoire, où l'on en vient à exiger des accusés qu'ils coopèrent avec les autorités et à pénaliser ceux qui s'y refuseraient¹⁰.

En matière de protection, enfin, la mesure en cause peut entraîner un coût particulièrement élevé, en termes financiers mais aussi, et surtout, humains. Pour le collaborateur et ses proches, en effet, elle impliquera bien souvent des ruptures radicales et d'importantes ingérences dans leur vie privée et familiale.

Ce n'est que dans l'hypothèse où les valeurs que l'on cherche à protéger en recourant aux collaborateurs de justice peuvent être jugées plus importantes que celles qui sont ainsi mises en cause, que l'on pourra estimer qu'il est satisfait aux exigences de la *proportionnalité externe* et justifié de récompenser la collaboration procédurale. Dans cette pesée des valeurs en présence, il nous semble qu'une distinction doit être faite selon la nature de la menace exacte qui pèse sur les valeurs que l'on cherche à protéger au travers de la collaboration procédurale. La menace en cause paraît, en effet, nettement plus actuelle et concrète dans l'hypothèse d'une collaboration à portée *préservative* ou *limitative* que dans celle d'une collaboration à portée strictement *répressive*, et l'on peut dès lors concevoir, nous semble-t-il, qu'il apparaisse justifié de récompenser les premières dans un plus grand nombre de cas que la seconde.

Cela dit, et dans tous les cas de figure, la détermination exacte des infractions qui mettent en cause des valeurs jugées suffisamment importantes pour légitimer cette mesure de politique pénale elle-même attentatoire à d'autres valeurs essentielles, nous semble être une question de société, méritant d'être débattue publiquement et démocratiquement. Elle ne saurait, en tous cas, nous paraît-il, être abandonnée à la seule appréciation du parquet ou de la jurisprudence (principe de *légalité, sensu stricto*).

d.

L'application des conditions d'ouverture précitées pourrait bien déboucher sur une condamnation de principe de l'incitation pénale à la collaboration procédurale. Faute, en effet, de parvenir à démontrer, dans un système juridique donné, la nécessité et la pertinence du recours aux collaborateurs de justice pour lutter contre certaines formes de

¹⁰ D'une manière générale, les juges semblent déjà avoir une certaine propension à avoir la main plus lourde avec les accusés qui se prévalent de leur droit au silence, mais cette tendance spontanée paraît s'accroître encore dans les systèmes juridiques qui ont choisi de récompenser pénalement la collaboration procédurale, sans d'ailleurs que cette dérive ne puisse nécessairement être évitée moyennant une attention et des garanties suffisantes. Il faut bien reconnaître, en effet, que si dans certains cas, une telle pratique se manifeste plus ou moins ouvertement – notamment lorsqu'à l'instar de ce qui s'est passé en droit italien, on prévoit, pour certaines catégories de condamnés, un régime pénitentiaire particulièrement strict qui ne serait applicable, ni à ceux qui collaborent avec la justice, ni à ceux qui sont dans l'impossibilité de collaborer utilement – le refus de coopérer avec la justice pourrait aussi être sanctionné de manière beaucoup plus informelle, et par là-même difficilement décelable.

criminalité qui paraissent mettre en péril des valeurs fondamentales et prioritaires, il y aurait lieu de conclure qu'il n'y a pas de place légitime, dans ledit système, pour une telle mesure de politique pénale.

Ce n'est pas à dire, pour autant, que l'on pourrait alors s'abstenir purement et simplement de légiférer en cette matière. Il nous semble, au contraire, nécessaire que le législateur intervienne en ce cas pour consacrer expressément cette interdiction de principe.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le procès pénal est caractérisé par l'existence de nombreuses marges d'appréciation largement discrétionnaire, qui font que la collaboration avec la justice pourrait – au moins dans une certaine mesure – être pénalement récompensée indépendamment même de toute formalisation d'un véritable "droit des repentis".

Il nous paraît très significatif, à cet égard, de relever que la manière d'encourager la collaboration procédurale a, certes, été conçue de manière sensiblement différente selon qu'elle s'insérerait dans un système consacrant le principe de la légalité des poursuites ou, au contraire, celui de l'opportunité des poursuites¹¹, mais que même dans un système connaissant le principe de la légalité des poursuites, comme l'Italie, c'est spontanément – autrement dit avant toute intervention législative en la matière – que l'on a vu apparaître la figure du collaborateur de justice (en l'occurrence, au sein de la mouvance terroriste d'abord, et de la criminalité organisée de type mafieux, ensuite)¹². C'est dire que même dans les systèmes où le parquet n'a pas la maîtrise de l'action publique, il y a, malgré tout, un pouvoir d'appréciation pour partie discrétionnaire qui joue aux différents stades du procès pénal et qui peut, le cas échéant, servir à récompenser pénalement un délinquant en échange de son témoignage et de sa collaboration. D'où la nécessité, nous semble-t-il, de condamner expressément et formellement ce type de pratique si l'on juge qu'elle ne peut pas trouver légitimement place dans un système juridique donné.

e.

Il ne faut pas se leurrer, cela dit. Même si le législateur intervient pour condamner toute forme d'incitation pénale à la collaboration procédurale ou, à tout le moins, pour circonscrire la mesure et prévoir qu'elle doit rester limitée à certaines formes très spécifiques de criminalité, on ne saura sans doute jamais garantir complètement que cette interdiction de principe ou ces limitations sont effectivement respectées dans la pratique policière ou judiciaire, et que certaines formes de négociation et de récompense pénale de la

¹¹ Dans un système consacrant le principe de la légalité des poursuites comme l'Italie, les avantages dont peuvent bénéficier les collaborateurs de justice ont été strictement réglementés par le législateur, alors qu'inversement, dans des systèmes comme les Pays-Bas ou les Etats-Unis, fonctionnant sur la base du principe de l'opportunité des poursuites, il est apparu clairement que le parquet négociait des accords avec des prévenus disposés à collaborer avec la justice, indépendamment de toute habilitation législative expresse en ce sens (voy. également, à cet égard, A. VERCHER, *op.cit.*, p. 260: "*in Italy, accomplice evidence measures have been introduced by [...] statutory law provisions enacted by Parliament; they are not a creation of common law as they were [...] in the United States*"). Le cas de la Belgique est un peu particulier à cet égard, puisque, alors même que nous vivons dans un régime d'opportunité des poursuites et que le parquet belge dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour négocier avec des collaborateurs de justice en amont ou en aval du procès pénal, il nie que de tels accords soient conclus en pratique et c'est la voie d'une définition légale des avantages auxquels peut prétendre un collaborateur de justice qui a été retenue.

¹² Voy. aussi, en ce sens, F. PALAZZO, "Le problème des repentis", *op. cit.*, p. 767. L'auteur souligne qu'il est "indiscutable que le phénomène de la collaboration s'est créé spontanément" et a "précédé la promulgation des lois *premiali*".

collaboration ne continuent pas de jouer encore, ou aussi, dans l'ombre¹³. On peut supposer, en effet, que même si la loi consacre une interdiction générale ou des limitations strictes, les marges d'appréciation précédemment évoquées et présentes à tous les stades du procès pénal serviront encore parfois – fût-ce, alors, de manière officieuse et non ouvertement déclarée¹⁴ – à récompenser des auteurs disposés à collaborer avec la justice.

Pour éviter, dès lors, que les interdictions ou limitations qui seraient le cas échéant prévues dans les textes ne soient trop facilement contournées sur le terrain, il conviendrait, nous semble-t-il, de prévoir une forme de contrôle et de sanction au niveau de l'utilisation qui pourrait être faite des déclarations obtenues d'un délinquant collaborateur, chaque fois que l'on peut supposer que celui-ci a été récompensé pénalement: les coauteurs et complices auxquels on opposera ces déclarations devraient être en droit d'exiger de savoir si le délinquant en question a obtenu quelque chose en contrepartie de sa collaboration et, s'il devait être établi, ou même simplement apparaître vraisemblable¹⁵, qu'il s'est vu promettre une récompense pénale malgré une interdiction de principe ou en dehors des hypothèses limitativement énumérées dans lesquelles de tels avantages peuvent être octroyés, le juge devrait conclure à l'irrecevabilité des poursuites, ou à tout le moins à l'irrecevabilité des déclarations du collaborateur; le cas échéant, une procédure de révision devrait également être possible, si c'est postérieurement au procès à charge des accusés mis en cause qu'il devait apparaître que le collaborateur s'est vu récompenser illégalement.

5.

Aux trois conditions d'ouverture précitées, s'ajoutent encore de très nombreuses conditions d'exercice que nous avons pointées tout au long de notre travail et que nous pouvons brièvement reprendre ici.

a.

Pour autant qu'il soit satisfait aux principes de *pertinence* et de *subsidiarité* et que cela paraisse donc approprié pour élucider une infraction qui ne semble pas pouvoir l'être par des voies plus traditionnelles¹⁶, on peut concevoir, nous paraît-il, de réduire la peine normalement applicable aux auteurs qui fournissent à la justice une collaboration utile, complète et sincère. On évitera, toutefois, de permettre au collaborateur de justice de continuer à bénéficier de cette réduction de peine s'il devait ultérieurement apparaître qu'il a

¹³ Voy. notamment, à ce propos, la pratique évoquée dans l'introduction générale (II, a) et consistant, pour les autorités de police, à "fermer les yeux" sur certaines infractions commises par leurs indicateurs.

¹⁴ Un parallèle nous paraît pouvoir être utilement fait, à cet égard, avec le régime de la motivation des peines en droit belge: formellement le choix et la hauteur d'une peine ne peuvent pas être motivés par référence à la stratégie de défense du prévenu, mais dès lors que le juge dispose, au moment d'arrêter la peine qu'il va prononcer, d'un pouvoir d'appréciation pour partie incontrôlable (on peut tout au plus contrôler les motifs explicites qu'il invoque, mais non toutes les autres raisons éventuelles qui ont – consciemment ou non – contribué à orienter son choix), on ne saurait totalement empêcher que les aveux ou les dénégations du prévenu ne soient malgré tout pris en compte par le magistrat.

¹⁵ Si, par exemple, le parquet ne reconnaît pas explicitement que c'est pour récompenser sa coopération qu'il a classé sans suite le dossier ouvert à charge du délinquant collaborateur, alors qu'il a, au contraire, décidé de poursuivre les coauteurs ou complices mis en cause, mais qu'il reste en défaut d'expliquer de manière satisfaisante la différence de traitement opérée à cet égard.

¹⁶ Rappelons que les conditions – respectivement d'ouverture et d'exercice – d'*adéquation* ou de *pertinence*, et de *nécessité* ou de *subsidiarité*, paraissent traduire sensiblement les même idées, mais envisagées à deux niveaux différents: au niveau de la définition législative du champ d'application de la mesure de politique pénale analysée, d'une part, et au niveau de son application concrète dans chaque cas d'espèce, d'autre part.

menti, et on veillera donc à prévoir un mécanisme de révision qui, de manière exceptionnelle et dérogoratoire au droit commun, pourrait, en pareil cas, jouer *contra reum*.

Lorsque les infractions commises par le collaborateur de justice sont distinctes de celles qu'il permet d'élucider (collaboration externe), on veillera, par ailleurs, à ce que les premières ne soient pas plus graves que les secondes (principe de *proportionnalité interne*). Dans cette même hypothèse, on évitera aussi de récompenser un collaborateur qui aurait commis des infractions ayant fait des victimes, si celles qu'il contribue à élucider n'en ont pas eues.

La récompense pénale consentie au collaborateur ne devrait, au demeurant, pas automatiquement l'exonérer de son obligation d'indemniser la ou les victime(s), mais, si une telle exonération devait malgré tout sembler absolument nécessaire pour le décider à collaborer, l'Etat devrait, nous paraît-il, indemniser lui-même les victimes en question.

b.

Si – pour autant qu'il soit satisfait à l'ensemble des conditions énoncées jusqu'ici – on peut concevoir de récompenser sous la forme d'avantages de nature pénale l'auteur qui accepte de collaborer avec la justice, on ne saurait, par contre, admettre que soit sanctionné pénalement le comportement du collaborateur de justice potentiel qui refuse de coopérer avec les autorités. Ce serait là porter atteinte à la substance même du droit au silence qui paraît devoir lui être toujours reconnu – en qualité d'accusé susceptible de s'auto-incriminer ou en qualité de témoin ayant des motifs légitimes de se taire¹⁷ – et une telle atteinte, comparable dans son principe au mécanisme de la torture¹⁸, paraît proprement injustifiable.

L'on condamnera donc les mécanismes, tel l'*immunity* de droit américain, qui permettent d'emprisonner pour *contempt of court* les collaborateurs de justice potentiels qui se montrent récalcitrants, de même que la pratique consistant – de manière plus surnoise, et pas toujours décelable, d'ailleurs – à majorer la peine applicable à l'auteur qui refuse de coopérer au-delà de ce qu'il aurait normalement "mérité" pour l'infraction commise.

c.

Inhérente au principe même de la récompense promise, il y a certes, toujours, une forme de pression exercée sur l'auteur pour l'amener à coopérer avec la justice, mais l'on prendra garde, malgré tout, à ne pas lui supprimer toute liberté d'auto-détermination et l'on s'assurera donc que son choix de collaborer a été fait sans contrainte et de manière éclairée.

Il faudra veiller, dès lors, à ce que la récompense promise ne présente pas un caractère disproportionné et quasiment "irrésistible". Il faudra s'efforcer, aussi, de garantir un minimum de sécurité juridique au collaborateur de justice et éviter que l'avantage auquel il peut prétendre ne soit incertain, ne présente un caractère révocable¹⁹ ou ne puisse être réduit à

¹⁷ Il aura, bien souvent, toutes les raisons de craindre que son témoignage ne l'expose à représailles, et pourrait, de toute façon, toujours se prévaloir d'une compréhensible répugnance à dénoncer ses anciens compagnons.

¹⁸ Le phénomène pourrait, à cet égard, paraître représentatif d'une tendance plus générale. Dans certains cas exceptionnels, le risque semble exister, en effet, de voir la pratique de la torture remise en vigueur – en ce compris dans des Etats de tradition démocratique – comme en attestent les questions qui ont été soulevées à ce propos en Israël (voy., en particulier, l'arrêt rendu par la Cour suprême israélienne en septembre 1999 dans l'affaire *Comité public contre la torture en Israël c. l'Etat d'Israël*, et condamnant les méthodes d'enquête de l'Agence israélienne de sécurité), de même que le débat qui s'est ouvert aux Etats-Unis après les attentats du 11 septembre 2001 (voy., à cet égard, F. ROUSSELOT, "Aux Etats-Unis, la tentation de la torture", *Libération*, 7 décembre 2001).

¹⁹ Sauf, évidemment, manquements imputables au collaborateur de justice lui-même.

néant dans le cadre de nouvelles des poursuites menées à l'étranger. Le collaborateur devrait, en outre, être assisté d'un avocat dès le moment où il a manifesté son intention de coopérer avec les autorités, de manière à pouvoir mesurer aussi précisément que possible ce que l'on attend de lui et ce qu'il sera en droit d'obtenir en échange de sa collaboration.

d.

L'étendue de la récompense consentie paraît devoir être modulée en fonction de l'importance des renseignements fournis (principe de *pondération*). On pourrait éventuellement concevoir d'octroyer, à cet égard, une impunité complète au collaborateur dont le comportement permet encore de sauvegarder, fût-ce *in extremis*, le bien pénalement protégé qui se trouvait menacé par l'infraction commise (collaboration à portée *préservative*). Dans tous les autres cas, par contre, il ne saurait, nous semble-t-il, être question que d'une réduction de peine.

e.

Tous les auteurs n'auront pas nécessairement des informations utiles à négocier avec la justice et il faudra chercher à garantir, malgré tout, le respect d'une certaine égalité entre les divers participants à une même structure criminelle. On veillera, dès lors, à éviter que celui que sa position met en mesure de collaborer utilement ne s'en tire pas avec une peine inférieure à celle encourue par celui qui occupe un rang trop subalterne pour avoir des informations sensibles à "vendre" (étant entendu que la différence dans les sanctions encourues à la base devrait malgré tout offrir une certaine marge pour récompenser le premier).

Pour le reste, et si l'on veut garantir au maximum l'égalité entre tous les collaborateurs de justice potentiels, il ne saurait être question de permettre au parquet de refuser, de manière discrétionnaire, l'offre de collaboration d'un prévenu qui aurait des informations utiles et pertinentes à fournir. La décision de récompenser la collaboration procédurale devrait, au contraire, être réservée à un juge, qui la prendrait à l'issue d'un débat contradictoire et public au cours duquel il vérifierait si les conditions d'application sont bien remplies (principe de *judiciarité*).

f.

S'agissant d'un mode de preuve à la fiabilité particulièrement douteuse, on appliquera au témoignage d'un collaborateur de justice un principe de suspicion et on ne l'admettra qu'entouré de garanties spécifiques.

Il faudra veiller, en particulier, à ce que soit garantie une pleine transparence quant aux conditions dans lesquelles ce témoignage a été obtenu, de même qu'une stricte égalité des armes entre l'accusation et la défense. On ne saurait, par ailleurs, tolérer en cette matière de limitations à un plein exercice des droits de la défense et la protection des collaborateurs de justice – que l'Etat nous paraît avoir l'obligation d'assurer – devra donc être organisée en dehors du procès pénal proprement dit.

Au niveau de l'évaluation des dires du collaborateur de justice, également, il faudra faire preuve d'une prudence particulière. Qu'il s'agisse de la condamnation du collaborateur de justice lui-même ou de celle des personnes qu'il a mises en cause, ses aveux et déclarations ne sauraient être pris en compte qu'à condition d'être strictement corroborés par des éléments de preuve indépendants (dont le juge devra rendre compte de manière détaillée dans sa motivation).

6.

Au terme de la première partie de notre travail, nous avons présenté une triple typologie, articulée autour des caractéristiques que peut présenter la collaboration encouragée, des modalités opérationnelles au travers desquelles peut être mise en œuvre l'incitation pénale à la collaboration, et enfin, des mécanismes qui semblent pouvoir être mobilisés pour assurer la protection des collaborateurs de justice. Pour la clarté des choses, nous voudrions reprendre brièvement les différentes distinctions que nous avons établies à ce moment et les examiner au regard des conditions d'ouverture et d'exercice que nous venons de rappeler ici.

a.

Nous avons commencé par souligner que la collaboration encouragée pouvait, selon les cas, présenter une portée strictement *répressive* ou poursuivre également une finalité *limitative*, voire *préservative*.

Il ne semble pas y avoir de raisons de prévoir que l'un ou l'autre de ces trois cas de figure ne devrait pas pouvoir donner lieu à récompense pénale, mais nous avons souligné, par contre, que dans les cas de collaboration à portée *préservative* ou *limitative*, les valeurs qu'il s'agit de protéger au travers du recours aux collaborateurs de justice paraissent directement et concrètement menacées et pourraient, dès lors, au niveau d'une appréciation des exigences de la *proportionnalité externe*, plus souvent l'emporter sur celles mises en cause par ce type de mesure de politique pénale que dans le cas d'une collaboration à portée strictement *répressive*.

L'étendue de la récompense consentie aux collaborateurs pourrait, par ailleurs, varier d'un cas à l'autre et seule la collaboration à portée *préservative* nous paraît pouvoir, le cas échéant, justifier l'octroi au collaborateur de justice d'une impunité complète. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'en pareille hypothèse, le collaborateur fait bien plus que simplement coopérer à l'administration de la preuve, puisqu'en réalité, il empêche la survenance de tout dommage.

b.

En ce qui concerne les modalités opérationnelles au travers desquelles pourrait être mise en œuvre la mesure de politique pénale étudiée, nous avons, rappelons-le, établi six modèles distincts, dont, à l'analyse, un seul paraît pouvoir être considéré comme légitime.

Il s'agit du premier modèle, où les caractéristiques de la collaboration exigée sont définies en *termes généraux*²⁰ et dans lequel le collaborateur de justice se voit reconnaître le *droit* de bénéficier de certains avantages à caractère *définitif et irrévocable*.

Tous les autres modèles paraissent, par contre, devoir être écartés, soit parce qu'ils ne garantissent au collaborateur de justice que des avantages à caractère précaire (au mépris de la sécurité juridique qu'il semble, au contraire, indispensable de garantir au collaborateur qui, en acceptant de coopérer avec les autorités, renonce à son droit au silence), soit parce qu'ils investissent le parquet du pouvoir d'apprécier discrétionnairement, dans chaque cas d'espèce, s'il souhaite ou non s'adjoindre la coopération d'un auteur qui paraît en mesure de collaborer utilement (alors qu'il nous a, au contraire, semblé que tous les auteurs des

²⁰ Encore faudrait-il, à notre estime, qu'elles le soient par une loi au sens formel du terme – et non par des circulaires du ministère public ou des décisions de principe de la jurisprudence – de manière à garantir au maximum la transparence et la publicité du débat de société qui nous paraît devoir être mené sur la hiérarchie à établir entre les diverses valeurs en cause.

infractions pour lesquelles on choisit de récompenser la collaboration procédurale devraient – pour autant, bien entendu, qu'ils aient des informations utiles à fournir – avoir le droit de collaborer et celui, corrélatif, d'obtenir certains avantages en retour), soit, encore, parce qu'ils ne circonscrivent nullement la mesure de politique pénale en cause (là où, pourtant, elle nous a semblé devoir être réglementée et limitée aux seules formes de criminalité qui mettent en cause des valeurs fondamentales et ne paraissent pas pouvoir être efficacement combattues autrement).

c.

S'agissant, enfin, de la protection du collaborateur de justice, nous avons vu qu'elle pouvait être organisée à l'intérieur comme en dehors du procès pénal, mais eu égard à la nécessité d'assurer une contradiction maximale et un plein exercice des droits de la défense des personnes mises en cause par le collaborateur, seul le second système paraît pouvoir être retenu.

7.

Le phénomène de la délation semble immémorial. De Judas au maccarthysme, la figure du délateur traverse l'histoire de nos sociétés, antiques comme modernes et il ne faut sans doute pas s'étonner que le système pénal ait songé à faire appel à elle ou à la susciter.

La pratique consistant à octroyer une forme plus ou moins étendue d'impunité à l'auteur qui dénonce ses complices paraît d'ailleurs fort ancienne, elle aussi, mais elle opère manifestement un retour en force ces dernières années. Au nom de la lutte contre une criminalité organisée ou terroriste présentée comme toujours plus menaçante, la tentation peut être grande de justifier la mesure en cause de manière strictement instrumentale ou gestionnaire, par la seule efficacité qu'on lui prête²¹.

Mais, une telle efficacité – outre qu'elle semble contestable – ne devrait pas suffire à légitimer le principe même du recours aux collaborateurs de justice. Ce serait perdre de vue qu'il s'agit d'une technique qui reste moralement discutable, qui va de pair, le plus souvent, avec d'importantes atteintes à la vie privée et familiale des personnes à protéger, et qui est susceptible d'induire une culture judiciaire fortement inquisitoire, avec une tendance toujours plus marquée à attendre de l'accusé qu'il participe activement à l'administration des preuves à charge.

L'efficacité ne saurait donc être le seul paramètre à prendre en compte. Il y va aussi, et surtout, de l'intégrité et de la dignité de notre système de justice pénal, et au-delà même, du modèle de société que l'on entend promouvoir.

²¹ Sur la tendance plus générale à mesurer la légitimité d'une loi à ses performances prétendues, voy. Y. CARTUYVELS et F. OST, *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998 (notamment pp. 43-44 et 71).

Liste des ouvrages et articles cités

- "Actualiteiten. Getuigenbescherming in Nederland", *N.J.B.*, 1995, pp. 724-725.
- "Actualiteiten. Wet getuigenbescherming biedt onvoldoende bescherming", *N.J.B.*, 1996, p. 585.
- ADAM, C. et TORO, F., "La sous-utilisation de la médiation pénale: chiffres et processus", *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 966-1004.
- ALFONSO, R., "Chiamata di correo nel contesto del terrorismo politico e nell'ambito delle associazioni criminali", *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, éd. par L. de Cataldo Neuburger, Milan, Cedam, 1992, pp. 47-56.
- ALFONSO, R., "Sorte dubbia per chi ha già riferito ai magistrati", *Guida al diritto*, 2001, n°11, pp. 71-73.
- ALLARD, A., *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Aalen, Scientia, 1970.
- ALSCHULER, A.W., "Plea bargaining and its history", *Columbia law review*, 1979, pp. 1-43.
- AMATO, G., *I traffici illeciti di stupefacenti*, Milan, Giuffrè, 1997.
- AMBROSINI, G., *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Turin, Utet, 1991.
- AMMETER, A.L., "Kuhlmann v. Wilson: 'Passive' and 'active' government informants – A problematic test", *Iowa law review*, 1987, pp. 1423-1441.
- AMODIO, E., "La testimonianza del coimputato nell'esperienza di common law: modelli premiali, prassi negoziali e collaborazione coatta", *La legislazione premiale, Convegno in ricordo di P. Nuvolone*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 191-202.
- ANCEL, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel, Ed. Ides et Calendes, 1971.
- ANDENAES, J., "Les effets de la prévention générale", *Arch. pol. crim.*, n°3, 1978, pp. 5-11.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10^e éd. (aggiornata e integrata da L. Conti), Milan, Giuffrè, 1987.
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 12^e éd. (aggiornata e integrata da L. Conti), Milan, Giuffrè, 1997.
- ARNSPERGER, C. et VAN PARIJS, P., *Ethique économique et sociale*, Paris, La découverte, 2000.
- AUDARD, C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, 3 vol., Paris, P.U.F., 1999.
- AUDARD, C., "Utilitarisme", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, pp. 1563-1570.
- AYAT, M., "Le silence prend la parole: la percée du droit de se taire en droit international pénal", *Rev. dr. int. comp.*, 2001, pp. 219-255.
- BARATTA, A., "Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal", *Déviance et société*, 1991, pp. 1 et s.
- BARGIS, M., "Non utilizzabili contro terzi le dichiarazioni rese in interrogatorio non documentato", *Dir. pen. e proc.*, 1999, pp. 79-85.
- BARGIS, M., "La teleconferenza", *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, éd. par E. Zappalà, Milan, Giuffrè, 1999, pp. 19-51.
- BARLETTA-CALDARERA, G., "Le nouveau code de procédure pénale en Italie", *Rev. dr. pén. crim.*, 1992, pp. 958-975.

BAUER, W.J., "Reflections on the role of statutory immunity in the criminal justice system", *Journal of criminal law & criminology*, 1976, pp. 143-154.

BEAUTHIER, G.H., "La délation: l'impunité dénoncée", *Déviance et société*, 1998, pp. 427-433.

BECCARIA, C., *Traité des délits et des peines*, Paris, Cujas, 1966.

BEEMAN, Y.A., "Accomplice testimony under contingent plea agreements", *Cornell law review*, 1987, pp. 800-826.

BEERNAERT, M.A., "L'audition de témoins sous couvert d'anonymat. Bilan et perspectives", *Custodes*, 4/2000, pp. 13-25.

BEERNAERT, M.A., "Mafia, maltraitance en prison et repentis", note sous Cour eur. dr. h., arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 124-136.

BEERNAERT, M.A., "Témoignage anonyme: un vent nouveau venu de Strasbourg...", *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, pp. 1229-1235.

BEIJER, A., *Bedreigde getuigen in het strafproces*, Deventer, Gouda Quint, 1997.

BEKAERT, H., *Théorie générale de l'excuse en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1957.

BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit criminel, Le Code d'instruction criminelle*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1903.

BENADI, G., "All aboard the Bruton line", *Journal of criminal law & criminology*, 1998-99, pp. 837-865.

BENTHAM, J., *Fragment sur le gouvernement. Manuel des sophismes politiques*, trad. par J.P. Cléro, Paris, L.G.D.J., 1996.

BENTHAM, J., "Théorie des peines et des récompenses", *Œuvres de J. Bentham*, trad. par P.E.L. Dumont et B. Laroche, t. II, Aalen, Scientia, 1969 (réimpression de l'édition bruxelloise de 1829).

BENTHAM, J., "Traité de législation civile et pénale", *Œuvres de J. Bentham*, trad. par P.E.L. Dumont et B. Laroche, t. I, Aalen, Scientia, 1969 (réimpression de l'édition bruxelloise de 1829).

BENTHAM, J., "Traité des preuves judiciaires", *Œuvres de J. Bentham*, trad. par P.E.L. Dumont et B. Laroche, t. II, Aalen, Scientia, 1969 (réimpression de l'édition bruxelloise de 1829).

BERBUTO, S. et PEVÉE, C., "La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs", *J.D.J.*, n° 204, avril 2001, pp. 3-21.

BERGHUIS, A.C., "La prévention générale: limites et possibilités", *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 69-100.

BERMAN, D.C., "Coercive contempt", *Columbia law review*, 1979, pp. 735-773.

BERNASCONI, A., *La collaborazione processuale*, Milan, Guiffré, 1995.

BERNASCONI, A., "Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo", *Politica del diritto*, 1997, pp. 193-214.

BERTEN, A., "Déontologisme", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, pp. 377-383.

BERTONI, R., "La legge sui pentiti: una prima valutazione d'insieme", *Giust. pen.*, 1982, II, 519-524.

BETTIOL, G. et PETTOELLO MANTOVANI, L., *Diritto penale. Parte generale*, 12^e éd., Padoue, Cedam, 1986.

- BEYENS, K., *Straffen als sociale praktijk*, Bruxelles, V.U.B. Press, 2000.
- BONETTO, G.F., "Problemi e scelte da non archiviare", *Legisl. pen.*, 1983, pp. 613-616.
- BORST, W.L. et NIJBOER, J.F., *Inleiding tot het strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen, Ars Aequi, 1986.
- BOSLY, H.-D., "L'information", *La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, Bruxelles, La Charte, 1998, pp. 9-27.
- BOSLY, H.-D. et TRAEST, P., "La procédure pénale belge", *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België. Het antwoord van de overheid*, éd. par C. Fijnaut, D. Van Daele et F. Verbruggen, Leuven, Universitaire Pers, 1998, pp. 163-184.
- BOSLY, H.-D. et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, 2^e éd., Bruges, La Charte, 2001.
- BOSSUYT, M.J. et HUMPHREY, P.J., *Guide to the 'Travaux préparatoires' of the International Covenant on civil and political rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1987.
- BOULOC, B., "Le problème des repentis. La tradition française relativement au statut des repentis", *Rev. sc. crim.*, 1986, pp. 771-782.
- BOVENKERK, F., *La bella Bettien*, Amsterdam, Meulenhoff, 1995.
- BOVENKERK, F., "En daar is hij dan, de kroongetuige", *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, éd. par C.H. Brants, C. Kelk et M. Moerings, Deventer, Gouda Quint, 1996, pp. 145-156.
- BRAHY, S., "Dénonciation officielle et dénonciation civique", *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, pp. 947-968.
- BRICOLA, F., "Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 121-136.
- BROSENS, W., "De wet en de drugs" (discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel d'Anvers le 1^{er} septembre 1976), *R.W.*, 1976-77, pp. 1025 et s.
- BUCKLEY, J.L., "Introduction to Panel III, Federalism and the scope of the federal criminal law", *American criminal law review*, 1989, pp. 1737-1739.
- BURNS, R. P., "Bright lines and hard edges: anatomy of a criminal evidence decision", *Journal of criminal law & criminology*, 1994-95, pp. 843-877.
- BURUMA, Y., "Afspraken met criminelen", *D. & D.*, 1999, pp. 584-600.
- BURUMA, Y., "De doodgeschoten kroongetuige", *Ars Aequi*, 1999, pp. 58-61.
- BURUMA, Y. et VEGTER, P.C., *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998.
- BUZZELLI, S., "L'art. 513 c.p.p. tra esigenze di accertamento e garanzia del contraddittorio", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 307-323.
- CANEPA, M. et MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario*, 4^e éd., Milan, Giuffrè, 1996.
- CARLSON, R.L., "Witness immunity in modern trials: observations on the uniform rule of criminal procedure", *Journal of criminal law & criminology*, 1976, pp. 131-142.
- CARNOT, M., *Commentaire sur le Code pénal*, t. I, Bruxelles, C-J De Mat, 1835.
- CARNOT, M., *De l'instruction criminelle*, t. IV, 3^e éd., Bruxelles, De Mat, 1831.

CARTUYVELS, Y. et OST, F., *Crise du lien social et crise du temps juridique*, Bruxelles, Fondation Roi Baudouin, 1998.

CASELLI, G.C. et INGROIA, A., "Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori della giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza", *Processo penale e criminalità organizzata*, éd. par V. Grevi, Rome, Laterza, 1993, pp. 195-227.

CASELLI, G.C. et PERDUCA, A., "Commento all'art. 2 l. 29/5/1982 n. 304", *Legisl. pen.*, 1982, pp. 556-561.

CASELLI, G.C. et PERDUCA, A., "Commento all'art. 3 l. 29/5/1982 n. 304", *Legisl. pen.*, 1982, pp. 561-569.

CÉDRAS, J., *Le droit pénal américain*, Paris, P.U.F., 1997.

CÉDRAS, J., *La justice pénale aux Etats-Unis*, Aix, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

CESONI, M.L. et ROBERT, C.N., "Du délateur au collaborateur de la justice: un parcours de légitimation?", *Déviance et société*, 1998, pp. 415-419.

CHARLES, R., "Le droit au silence de l'inculpé", *Ann. Dr.*, 1954, pp. 3-21.

CHARLES, R., "Du ministère public (mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1982)", *J.T.*, 1982, pp. 553-564.

CHELAZZI, G., *La dissociazione dal terrorismo*, Milan, Giuffrè, 1981.

CHIAVARIO, M., "Aperçus sur la procédure d'audience en Italie entre réforme et post-réforme", *Rev. sc. crim.*, 1994, pp. 207-215.

CHIAVARIO, M., "Commento all'art.6 l. 29/5/1982 n. 304", *Legisl. pen.*, 1982, pp. 572-581.

CHIAVARIO, M., "Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne", *Rev. sc. crim.*, 1992, pp. 30-41.

CHIAVARIO, M., "Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l'homme en Italie", *Rev. int. dr. pénal*, 1993, pp. 1193-1211.

CIRESE, V. et BERTUCCI, V., *The new italian criminal procedure for foreign jurists*, 2^e édition, Rome, Exen s.r.l. Italia, 1993.

CLEIREN, C.P.M. et NIJBOER, J.F., *Strafrecht. Tekst & Commentaar*, 2de druk, Deventer, Kluwer, 1997.

CLEIREN, C.P.M. et NIJBOER, J.F., *Strafvordering. Tekst & Commentaar*, 2de druk, Deventer, Kluwer, 1997.

CLOSE, F., "Requérir la peine privative de liberté et son exécution", *La durée et l'exécution des peines*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1988, pp. 30-64.

CLOSE, F., "La transaction en matière pénale", *Rev. dr. pén. crim.*, 1986, pp. 44-77.

Colloque réforme droit pénal (Sénat, 8 et 9 octobre 1998), Anvers, Maklu, 1998.

COMMISSION PARLEMENTAIRE CHARGÉE D'ENQUÊTER SUR LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE EN BELGIQUE, Rapport final, *Doc. Parl.*, Sénat, S.O. 1998-99, 1-326/9.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso. Problemi emersi nell'esperienza giudiziaria circa la posizione degli autori di delitti che collaborano con l'Autorità. Proposte operative*, Rome, International Publishing Enterprises, 1985.

CONSO, G. et GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, Milan, Cedam, 2000.

CONSTANT, J., "Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive", *Rev. dr. pén. crim.*, 1970-71, pp. 279-325.

CONTI, C., "Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni", *Dir. pen. e proc.*, 2001, pp. 592-607.

COOPERSTEIN, K. S., "Enforcing judgments against participants in the Witness Protection Program", *Stanford law review*, 1984, pp. 1017-1044.

CORBETTA, S., "Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale", *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, éd. par P. Tonini, Milan, Cedam, 2001, pp. 460-493.

Corpus Juris, sous la direction de M. Delmas-Marty, Anvers, Intersentia, 1998.

CORSO, P., "Il principio del 'giusto processo' nei procedimenti in corso. La riforma costituzionale tra attuazione e normativa transitoria", *Dir. pen. e proc.*, 2000, pp. 340-345.

CORSTENS, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, 3^{de} druk, Deventer, Gouda Quint, 1999.

COWEN, H., "Overstepping police authority", *Justice, crime and ethics*, éd. par M.C. Braswell, B.R. McCarthy et B.J. McCarthy, Cincinnati, Anderson Publishing Co, 1991, pp. 83-96.

Criminal procedure systems in the European Community, sous la direction de C. Van Den Wyngaert, London, Butterworths, 1993.

CUSSON, M., "Le sens de la peine et la rétribution", *Rev. int. crim. pol. techn.*, 1985, pp. 271-285.

DABIN, J., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969.

DALIA, A., *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo od eversione*, Milan, Giuffrè, 1982.

DALIA, A. et FERRAIOLI, M., *Manuale di diritto processuale penale*, Milan, Cedam, 2001.

D'AMBROSIO, L., "Il decreto 687/1994 sulla protezione dei collaboratori di giustizia: primi rilievi e qualche considerazione", *Cassazione penale*, 1995, pp. 786-794.

D'AMICO, *Il collaboratore della giustizia*, Rome, Laurus Robuffo, 1995.

DANTI-JUAN, M., *L'égalité en droit pénal*, Paris, Cujas, 1987.

DAVID, R. et JAUFFRET SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1988.

DAVIS, N., "Contemporary deontology", *A companion to ethics*, éd. par P. Singer, Oxford, Blackwell, 1993, pp. 206-

DE CATALDO NEUBURGER, L. et VALENTI, T., "Il filo di arianna. Donne, eversione armata e pentitismo", *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, éd. par L. de Cataldo Neuburger, Milan, Cedam, 1992, pp. 255-408.

DECLERCQ, R., "Le droit au silence", *Rapports belges au IXe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1974, pp. 611-626.

DE CODT, J., "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes", *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 3-66.

DE CODT, J., "La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense", *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 157-168.

DEGANELLO, M., "Commento all'art. 2 d.l. 8/6/1992 n.306", *Legisl. pen.*, 1993, pp. 40-45.

DE HERT, P., "Le droit au silence des suspects et témoins. Jurisprudence et législation relatives au principe nemo tenetur", *Vigiles*, 1999, n° 2, pp. 20-30.

DEJEMEPPE, B., "Les lignes directrices de la réforme de l'information pénale", *La loi du 12 mars 1998 réformant la procédure pénale*, Liège, Ed. Collection scientifique de la faculté de droit, 1998, pp. 59-86.

DEJEMEPPE, B., "Us et coutumes en matière pénale: les principes fondamentaux à la dérive?", *Rev. dr. pén. crim.*, 1988, pp. 17 et s.

La délation: un archaïsme, une technique, sous la direction de N. Czechowski et J. Hassoun, Paris, Autrement, 1992.

DELMAS-MARTY, M., *Les chemins de la répression*, Paris, P.U.F., 1980.

DELMAS-MARTY, M., "La preuve pénale", *Droits*, 1996, n° 23, pp. 53-65.

DELMAS-MARTY, M. et LAZERGES, C., "A propos du nouveau code pénal français", *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, pp. 133-184.

DELPÉRIÉ, F. et RASSON-ROLAND, A., *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996.

DEMERIN, P., "Benno, Brigitte et le violeur", *Autrement – La délation*, 1987, n° 94, pp. 89-93.

DE NAUW, A., "De aangifte als verschoningsgrond", *R.W.*, 1978-79, pp. 864-871.

DE NAUW, A., "Het adieren van de onderzoeksrechter", *Actuele problemen van strafrecht*, éd. par A. De Nauw, J. D'Haenens et M. Storme, Antwerpen, Kluwer, 1988, pp. 1-27.

DE NAUW, A., "De anonieme getuige", *R.W.*, 1985-86, pp. 1873-1892.

DE NAUW, A., *Drugs*, Anvers, Story-Scientia, 1998.

DE NAUW, A., "Overzicht van rechtspraak – Tien jaar drugwet", *R.W.*, 1986-87, pp. 833 et s.

DE NAUW, A., "Tien jaar drugwet (1985-1995)", *R.W.*, 1996-97, pp. 449-460.

DE NAUW, A., "Het verhoor van medebeklaagden en medeschuldigen", *R.W.*, 1984-85, pp. 2161-2182.

DE NAUW, A. et DERUYCK, F., "Le droit pénal spécial belge à l'épreuve du crime organisé", *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België. Het antwoord van de overheid*, éd. par C. Fijnaut, D. Van Daele et F. Verbruggen, Leuven, Univesitaire Pers, 1998, pp. 97-161.

DE ROOS, TH. A., "Rechtsbescherming op de tocht", *Strafrecht onder vuur. De bedreigde principes van de misdaadbestrijding*, éd. par F. Denkers, J.F. Glastra van Loon et C. Kelk, Amsterdam, Balans, 1994, pp. 90-117.

DE RUE, M., "Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière", *J.T.*, 2000, pp. 321-330.

DE RYCKERE, R., "L'impunité du dénonciateur", *Rev. dr. pén. crim.*, 1921, pp. 19-41.

DE SMET, B., "Het onmiddellijkheidsbeginsel in het strafproces: een anachronisme of een waarborg voor een kwalitatief goede rechtspleging?", *R.W.*, 1996-97, pp. 65-76.

DE SMET, B., "Het recht op een eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren", *R.W.*, 1997-98, pp. 241-253.

DE SMET, B., "De stille intocht van kroongetuigen", *Vlaams Jurist Vandaag*, mai 1997, pp. 2-4.

DE STOOP, C., *Ik ben makkelaar in hasj*, Amsterdam, De bezige bij, 1998.

- DE VALKENEER, C., *Le droit de la police*, Bruxelles, De Boeck, 1991.
- DE VALKENEER, C., *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- DE VALKENEER, C., note sous Bruxelles, 7 septembre 1994, *Journ. proc.*, 1994, liv. 268, pp. 26-30.
- DE VERO, G., "La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali", *Riv.it.dir. proc. pen.*, 1997, pp. 42-74.
- DE WILDE, L., "Anonimiteit in het strafproces", *Actuele problemen van strafrecht*, éd. par A. De Nauw, J. D'Haenens et M. Storme, Anvers, Kluwer, 1988, pp. 57-86.
- DE WILDE, L., "Het sepotbeleid", *Panopticon*, 1982, pp. 501-517.
- DI CHIARA, G., "Commento art. 13 d.l. 8/6/1992 n. 306", *Legisl. pen.*, 1993, pp. 165-172.
- DI GERONIMO, P., *L'incidente probatorio*, Milan, Cedam, 2000.
- DIMOCK, S., "Crime and society", *Encyclopedia of applied ethics*, éd. par R. Chadwick, vol. I, London, Academic press, 1997, pp. 679-691.
- DINACCI, F.R., "Primi interrogativi e riflessioni sulla nuova legge in tema di sostanze stupefacenti", *Cassazione penale*, 1991, pp. 1304-1314.
- DOMINIONI, O., "La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti", *La legislazione premiale, Convegno in ricordo di P. Nuvolone*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 171-190.
- DOMINIONI, O., "Verso l'obbligo di 'collaborare'", *Legisl. pen.*, 1983, pp. 604-609.
- DUCK, E.F., "The Williamson standard for the exception to the rule against hearsay for statements against penal interest", *Journal of criminal law & criminology*, 1994-95, pp. 1084-1113.
- DURKHEIM, E., *La division du travail social*, Paris, P.U.F., 1967.
- DWORKIN, R., *Prendre les droits au sérieux*, trad. par M-J Rossignol e.a., Paris, P.U.F., 1995.
- EKEU, J.P., *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, Cujas, 1993.
- ENGUÉLÉGUÉLÉ, S., *Les politiques pénales (1958-1995)*, Paris, L'Harmattan, 1998.
- ENQUÊTECOMMISSIE OPSPORINGSMETHODEN, *Inzake opsporing*, 's-Gravenhage, Sdu, 1996.
- ENSCHEDÉ Ch. J., *Beginnselen van strafrecht*, 8^{de} druk (bewerkt door C.F. Rüter et S.A.M. Stolwijk), Deventer, Kluwer, 1995.
- FASSONE, E., "'Pentitismo' e Cassazione 'pentita'?", *Cassazione penale*, 1986, pp. 1830-1836.
- FAVOREU, L., *Les cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., 1986.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Rome, Laterza, 1989.
- FERRUA, P., "L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova", *Dir. pen. e proc.*, 2001, pp. 585-592.
- FIBBE, R.A., "Aspecten van wettelijke regelingen omtrent de kroongetuige", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 99-119.
- FILANGIERI, G., *La scienza della legislazione*, Milan, Ed. Silvestri, 1817.

FISHER, D., "Fifth amendment – prosecutorial discretion not absolute: constitutional limits on decision not to file substantial assistance motion", *Journal of criminal law & criminology*, 1992-93, pp. 744-772.

FLORA G., "Attuali tendenze di politica criminale e ravvedimento del concorrente", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 231-236.

FONDAROLI, D., "Profili sostanziali dei decreti-legge 13 maggio 1991, n. 152 convertito con modifiche nella l. 12 luglio 1992, n. 203, e 31 dicembre 1991, n. 346, convertito nella l. 18 febbraio 1992, n. 172", *Mafia e criminalità organizzata*, éd. par P. Corso, G. Insolera et L. Stortoni, Turin, Utet, 1995, pp. 657 et s.

FORIERS, P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951.

FORNASARI, G., "Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso in un nuovo codice penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1336 et s.

FORTUNA E., DRAGONE S., FASSONE E., GIUSTOZZI R. et PIGNATELLI A., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 3^e éd., Padoue, Cedam, 1993.

FRANCHIMONT, M., JACOBS, A. et MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège et Jeune Barreau de Liège, 1989.

FREED, D., "Federal sentencing in the wake of guidelines: unacceptable limits on the discretion of sentencers", *Yale law journal*, 1991-92, pp. 1681 et s.

FRIGO, G., "Problemi deontologici, tecnici e psicologici nella gestione giudiziaria del 'pentito': la posizione del difensore", *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, éd. par L. de Cataldo Neuburger, Milan, Cedam, 1992, pp. 145-160.

FUENTES SORIANO, O., "La L.O. 19/1994 de proteccion de testigos y peritos en causas criminales", *Revista de derecho procesal*, 1995, pp. 135-163.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., "Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexion sur des arrêts récents", *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, t. II, Paris, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 569-614.

GARAVELLI, M., "La nuova legge sugli stupefacenti: prime osservazioni", *Cassazione penale*, 1990, pp. 2017 et s.

GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, 3^e éd., Paris, Sirey, 1935.

GELDERS, M., "Onthulling inzake hormonenmisdrifven", *R. W.*, 1996-97, pp. 444-445.

GEMMA, G. et PELLATI, R., "Processo e verità: un'altra decisione sostanzialmente coerente della Corte", *Giur. cost.*, 1998, pp. 3153-3169.

GERSHMAN, B.L., "The prosecutors obligation to grant defense witness immunity", *Criminal law bulletin*, 1988, pp. 14-23.

GIARDA, A., "Gli effetti indotti nel processo penale dalle norme sulla rilevanza del pentimento del reo", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 1341-1346.

GILBERT, M., "The future of congressional use immunity after United States v. North", *American criminal law review*, 1992-93, pp. 417-439.

GILISSEN, J., "La preuve en Europe du XVI^e siècle au début du XIX^e siècle", *La preuve. Moyen-Age et Temps Modernes, Recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. XVII, Bruxelles, Ed. de la librairie encyclopédique, 1965, pp. 757-829.

GINZBURG, C., *Le juge et l'historien*, Lagrasse, Verdier, 1997.

- GIORDANO, P., "L'esame con mezzi audiovisivi del collaboratore di giustizia", *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, éd. par E. Zappalà, Milan, Giuffrè, 1999, pp. 55-77.
- GIORDANO, P., "Il verbale illustrativo a garanzia del rapporto", *Guida al diritto*, 2001, n°11, pp. 56-61.
- GIUNTA, F., "Il sequestro di persona nelle recenti innovazioni legislative", *Archivio penale*, 1983, pp. 229-276.
- GLESENER, A., "Le classement sans suite et l'opportunité des poursuites", *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-73, pp. 353-362.
- GOLDSTOCK, R., "Techniques in the investigation and prosecution of organized crime in the United States", *Organized crime and its containment. A transatlantic initiative*, éd. par C. Fijnaut et J. Jacobs, Deventer, Kluwer, 1991, pp. 135-140.
- GORPHÉ, F., *La critique du témoignage*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1927.
- GRAHAM, M., *Witness intimidation. The law's response*, Westport, Quorum, 1985.
- GREER, S., "Towards a sociological model of the police informant", *British journal of sociology*, 1995, pp. 509-527.
- GREVI, V., "Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di 'giusto processo')", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 821-856.
- GREVI, V., "Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 1150-1186.
- GREVI, V., "Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio", *Processo penale e criminalità organizzata*, éd. par V. Grevi, Rome, Laterza, 1993, pp. 3-42.
- GRIFANTINI, F.M., "Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori", *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 121-189.
- GRIFFIN-COLLART, E., *Egalité et justice dans l'utilitarisme*, Bruxelles, Bruylant, 1974.
- GRILLO, C., "Nuova legge sugli stupefacenti e primi problemi interpretativi", *Cassazione penale*, 1991, pp. 1505-1508.
- GUARINO, A., "Anatomia della calunnia dei cosiddetti collaboratori della giustizia", *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, éd. par L. de Cataldo Neuburger, Milan, Cedam, pp. 239-243.
- GUAZZALOCA, B., "Criterio del doppio binario, utilizzo della premialità e degiurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza", *La lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, éd. par G. Giostra et G. Insolera, Milan, Giuffrè, 1995, pp. 141-153.
- GUAZZALOCA, B., "Profili penitenziari dei decreti legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 12 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356", *Mafia e criminalità organizzata*, éd. par P. Corso, G. Insolera et L. Stortoni, Turin, Utet, 1995, pp. 730 et s.
- HADDAD, J.B., "The future of confrontation clause developments: what will emerge when the Supreme Court synthesizes the diverse lines of confrontation decisions?", *Journal of criminal law & criminology*, 1990, pp. 77-98.
- HALIMI, A., "Une certaine France sous l'Occupation", *Autrement – La délation*, 1987, n° 94, pp. 105-110.
- HANOZIN, C., PIERS, A., VAN BOVEN, B., VANEMPTEN, N., et VANNESTE, C., "La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Evaluation de sa mise en application", *Rev. dr. pén. crim.*, 1997, pp. 589-635.

HART, H.L.A., "La démystification du droit", *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés St Louis, 1987, pp. 89-118.

HAUS, J.J., *Principes généraux du droit pénal*, t. I, Gand, Librairie générale Ad. Hoste, 1879.

HAZEWINKEL-SURINGA, D. et REMMELINK J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 15^{de} druk, Deventer, Gouda Quint, 1996.

HEANEY, G.W., "The reality of guidelines sentencing: no end to disparity", *American criminal law review*, 1991, pp. 161-228.

HÉLIE, F., "De la preuve en matière criminelle", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, pp. 396-417.

HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1863.

HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1865.

HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1869.

HENNAU, C. et VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1995.

HENRION, P., *Preuve pénale et droits de l'homme*, Nice, Faculté de droit, des sciences économiques et de gestion, 1998.

HENRY, P., "De l'intime conviction", *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1985, pp. 203-238.

HILDEBRANT, M., "De rechtvaardiging van deals met criminelen, een reactie op de inktvis van Kaptein", *R. & R.*, 1999, pp. 52-64.

HINMAN, L.H., *Ethics. A pluralistic approach to moral theory*, 2^e éd., Fort Worth, Harcourt Brace, 1998.

HIRSCH BALLIN, E.M.H., "De bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en de plaats van de kroongetuige daarin", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 7-11.

HOTTELIER, M., *Le Bill of Rights et son application aux Etats américains*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995.

HUGHES, G., "Agreements for cooperation in criminal cases", *Vanderbilt law review*, 1992, pp. 1-69.

HULSMAN, L. et BERNAT DE CÉLIS, J., *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

HUMPHREYS, R., "Immunity", *American criminal law review*, 1992, pp. 675-695.

Intimidation des témoins et droits de la défense, Recommandation n° R (97) 13 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 10 septembre 1997 et exposé des motifs, Strasbourg, Ed. du Conseil de l'Europe, 1998.

IOVINO, F., "Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata", *Cassazione penale*, 1992, pp. 438-445.

IOVINO, F., "Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario", *Cassazione penale*, 1993, pp. 1257-1279.

JANSSEN, C. et VERVAELE, J., *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

JEFFRESS, W.H., "The new federal witness tampering statute", *American criminal law review*, 1984-85, pp. 1-23.

- JEZER, A., "The right to confrontation in codefendant confession cases: Richardson v. Marsh and Cruz v. New-York", *Cornell law review*, 1989, pp. 712-741.
- JONAKAIT, R. N., "Restoring the Confrontation Clause to the Sixth Amendment", *UCLA law review*, 1988, pp. 557-622.
- JÖRG, N et KELK, C., *Strafrecht met mate*, Deventer, Gouda Quint, 2001.
- JOSSERAND, C., *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Paris, L.G.D.J., 1998.
- KANT, E., "Fondements de la métaphysique des mœurs", *Œuvres philosophiques d'Emmanuel Kant*, sous la direction de F. Alquié, trad. par V. Delbos, vol. II, , Paris, Gallimard, 1985.
- KANT, E., "Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit", *Œuvres philosophiques d'Emmanuel Kant*, sous la direction de F. Alquié, trad. par J. Masson et O. Masson, vol. III, , Paris, Gallimard, 1986.
- KANT, E., "Sur un prétendu droit de mentir par humanité", *Œuvres philosophiques d'Emmanuel Kant*, sous la direction de F. Alquié, trad. par L. Ferry, vol. III, , Paris, Gallimard, 1986.
- KAPTEIN, H., "Octopus(sy) of de prijs van de kroongetuige", *R. & R.*, 1998, pp. 55-71.
- KEIJZER, N., NIJBOER, J.F., SANDERS, H., SENNEF, A. et TAK, P.J.P., "Organized crime & criminal procedure in the Netherlands", *Rev. int. dr. pén.*, 1998, pp. 957-986.
- KELLENS, G., *Punir: pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, Ed. juridiques de l'Université de Liège, 2000.
- KELLER, A. R., "Inculpatory statements against penal interest and the Confrontation Clause", *Columbia law review*, 1983, pp. 159-185.
- KINSCH, P., "Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination", *Bull. dr. h.*, 1993, pp. 47-54.
- KLEES, O., "De l'obligation de témoigner au droit au silence", *Rev. trim. dr. h.*, 1994, pp. 248-263.
- KOBLITZ, D., "The public has a claim to every man's evidence: the defendant's constitutional right to witness immunity", *Stanford law review*, 1977-78, pp. 1211-1242.
- KOENIG, D.M., "The criminal justice system facing the challenge of organized crime", *Rev. int. dr. pén.*, 1998, pp. 305-325.
- KUTY, F., "L'étendue du droit au silence en procédure pénale", *Rev. dr. pén. crim.*, 2000, pp. 309-334.
- LAFAVE, W.R. et ISRAEL, J.H., *Criminal Procedure*, 2e éd., St Paul, West Publishing Co, 1992.
- LAINGUI, A. et LEBIGRE, A., *Histoire du droit pénal. La procédure criminelle*, Paris, Cujas, s.d.
- LALLEMAND, R., "Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique", *Punir, mon beau souci, Pour une raison pénale*, sous la direction de F. Ringelheim, Bruxelles, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 1984, pp. 13-33.
- LANGBEIN, J.H., "Torture and plea bargaining", *University of Chicago law review*, 1978, pp. 3-22.
- LARMORE, C., *Modernité et morale*, Paris, P.U.F., 1993.
- LASCOUMES, P., PONCELA, P. et LENOËL, P., *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.
- LAUDI, M., "Giudizio positivo per una legge difficile", *Legisl. pen.*, 1983, pp. 609-613.
- LAUDI, M., *Terroristi pentiti e liberazione condizionale*, Milan, Giuffrè, 1984.

- LAZARIDIS, S., "La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui", *Arch. phil. dr.*, 1983, pp. 91-107.
- LE BRUN DE LA ROCHETTE, C., *Le procès criminel*, Livre II, Rouen, Pierre Calles, 1613.
- La legislazione premiale, Convegno in ricordo di P. Nuvolone*, Milan, Giuffrè, 1987.
- LEGROS, R., "La preuve légale en droit pénal", *J.T.*, 1978, pp. 589-595.
- LEMONDE, M., "La protection des témoins devant les tribunaux français", *Rev. sc. crim.*, 1996, pp. 815-821.
- LENSING, J.A.W., *Amerikaans strafrecht. Een vergelijkende inleiding*, Arnhem, Gouda Quint, 1996.
- LEVIN J. M., "Organized crime and insulated violence: Federal liability for illegal conduct in the Witness Protection Program", *Journal of criminal law & criminology*, 1985, pp. 208-250.
- LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXIX, Paris, Treuttel et Würtz, 1831.
- LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XXX, Paris, Treuttel et Würtz, 1832.
- LODATO, S. et GRASSO, P., *La mafia invisibile*, Milan, Mondadori, 2001.
- LUBERTO, S. et MANGANELLI, A., *I sequestri di persona a scopo di estorsione*, Padoue, Cedam, 1984.
- LUNDSTROM, B. D., "Sixth amendment-right to counsel: limited postindictment use of jailhouse informants is permissible", *Journal of criminal law & criminology*, 1986, pp. 743-774.
- LUPKIN, J.D., "5.K.1.1. and substantial assistance in departure: the illusory carrot of the federal sentencing guidelines", *Columbia law review*, 1991, pp. 1519-1546.
- LUPO, S., *Histoire de la mafia des origines à nos jours*, trad. par J.C. Zancarini, Paris, Flammarion, 1999.
- LUSHING, P., "Testimonial immunity and the privilege against self-incrimination: a study in isomorphism", *Journal of criminal law & criminology*, 1981, pp. 1690 et s.
- LYONS, D., "Utilitarianism", *Encyclopedia of ethics*, éd. par L.C. Becker, vol. II, Chicago, St James Press, 1992, pp. 1261-1268.
- MADDALENA, M., *Le circostanze attenuanti per i terroristi 'pentiti'*, Milan, Giuffrè, 1984.
- MADDALENA, M., "I sequestri di persona", *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, éd. par L. Violante, Milan, Giuffrè, 1986, pp. 455-500.
- MADDALENA, M., "Sulle misure di protezione commissione arbitro unico", *Guida al diritto*, 2001, n°11, pp. 52-55.
- MANK, B.C., "Rewarding defendant cooperation under the federal sentencing guidelines: judges v. prosecutors", *Criminal law bulletin*, 1990, pp. 399-431.
- MANUNZA, E., "De bescherming van kroongetuigen in Italië", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 37-64.
- MANUNZA, E. et KOOPS, B.J., "Garanties voor de betrouwbaarheid van kroongetuigen", *D. & D.*, 1998, pp. 768-785.
- MANUNZA, E. et TAK, P.J.P., "Tegen welke kroongetuige zet Van Traa zich af?", *D. & D.*, 1996, pp. 552-560.
- MANZIONE, D., "Commento artt. 9-18 d.l.15/1/1991 n. 8", *Legisl. pen.*, 1992, pp. 676-695.

- MARCUS, M., "Comme tu as de grandes oreilles...C'est pour mieux t'écouter mon enfant !", *Autrement - La délation*, 1987, n° 94, pp. 142-151.
- MARGARITELLI, M., "Limitata partecipazione al fatto criminoso", *Giur.cost.*, 1994, pp. 3209-3214.
- MARGARITELLI, M., "I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale", *Giur.cost.*, 1993, pp. 2511-2517.
- MARIQUE, E., "Témoignage anonyme", *Actualités du droit*, 1998, pp. 533-577.
- MARTINI, A., "Commento all'art. 15 d.l. 8/6/1992 n. 306", *Legisl. pen.*, 1993, pp. 186-198.
- MARZADURI, E., *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milan, Giuffrè, 1985.
- MARZADURI, E., "Commento art. 2 l. 7/1/1998 n.11", *Legisl. pen.*, 1999, pp. 862-889.
- MASS, S., "The dilemma of the intimidated witness in federal organised crime prosecutions", *Fordham law review*, 1982, pp. 582 et s.
- MASSET, A., *La répression du terrorisme. Réponses en droit belge, en droit pénal comparé et en droit pénal international*, Liège, Faculté de droit, 1994.
- MAYAUD, Y., "Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Droit pénal général. France", *Rev. int. dr. pén.*, 1997, pp. 793-811.
- MAZZA, O., "Pubblicità e collaboratori della giustizia", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1521-1532.
- MAZZUCA, T., "Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti? Bilancio di una esperienza e sue prospettive", *Giust. pen.*, 1984, I, pp. 299-301.
- MC FADDEN, P., "The balancing test", *Boston College law review*, 1988, pp. 586-656.
- MCLANE, M.W., "Immunity: a state grant of amnesty", *Criminal law bulletin*, 1981, pp. 234-240.
- MERLE, R. et VITU, A., *Traité de droit criminel*, t. I (Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général), 7^e éd., Paris, Cujas, 1997.
- MERLE, R. et VITU, A., *Traité de droit criminel*, t. II (Procédure pénale), 4^e éd., Paris, Cujas, 1989.
- METAYER, M., *La philosophie éthique: enjeux et débats actuels*, Saint-Laurent, Ed. du renouveau pédagogique, 1997.
- MINKENHOF, A., *De Nederlandse strafvordering*, 7^{de} druk (bewerkt door Prof. J.M. Reijntjes), Deventer, Gouda Quint, 1998.
- MISNER, R.L., "Recasting prosecutorial discretion", *Journal of criminal law & criminology*, 1995-96, pp. 717-777.
- MITTERMAIER, C.J.A., *Traité de la preuve en matière criminelle*, Paris, L.G.D.J., 1848.
- MOCCIA, S., "Italie. Le système pénal à l'épreuve du crime organisé", *Rev. int. dr. pén.*, 1997, pp. 853-870.
- MOCCIA, S., "Vérité substantielle et vérité du procès", *Déviance et société*, 2000, pp. 109-118.
- MOLS, G. et SPONG, G., *De kroongetuige in het Octopus-proces*, Deventer, Gouda Quint, 1997.
- MOMMSEN, T., *Le droit pénal romain*, trad. par J. Duquesne, t. II, Paris, A. Fontemoing, 1907.
- MORAND, C. A., "Formes et fonctions de l'évaluation législative", *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?*, sous la direction de B. Jadot et F. Ost, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1999, pp. 207-227.

MOROSINI, P., "Il principio del 'giusto processo' nei procedimenti in corso. Contraddittorio nella formazione della prova e criminalità organizzata", *Dir. pen. e proc.*, 2000, pp. 334-340.

MOROSINI, P., "La formazione della prova nei processi per fatti di criminalità organizzata (art. 190bis C.p.p.)", *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, éd. par P. Tonini, Milan, Cedam, 2001, pp. 219-234.

MOSCARINI, P., "L'esame del coimputato dopo la l. 7 agosto 1997 n. 267: dal suo parziale silenzio al regime delle contestazioni", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 65-77.

MURPHY, C.M., "Justice Scalia and the confrontation clause: a case study in originalist adjudication of individual rights", *American criminal law review*, 1996-97, pp. 1243-1266.

MURPHY, S.C. et GILMAN, D., "Twenty-ninth annual review of criminal procedure. Sixth Amendment at trial", *Georgetown law journal*, 2000, pp. 1442-1470.

MUSCO, E., "La premialità nel diritto penale", *La legislazione premiale, Convegno in ricordo di P. Nuvolone*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 115-132.

NAGEL, T., "Guerre et massacres", *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, éd. par C. Audard, trad. par P. Routier, J.P. Martial et C. Audard, vol. III, Paris, P.U.F., 1999, pp. 292-313.

NANULA, G., *La lotta alla mafia*, Milan, Giuffrè, 1996.

NAPPI, A., *Guida al Codice di Procedura Penale*, 7e éd., Milan, Giuffrè, 2000.

NEMERSON, S.S., "Coercive sentencing", *Minnesota law review*, 1979-80, pp. 669-750.

NENCINI, A., *Le altre norme sui terroristi pentiti*, Milan, Giuffrè, 1986.

NEPPI MODONA, G., "Dichiarazione dei pentiti e problemi della prova", *La legislazione premiale, Convegno in ricordo di P. Nuvolone*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 247-257.

NICCOLAI, G., "Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti? Sintesi", *Giust. pen.*, 1984, I, pp. 319-320.

NUBOER, J.F., "Rechtsvergelijking als invalshoek voor de ontwikkeling van het strafprocesrecht", *De meerwaarde van de rechtsvergelijking. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. U. Jessurun d'Oliveira*, Deventer, Kluwer, 1999, pp. 243-257.

NOTE, "Accomplice testimony under conditional promise of immunity", *Columbia law review*, 1952, pp. 138-141.

NOTE, "Ex post facto limitations on changes in evidentiary law: repeal of accomplice corroboration requirements", *Fordham law review*, 1986-87, pp. 1191 et s.

NOTE, "Judicial supervision of non-statutory immunity", *Journal of criminal law & criminology*, 1974, pp. 334-344.

NOTE, "A prosecutor's duty to disclose promises of favorable treatment made to witnesses for the prosecution", *Harvard law review*, 1980-81, pp. 887-902.

NOTE, "Richardson v. Marsh: codefendant confessions and the demise of confrontation", *Harvard law review*, 1987-88, pp. 1876-1894.

NOTE, "Right of the criminal defendant to the compelled testimony of witnesses", *Columbia law review*, 1967, pp. 953-977.

NOTE, "The sixth amendment right to have use immunity granted to defense witnesses", *Harvard law review*, 1977-78, pp. 1266-1280.

NOTE, "The unconstitutionality of plea bargaining", *Harvard law review*, 1969-70, pp. 1387-1411.

NUVOLONE, P., "Relazione di sintesi", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 277-281.

NYPELS, J.S.G., *Législation criminelle de la Belgique*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1870.

NYPELS, J.S.G. et SERVAIS, J., *Le Code pénal belge interprété*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1896.

ONSEA, I., "Wet betreffende de criminele organisaties: een eerste effectieve stap in de strijd tegen georganiseerde criminaliteit?", *Panopticon*, 1999, pp. 278-286.

ORLANDI, R., "Commento art. 27 l. 16/12/1999 n. 479", *Legisl. pen.*, 2000, pp. 438-450.

ORLANDI, R., "Commento art. 30 l. 16/12/1999 n. 479", *Legisl. pen.*, 2000, pp. 464-469.

ORLANDI, R., "Commento art. 32 l. 16/12/1999 n. 479", *Legisl. pen.*, 2000, p. 471.

ORTOLAN, M., *Eléments du droit pénal*, 5^e éd., Paris, Plon, 1886.

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992.

OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., "Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices?", *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, pp. 477-492.

OTTE, M., "Kanttekeningen bij de voorgenomen regeling van de kroongetuige", *N.J.B.*, 1999, pp. 113-121.

PACKER, H.L., *The limits of criminal sanction*, Stanford, Stanford University press, 1968.

PADOVANI, T., "Commento all'art. 4 d.l. 15/12/1979 n° 625", *Legisl. pen.*, 1981, pp. 54-60.

PADOVANI, T., "Commento alla l. 30/12/1980 n. 894", *Legisl. pen.*, 1981, pp. 171-177.

PADOVANI, T., *Diritto penale*, 4^e éd., Milan, Giuffrè, 1998.

PADOVANI, T., "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 529-545.

PADOVANI, T., "Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 398-436.

PALAZZO, F., "La législation italienne contre la criminalité organisée", *Rev. sc. crim.*, 1995, pp. 711-721.

PALAZZO, F., "Le problème des repentis. La législation italienne sur les 'repentis': discipline, problèmes et perspectives", *Rev. sc. crim.*, 1986, pp. 757-769.

PALAZZO, F., "Terrorisme et législation anti-terroriste en Italie", *Rev. sc. crim.*, 1987, pp. 639-655.

PALAZZO, F., "L'uso personale di stupefacenti nella nuova legge antidroga", *Legisl. pen.*, 1992, pp. 153-186.

PALMIERI, E., "I 'maxiprocessi' nell'esperienza giuridica italiana", *Riv. pol.*, 1999, pp. 289-300.

Pandectes belges, v° *Cour d'assises*, t. 27, Bruxelles, Larcier, 1888.

Pandectes belges, v° *Dénonciateur-dénonciation*, t. 29, Bruxelles, Larcier, 1889.

PAPA, M., "La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée", *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 725-738.

PARFIT, D., "Justice distributive, utilitarisme et identité personnelle", *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, éd. par C. Audard, t. III, Paris, P.U.F., 1999, pp. 200-215.

PASELLA, R., "Diritto penale premiale e funzione della pena", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 237-242.

PERELMAN, C., "Essai de synthèse", *La preuve en droit*, sous la direction de Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 357-364.

PESCE, T.A., "Defining witness tampering under 18 U.S.C. section 1512", *Columbia law review*, 1986, pp. 1417-1435.

PETERS, T., "Probleemoplossing en herstel als functies van de straf", *Panopticon*, 1996, pp. 555-569.

PETTIT, P., "Conséquentialisme", *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la dir. de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, pp. 313-320.

PETTTI, L.E., "Le problème des repentis", *Rev. sc. crim.*, 1986, pp. 751-752.

PIRES, A., "Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne", *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, éd. par C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, t. II, Bruxelles, De Boeck, 1998, pp. 85-143.

PIRES, A., "Kant face à la justice criminelle", *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, éd. par C. Debuyst, F. Digneffe et A. Pires, t. II, Bruxelles, De Boeck, 1998, pp. 147-205.

PIRES, A., "La 'ligne Maginot' en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince", *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, pp. 145-170.

PISANI, M., "Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 11-36.

PISAPIA, G., "Relazione introduttiva", *La legislazione premiale, Convegno in ricordo di P. Nuvolone*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 31-36.

PLATON, "Protagoras", *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Les belles lettres, 1955.

PONCELA, P., *Droit de la peine*, Paris, P.U.F., 1995.

PONCELA, P. "Droit de punir et pouvoirs de punir: une problématique de l'Etat", *Arch. phil. dr.*, t. 28, 1983, pp. 123-135.

POTTER, N., "Kantianism", *Encyclopedia of applied ethics*, vol. III, London, Academic press, 1997, pp. 31-38.

POULLET, E., *Histoire du droit pénal dans le Duché de Brabant*, Bruxelles, Hayez, 1870.

PRADEL, J., "La protection du témoin contre les pressions. Aspects du droit pénal français ", *Rev. int. crim. pol. tech.*, 1996, pp. 160-168.

PRAKKEN, T., "Over kroongetuigen en deals met criminelen", *N.J.B.*, 1996, pp. 1615-1621.

La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles, Troisième colloque du Département des droits de l'homme de l'UCL, Bruxelles, Bruylant, 1977.

PREUMONT, M., "Eléments constitutifs des infractions", *J. dr. jeun.* 1999, liv. 181, 29-30.

PREUMONT, M., "Un exemple de politique criminelle: la dénonciation, cause d'excuse prévue par l'article 6 de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques", *Mélanges offerts à R. Legros*, Bruxelles, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 1985, pp. 499-516.

Procédures pénales d'Europe, sous la direction de M. Delmas-Marty, Paris, P.U.F., 1995.

PROSDOCIMI, S., "Oneri ed obblighi del reo di fronte alle conseguenze del reato", *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla Fondazione Avv. Angelo Luzzani di Como*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 243-249.

PULITANÒ, D., "Tecniche premiali fra diritto e processo penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 1005-1041.

QUINN, L.S., "Defense witness immunity - A fresh look at the compulsory process clause", *Louisiana law review*, 1982-83, pp. 239-259.

RACHED, A., *De l'intime conviction du juge*, Paris, Pedone, 1942.

RADZINOWICZ, L., *A history of English criminal law*, vol. 2, London, Stevens & Sons Ltd, 1956.

RAMAJOLI, S., *I procedimenti speciali nel codice di procedura penale*, Milan, Cedam, 1993.

RAWLS, J., *Théorie de la justice*, trad. par C. Audard, Paris, Le Seuil, 1987.

RAYMOND, J., "L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et la loi pénale nationale", *Droit pénal européen*, Bruxelles, P.U.B., 1970, pp. 81-106.

R.D.G., "The reach of the fifth amendment privilege when domestically compelled testimony may be used in a foreign country's court", *Virginia law review*, 1983, pp. 875-900

RESTA, E., "Il diritto penale premiale: 'nuove' strategie di controllo sociale", *Dei delitti e delle pene*, 1983, pp. 41-69.

RICHERT, J.P., "La procédure du 'plea-bargaining' en droit américain", *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 375-392.

RICHMAN, D.C., "Cooperating clients", *Ohio State law journal*, 1995, pp. 69-151.

RIGAUX, F., *La loi des juges*, Paris, O. Jacob, 1997.

RIVELLO, P.P., "Commento all'art. 3 d.l. 8/6/1992 n. 306", *Legisl. pen.*, 1993, pp. 46-57.

RIVELLO, P.P., "Commento all'art. 7 d.l. 8/6/1992 n. 306", *Legisl. pen.*, 1993, pp. 92-103.

RIVELLO, P.P., "Commento all'art. 8 d.l. 8/6/1992 n. 306", *Legisl. pen.*, 1993, pp. 104-109.

ROBERT, Ch., "La durée de la peine", *La durée et l'exécution des peines*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1988.

ROBERT, P., "L'utilitarisme, les économistes et la délinquance", *Arch. phil. dr.*, t. 26, 1981, pp. 199-222.

ROBERT, P. et FAUGERON, C., *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980.

ROBERTI, F., "Nella netta distinzione tra premio e tutela, un contributo al superamento delle distorsioni", *Guida al diritto*, 2001, n° 11, pp. 45-51.

ROETS, D., *Impartialité et justice pénale*, Paris, Cujas, 1997.

- ROSENTHAL, P., "He said, she said: partially redacted confessions and the state of Bruton after Gray v. Maryland", *Annual survey of american law*, 1998, pp. 103-131.
- ROTH, R., "Le nouveau procès pénal italien et son évolution: un système accusatoire à la recherche de son équilibre", *Rev. pén. suisse*, 1996, pp. 148-175.
- ROTSZTAIN, D. A., "The Fifth Amendment privilege against self-incrimination and fear of foreign prosecution", *Columbia law review*, 1996, pp. 1940-1972.
- RUGA RIVA, C., "I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei", *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, éd. par V. Militello, L. Paoli et J. Arnold, Freiburg im Breisgau, Iuscrim, 2000, pp. 345-394.
- RUGA RIVA, C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milan, Giuffrè, 2002.
- SADZOT, A., "L'égalité des armes et la contradiction dans le procès pénal", *Les droits de la défense*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, pp. 129-180.
- SALVINI, G., "Un primo bilancio della legge sui terroristi pentiti tra importanza e difficoltà della sua applicazione", *Cassazione penale*, 1983, pp. 1256-1278.
- SAMMARCO A.A., "La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 871-907.
- SANNA, A., "Il contributo dell'imputato in un diverso procedimento: forme acquisitive e garanzie di attendibilità", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 490-527.
- SAVERDA, C.J., "Accomplices in federal court: a case for increased evidentiary standards", *Yale law journal*, 1990, pp. 785-804.
- SBRICCOLI M., "Collaboration de justice et mafia: des réformes pour une urgence incessante", *Déviance et société*, 1998, pp. 421-426.
- SCANDELLARI, A., "La premialità nel diritto penale sostanziale e nel nuovo processo penale", *Giust. pen.*, 1993, III, pp. 216-224.
- SCANDELLARI, A et VOLPE, G., "Le modificazioni al processo penale ex d.l. 8 giugno 1992, n. 306", *Giust. pen.*, 1992, III, pp. 461-474.
- SCANDELLARI, A et VOLPE, G., "Le modifiche processuali nella legge di conversione 7 agosto 1992 n. 356", *Giust. pen.*, 1993, III, pp. 184-192.
- SCAPARONE, M., "Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato", *Giur.cost.*, 1998, pp. 3148-3153.
- SCELLA, A., "Commento art. 5 l. 7/8/1997 n. 267", *Legisl. pen.*, 1998, pp. 341-346.
- SCELLA, A., "Una novella dal significato non univoco", *Legisl. pen.*, 1998, pp. 287-295.
- SCHULHOFER, S.J. et NAGEL, I.H., "Negotiated pleas under the federal sentencing guidelines: the first fifteen months", *American criminal law review*, 1989-90, pp. 231-288.
- SCHUR, G., "The United States' Witness Security Program", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 65-76.
- SCHWARTZ, B., "Le système pénal américain: son esprit et sa technique", *Le système pénal des Etats-Unis d'Amérique* (sous la dir. de M. Ancel et B. Schwartz), Paris, Ed. de l'Epargne, 1964, pp. 1-14.
- SCIALLA, L., "Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti? Aspetti storici con particolare riguardo alla camorra", *Giust. pen.*, 1984, I, pp. 315-317.

- SCOMPARIN, L., *La tutela del testimone nel processo penale*, Milan, Cedam, 2000.
- SCOT, R. et STUNTZ, W., "Plea bargaining as contract", *Yale law journal*, 1991-92, pp. 1909-1968.
- SCREVEN, R., *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1967.
- SCREVEN, R., *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. III, Bruxelles, Larcier, 1972.
- SETON-WATSON, C., "Terrorism in Italy", *The threat of terrorism*, éd. par J. Lodge, Brighton, Wheatsheaf Books, 1988, pp. 89-118.
- SERRANO-PIEDecasas, J.R., "Réponse pénale au crime organisé en Espagne", *Rev. int. dr. pén.*, 1998, pp. 293-303.
- SHEFFLER, S., *Consequentialism and its critics*, Oxford, Oxford university press, 1988.
- SICILIANO, F., "Il disegno di legge di riforma della normativa sui collaboratori di giustizia. Riflessioni e proposte", *Giust. pen.*, 1997, III, pp. 698-704.
- SIRACUSANO, F., "Videoconferenza e telesame nella giurisprudenza della Corte europea di diritti dell'uomo", *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, éd. par E. Zappalà, Milan, Giuffrè, 1999, pp. 213-229.
- SIRON, N., VERMEULEN, G., DE RUYVER, B., TRAEST, P. et VAN CAUWENBERGE, A., *Bescherming van en samenwerking met getuigen*, Anvers, Maklu, 2000.
- SONENSHEIN, D. A., "The residual exceptions to the federal hearsay rule: two exceptions in search for a rule", *New York University law review*, 1982, pp. 867-905.
- STANDEN, J., "Plea bargaining in the shadow of the guidelines", *California law review*, 1993, pp. 1471-1538.
- STESSENS, G., *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Anvers, Intersentia, 1997.
- STONE, R.L., "The case against a right to defense witness immunity", *Columbia law review*, 1983, pp. 139-158.
- SUETENS, J.H., "L'instruction", *Les Nouvelles, Procédure pénale*, t. I, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1946, pp. 373-430.
- SUGAR, D., "Federal witness immunity problems and practices under 18 U.S.C. §§ 6002-6003", *American criminal law review*, 1976-77, pp. 275-304.
- SUSINI, J., "Un chapitre de la psychologie policière: la dénonciation", *Rev. sc. crim.*, 1964, pp. 887 et s.
- SWART, A.H.J., "Bewijs leveren tegen zichzelf", *Ars Aequi*, 1993, pp. 672-680.
- SWART, A.H.J., "The Netherlands", *Criminal procedure systems in the European Community*, sous la direction de C. VAN DEN WYNGAERT, London, Butterwoths, 1993, pp. 279-316.
- Le système pénal des Etats-Unis d'Amérique*, sous la direction de M. Ancel et B. Schwartz, Paris, Ed. de l'Epargne, 1964.
- "Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé, XVIe Congrès international de droit pénal, Budapest, 5-11 septembre 1999, Résolutions", *Rev. int. dr. pén.*, 1999, pp. 869 et s.
- TAK, P.J.P., "Controverses rond de kroongetuige", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 1-6.
- TAK, P.J.P., "Deals with criminals: supergrasses, crown witnesses and pentiti", *Eur. Journ. Crime, Crim. L. Crim. J.*, 1997, pp. 2-26.

- TAK, P.J.P., *De kroongetuige en de georganiseerde misdaad*, Arnhem, Gouda Quint, 1994.
- TAMBURRINO, G., "Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti? Per un ritorno alla legislazione comune", *Giust.pen.*, 1984, I, pp. 311-312.
- T HART, A.C., *De meerwaarde van het strafrecht*, 's-Gravenhage, Sdu, 1997.
- THOMAS, M., "Point de vue d'un magistrat du parquet", *J. dr. jeun.* 1999, liv. 181, 26-28.
- THORNBURGH, R.L., "Reconciling effective federal prosecution and the fifth amendment: 'criminal coddling', 'the new torture' or 'a rational accomodation'?", *Journal of criminal law & criminology*, 1976, pp. 155-166.
- THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse*, trad. L. Bodin et J. de Romilly, t. IV, Paris, Les belles lettres, 1955.
- TIMPERMAN M., "Over de bestrijding van de hormonencriminaliteit: een stand van zaken (discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Gand le 1^{er} septembre 1998)", *R.W.*, 1999, pp. 897-916.
- TONINI, P., "L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo", *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, éd. par P. Tonini, Milan, Cedam, 2001, pp.3-45.
- TONINI, P. et CONTI, C., *Imputato 'accusatore' ed 'accusato' dopo la sentenza costituzionale n. 361 del 1998*, Milan, Cedam, 2000.
- TRAEST, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gand, Mys & Breesch, 1992.
- TROUSSE, P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. I, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962.
- TSARPALAS, A., *Le moment et la durée des infractions pénales*, Paris, L.G.D.J., 1967.
- TULKENS, F., "Des peines sans droit", *J.T.*, 1988, pp. 577-583.
- TULKENS, F., "Le rôle et les limites de la fonction juridictionnelle dans la justice pénale aux Etats-Unis", *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1983, pp. 493-514.
- TULKENS, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, 5^e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1999.
- VALKENBURG, W. "Enige opmerkingen over de Wet getuigenbescherming", *D. & D.*, 1995, pp. 349-365.
- VAN ALSTYNE, W., "Dual sovereignty, federalism and national criminal law; modernist constitutional doctrine and the nonrole of the Supreme Court", *American criminal law review*, 1989, pp. 1740-1759.
- VAN ASBECK, A., "De kroongetuige vanuit de visie van de wetgever", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 25-36.
- VAN CAENEGHEM, R., *Geschiedenis van het strafprocesrecht in Vlaanderen van de XIe eeuw tot de XIVe eeuw*, Brussel, Paleis der Academiën, 1956.
- VAN CAENEGHEM, R., "La preuve dans le droit du Moyen-Age occidental", *La preuve. Moyen-Age et Temps Modernes, Recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. XVII, Bruxelles, Ed. de la librairie encyclopédique, 1965.
- VAN ECK, J.J., "Knelpunten in het huidig instrumentarium ter bestrijding van de georganiseerde misdaad", *Bespiegelingen omtrent de kroongetuige*, éd. par P.J.P. Tak, Arnhem, Gouda Quint, 1994, pp. 77-83.
- VAN DE KERCHOVE, M., "L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal", *Droit et intérêt*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, vol. 3, Bruxelles, FUSL, 1990, pp. 83 et s.
- VAN DE KERCHOVE, M., "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées?", *J.T.*, 1985, pp. 329-334.

VAN DE KERCHOVE, M., "Médiation pénale et travaux d'intérêt général. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994", *J.T.*, 1995, pp. 61-67.

VAN DE KERCHOVE, M., "Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme", *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1994, pp. 449-467.

VAN DE KERCHOVE, M., "Le système des preuves en droit chez Bentham", *Recherches et Rencontres*, 1993, n°4, pp. 73-86.

VAN DEN WYNGAERT, C., "Les modifications quant à l'information", *La loi du 12 mars 1998 réformant la procédure pénale*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 31-56.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 4^e éd., Anvers, Maklu, 1999.

VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, F.U.S.L., 2001.

VAN PARIJS, P., *La crise de l'utilitarisme*, Louvain-la-Neuve, Institut supérieur de philosophie, 1981.

VARAUT, M., "La punition", *Arch. pol. crim.*, n°16, 1994, pp. 101-106.

VASSALLI, G., "Mafia, camorra, sequestro di persona: estensione della legge sui pentiti? Aspetti giuridico-politici", *Giust. pen.*, 1984, I, pp. 301-306.

VASSALLI, G., "Situation actuelle du procès pénal en Italie (dix ans après la loi de délégation du 16 février 1987)", *Procédure pénale, droit pénal international, entraide pénale*, Etudes en l'honneur de D. Poncet, sous la direction de C.N. Robert et B. Strauli, Chêne-Bourg, Georg, 1997, pp. 97-109.

VENTURA, P., "Escussione della prova e contraddittorio", *Giur.cost.*, 1998, pp. 3183-3189.

VERBRUGGEN, F., "The general part of criminal law and organised crime: potential and limitations", *De uitdaging van de georganiseerde misdaad in België. Het antwoord van de overheid*, éd. par C. Fijnaut, D. Van Daele et F. Verbruggen, Leuven, Universitaire Pers, 1998, pp. 43-95.

VERCHER, A., *Terrorism in Europe: an international comparative legal analysis*, Oxford, Clarendon, 1992.

VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, 3^e éd., Anvers, Maklu, 1999.

VIGNA, P., "La gestione giudiziaria del pentito: problemi deontologici, tecnici e psicologici", *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, éd. par L. de Cataldo Neuburger, Milan, Cedam, 1992, pp. 131-141.

VOENA, G.P., "Il telesame", *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, éd. par E. Zappalà, Milan, Giuffrè, 1999, pp. 81-108.

VOGLIOTTI, M., "Faut-il récupérer 'aidos' pour délier Sisyphe? A propos du temps instable de la justice pénale italienne", *L'accélération du temps juridique*, sous la direction de P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, F.U.S.L., 2000, pp. 661-710.

VOLK, K., "Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice", *Déviance et société*, 2000, pp. 103-108.

WALGRAVE, L., "Herstelrecht: een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie?", *Panopticon* 1992, pp. 24-42.

WATTIER, I., "Les exigences de politique criminelle au stade de l'information", *La loi du 12 mars 1998 réformant la procédure pénale*, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 87-109.

WATTIER, I., "La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs", *J.T.*, 2001, pp. 433-449.

WEBER, M., *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund, Paris, Plon, 1968.

WEBER, M., *Le savant et le politique*, trad. J. Freund, Paris, Plon, 1959.

WEDZINGA, W., "Het demasqué van het wetsontwerp kroongetuige", *N.J.B.*, 1999, pp. 1719-1723.

WEIGEND, T., "Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Droit pénal général. Rapport général", *Rev. int. dr. pén.*, 1997, pp. 491-521.

WERQUIN, Th., "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, pp. 81-90.

WHITE, W. S., "Regulating prison informers under the due process clause", *The Supreme Court review*, 1991, pp. 103-142.

WIGMORE, J.H., *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at common law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada*, t. VII, 3^e éd., Boston, Little Brown, 1940.

WINGER, S.J., "Denying fifth amendment protections to witnesses facing foreign prosecutions: self-incrimination discrimination?", *Supreme Court review*, 1998-99, pp. 1095-1140.

WOLFSON, W.D., "Immunity – How it works in real life", *Journal of criminal law & criminology*, 1976, pp. 167-180.

ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, Bologne, Mulino, 1977.

ZAPPALÀ, E., "Le procès pénal italien entre système inquisitoire et système accusatoire", *Rev. int. dr. pén.*, 1997, pp. 111-124.

ZWEIGERT, K. et KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1988.

Annexes

**Proposition de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne
relative à la lutte contre le terrorisme**



**CONSEIL DE
L'UNION EUROPÉENNE**

Bruxelles, le 7 décembre 2001

**14845/1/01
REV 1**

LIMITE

**DROIPEN 103
CATS 49**

RÉSULTATS DES TRAVAUX

du : **CONSEIL**

en date du : **6 décembre 2001**

n° doc. préc. : **14845/01 DROIPEN 103 CATS 49 + ADD 1**

n° prop. Cion : **COM(2001) 521 final**

Objet : **Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme**

Le Conseil a constaté un accord provisoire sur le texte en annexe, sous réserve d'un examen parlementaire des délégations suédoise, danoise et irlandaise et une reconsultation du Parlement européen.

Proposition de
DÉCISION- CADRE DU CONSEIL
relative à la lutte contre le terrorisme

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 29, son article 31, point e), et son article 34, paragraphe 2, point b),

vu la proposition de la Commission ¹,

vu l'avis du Parlement européen ²,

considérant ce qui suit:

- (0) L'Union européenne se fonde sur les valeurs universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres.
- (1) Le terrorisme constitue l'une des plus sérieuses violations [...] de ces principes. La déclaration de La Gomera adoptée lors de la réunion informelle du Conseil du 14 octobre 1995 condamne le terrorisme comme une menace contre la démocratie, le libre exercice des droits de l'homme et le développement économique et social.

¹ JO C [...] du [...], p. [...].

² JO C [...] du [...], p. [...].

- (2) L'ensemble des États membres ou certains d'entre eux sont parties à un certain nombre de conventions en matière de terrorisme. La convention du Conseil de l'Europe pour la répression du terrorisme¹ du 27 janvier 1977 ne considère pas les infractions terroristes comme des infractions politiques, des infractions connexes à une infraction politique ou des infractions inspirées par des mobiles politiques. Les Nations Unies ont adopté la convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 et la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999. Actuellement est négocié un projet de convention globale contre le terrorisme au sein des Nations Unies.
- (3)² Au niveau de l'Union européenne, le Conseil a adopté, le 3 décembre 1998, le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice³, les conclusions du Conseil le 20 septembre 2001 ainsi que le plan d'action en matière de terrorisme du Conseil européen du 21 septembre 2001. Le terrorisme a été évoqué dans les conclusions du Conseil européen de Tampere⁴ des 15 et 16 octobre 1999 et du Conseil européen de Santa María da Feira⁵ des 19 et 20 juin 2000. Il est également mentionné dans la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à la mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne (deuxième semestre 2000).⁶ En outre, le Parlement européen a adopté une recommandation le 5 septembre 2001, sur la lutte contre le terrorisme. Le 30 juillet 1996, 25 mesures de lutte contre le terrorisme ont été préconisées par les pays les plus industrialisés (G7) et la Russie réunis à Paris.

¹ STE n° 90.

² Le Service juridique a indiqué que le préambule nécessite un "toiletage rédactionnelle".
³ JO C 19 du 23 janvier 1999, p. 1.

⁴ <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>

⁵ <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>

⁶ COM (2000) 782 final.

- (4) L'Union européenne a pris de nombreuses mesures spécifiques pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée telles que: la décision du Conseil, du 3 décembre 1998, chargeant Europol de traiter des infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités terroristes portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes, ainsi qu'aux biens ¹; l'action commune 96/610/JAI du 15 octobre 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne, portant sur la création et la tenue d'un répertoire des compétences, des connaissances et des expertises spécialisées en matière de lutte antiterroriste, destiné à faciliter la coopération antiterroriste entre les États membres de l'Union européenne ²; l'action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne, concernant la création d'un réseau judiciaire européen ³ ayant des compétences en matière d'infractions terroristes (en particulier son article 2); l'action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne ⁴; et la recommandation du Conseil, du 9 décembre 1999, sur la coopération en matière de lutte contre le financement du terrorisme ⁵.
- (5) La définition des infractions terroristes devrait être rapprochée dans tous les États membres, y compris celle des infractions en rapport avec des groupes terroristes. D'autre part, des peines et des sanctions correspondant à la gravité de ces infractions devraient être prévues à l'encontre des personnes physiques et morales qui ont commis de telles infractions ou en sont responsables.
- (6) Le fait que l'infraction revête un caractère particulièrement cruel, qu'elle ait été commise contre plusieurs personnes ou contre des personnes particulièrement susceptibles d'être victimes des infractions terroristes, devrait constituer une circonstance aggravante.

¹ JO C 26 du 30.1.1999, p. 22.

² JO L 273 du 25.10. 1996.

³ JO L 191 du 7.7. 1998, p. 4.

⁴ JO L 351 du 29.12. 1998, p. 1.

⁵ JO C 373 du 23.12. 1999, p. 1.

- (7) Des règles juridictionnelles doivent être établies pour garantir que l'infraction terroriste peut faire l'objet de poursuites efficaces.
- (8) Les victimes d'infractions terroristes sont vulnérables et, dès lors, des mesures spécifiques à leur égard s'imposent.
- (9) Dans la mesure où les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante unilatéralement par les États membres, et peuvent donc être mieux réalisés, en raison de la réciprocité nécessaire, au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité. En vertu du principe de proportionnalité, la présente décision-cadre se limite au minimum de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.
- (10) La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes du droit communautaire. L'Union observe les principes reconnus par l'article 6(2) du Traité sur l'Union européenne et reflétés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. Rien dans la présente Décision-cadre ne peut être interprété comme visant à réduire ou entraver des droits ou libertés fondamentales telles que le droit de grève, la liberté de réunion, d'association ou d'expression, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts, et le droit de manifester qui s'y rattache.
- (11) La présente décision-cadre ne régit pas les activités des forces armées en période de conflit armé, au sens donné à ces termes en droit international humanitaire, qui sont régies par ce droit, et les activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en tant qu'elles sont régies par d'autres règles de droit international.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION-CADRE:

Article premier - Infractions terroristes

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes, les actes intentionnels qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale repris dans la liste suivante, tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, lorsque l'auteur les commet dans le but de:

- i gravement intimider une population, ou
 - ii. contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou
 - iii. gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale:
- (a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort;
 - (b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne;
 - (c) l'enlèvement ou la prise d'otage;
 - (d) (...)
 - (e) le fait de causer des destructions massives ¹ à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plate-forme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou produire des pertes économiques considérables,
 - (f) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises;

¹ En anglais, ce mot sera traduit comme "extensive", comme dans la convention sur le financement du terrorisme.

- (g) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que pour les armes biologiques et chimiques la recherche et le développement;
- (h) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
- (i) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines;
- (i) la menace de réaliser un des comportements énumérés ci-dessus.

Article premier bis - Infractions liées aux activités terroristes

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soient également considérés comme infractions liées aux activités terroristes les comportements suivants:

- (a) le vol aggravé commis en vue de réaliser un des comportements énumérés à l'article 1er;
- (b) l'établissement de faux documents administratifs en vue de réaliser un des comportements énumérés à l'article 1er, points a) à (i) ainsi qu'à l'article 2, paragraphe 2, point b);
- (c) le chantage en vue de réaliser un des comportements énumérés à l'article 1er.

Article premier ter

La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

Article 2 - Infractions relatives à un groupe terroriste

1. Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par "groupe terroriste":
l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes. Le terme "association structurée" désigne une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.
2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour rendre punissables les actes intentionnels suivants:
 - a) la direction d'un groupe terroriste,
 - b) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe;

Article 3 - Incitation, complicité, tentative

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait d'inciter à commettre une infraction visée aux articles 1^{er}, 1^{er} bis ou 2 ou de s'en rendre complice.

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit rendu punissable le fait de tenter de commettre une infraction visée aux articles 1^{er} et 1^{er} bis, à l'exclusion de la possession prévue à l'article 1^{er} point g) et l'infraction contenue à l'article 1^{er}, point j).

Article 4 - Sanctions

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 1^{er} à 3 soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles d'entraîner l'extradition.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions terroristes et celles visées à l'article 3, pour autant qu'elles se rapportent aux infractions terroristes, soient passibles de peines privatives de liberté plus sévères que celles prévues par le droit national pour de telles infractions en l'absence de l'intention spéciale requise en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sauf dans les cas où les peines prévues sont déjà les peines maximales possibles en vertu du droit national.
3. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 2 soient passibles de peines privatives de liberté maximales ne pouvant être inférieures à quinze ans pour l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), et à huit ans pour les infractions visées à l'article 2, paragraphe 2, point b). Dans la mesure où l'infraction visée à l'article 2, paragraphe 2, point a), ne concerne que l'acte visé à l'article 1^{er}, point j), la peine maximale ne peut pas être inférieure à huit ans.

Article 5

(...)

Article 6 - Circonstances particulières

Nonobstant l'article 4, chaque État membre peut prendre les mesures nécessaires pour que les peines visées à l'article 4 puissent être réduites lorsque l'auteur de l'infraction:

- a) renonce à ses activités terroristes et
- b) fournit aux autorités administratives ou judiciaires des informations, qu'elles n'auraient pas pu obtenir autrement, les aidant

- i) à prévenir ou à limiter les effets de l'infraction,
- ii) à identifier ou à traduire en justice les autres auteurs de l'infraction,
- iii) à trouver des preuves ou
- iv) à empêcher que d'autres infractions prévues aux articles 1^{er} à 3 soient commises.

Article 7 - Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables de l'une des infractions pénales visées aux articles 1^{er} à 3, lorsque ces dernières sont commises pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur l'une des bases suivantes:
 - a) un pouvoir de représentation de la personne morale;
 - b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale;
 - c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale.
2. Abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission de l'une des infractions visées aux articles 1^{er} à 3, pour le compte de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité.
3. La responsabilité des personnes morales en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices d'une infraction visée aux articles 1^{er} à 3.

Article 8 - Sanctions à l'encontre des personnes morales

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour s'assurer que toute personne morale déclarée responsable au sens de l'article 7 soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment:

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide public;
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale;
- c) un placement sous surveillance judiciaire;
- d) une mesure judiciaire de dissolution;
- e) la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction.

Article 9 - Compétence et poursuites

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 1^{er} à 3 dans les cas suivants:
 - a) l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur son territoire; Chaque État membre peut étendre sa compétence lorsque l'infraction a été commise sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne;
 - b) l'infraction a été commise à bord d'un navire ou battant son pavillon ou d'un aéronef y enregistré;
 - c) l'auteur de l'infraction est un de ses ressortissants ou résidents;
 - d) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire,
 - e) l'infraction a été commise contre ses institutions ou sa population, ou contre une institution de l'Union européenne ou d'un organisme créé conformément aux traités instituant la Communauté européenne et au traité sur l'Union européenne et ayant son siège dans l'État membre concerné.

2. Lorsqu'une infraction relève de la compétence de plus d'un État membre et que n'importe lequel de ces États peut valablement engager des poursuites sur la base des mêmes faits, les États membres concernés coopèrent pour décider lequel d'entre eux poursuivra les auteurs de l'infraction avec pour objectif de centraliser, si possible les poursuites dans un seul État membre. À cette fin, les États membres peuvent se servir de tout organe ou mécanisme institué au sein de l'Union européenne aux fins de faciliter la coopération entre leurs autorités judiciaires et la coordination de leurs actions. Il sera pris en compte, de façon successive, les éléments de rattachement suivants:
- être l'État membre sur le territoire duquel les faits ont été commis;
 - être l'État membre dont l'auteur est un ressortissant ou un résident;
 - être l'État membre d'origine des victimes;
 - être l'État membre où l'auteur a été trouvé.
3. Tout État membre prend les mesures nécessaires pour établir également sa compétence sur les infractions visées aux articles 1^{er} à 3 dans les cas où il refuse de remettre ou d'extrader une personne soupçonnée ou condamnée d'une telle infraction vers un autre État membre ou vers un État tiers.
4. Chaque État membre veille à ce que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction visée aux articles 2 et 3 a été commise en tout ou en partie sur son territoire, quel que soit le lieu où le groupe terroriste est basé ou exerce ses activités criminelles.
5. Le présent article n'exclut pas l'exercice d'une compétence en matière pénale établie par un État membre conformément à sa législation nationale.

Article 10 - Protection et assistance apportées aux victimes

1. Les États membres s'assurent que les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées par la présente décision-cadre ne dépendent pas de la déclaration ou de l'accusation émanant d'une personne victime de l'infraction, au moins si les faits ont été commis sur le territoire de l'État membre.
2. Outre les mesures prévues par la décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, chaque État membre prend, si nécessaire, toutes les mesures possibles pour garantir une aide adéquate à la famille de la victime.

Article 11 - Mise en œuvre et rapports

1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la présente décision-cadre au plus tard le 31 décembre 2002.
2. Les États membres communiquent, dans les mêmes délais, au Secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations que leur impose la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport écrit de la Commission, le Conseil vérifie, pour le 31 décembre 2003 au plus tard, si les États membres ont pris les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre.
3. Le rapport de la Commission précisera notamment la transposition dans le droit pénal des États membres de l'obligation contenue à l'article 4, paragraphe 2.

Article 12 - Entrée en vigueur

La présente décision-cadre entre en vigueur le jour suivant sa publication au Journal officiel des Communautés européennes.

Fait à Bruxelles, [...]

Projet de déclarations du Conseil

1. "Le Conseil déclare que l'infraction de menace visée à l'article 1er, point j), devrait s'entendre telle qu'elle est définie par la législation nationale de l'État membre concerné. Si l'infraction doit être précisée, notamment en qualifiant la menace de "crédible", il est possible, en vertu de la décision-cadre de prendre des mesures d'exécution de cet instrument à cet effet. Dans les cas où la décision-cadre concerne la direction d'un groupe terroriste qui ne commet jamais d'actes, mais se borne à menacer de les commettre, il serait possible, en vertu de la décision-cadre, de prendre des mesures d'exécution de cet instrument en frappant cette infraction spécifique d'une peine maximale ne pouvant être inférieure à huit ans."

2. "Le Conseil déclare que la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme concerne les actes qui sont considérés par tous les États membres de l'Union européenne comme des infractions graves à leur législation pénale, commises par des individus dont les objectifs constituent une menace pour leurs sociétés démocratiques respectueuses de l'État de droit et pour la civilisation sur laquelle ces sociétés sont fondées. C'est dans ce sens qu'elle doit être entendue et on ne saurait, sur son fondement, faire valoir que le comportement de ceux qui ont agi dans le but de préserver ou de rétablir ces valeurs démocratiques, comme cela a été notamment le cas dans certains États membres durant la deuxième guerre mondiale, pourrait être aujourd'hui considéré comme ressortissant à des actes "terroristes". Elle ne peut pas non plus être prise comme fondement pour inculper de terrorisme des personnes exerçant leur droit fondamental d'exprimer leur opinion, même si elles commettent ce faisant des infractions."

Projet de déclaration du Conseil relative à l'article 1er, point g)

"Le Conseil convient que la décision-cadre n'impose pas aux États membres l'obligation de criminaliser les actes visés à l'article 1^{er}, point g), sauf si leur perpétration s'accompagne d'un dol terroriste."

Projet de déclaration de la Commission

"La Commission regrette que le Conseil ne soit pas parvenu à un accord sur le niveau des sanctions applicables aux infractions visées à l'article premier. Elle examinera avec attention la transposition dans le droit pénal des Etats membres de l'obligation contenue dans l'article 4 paragraphe 2 et prendra toutes les initiatives qu'elle estimera nécessaires pour garantir une harmonisation accrue des peines en la matière."

**Observations émises par les experts du Conseil de l'Europe quant à
l'avant-projet de loi belge instaurant un régime pour les collaborateurs de justice**

Résumé des observations émises par les experts du Conseil de l'Europe sur l'avant-projet de loi belge concernant l'introduction d'un régime des collaborateurs de justice

I. Introduction

Par lettre datée du 6 août 2001, le Ministre de la Justice de la Belgique, Monsieur Marc Vervilghen, a sollicité les observations et l'avis du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Monsieur Walter Schwimmer, sur l'avant-projet de loi concernant l'introduction d'un régime des collaborateurs de justice. Le Secrétaire Général a saisi le Directeur Général des affaires juridiques, Monsieur Guy de Vel, de cette demande en lui confiant la tâche d'élaborer un tel avis en consultation avec des experts indépendants. Le Directeur Général des affaires juridiques a désigné à cet effet une équipe *ad hoc* d'experts, composée de :

- Monsieur Pierre Loïselle, Avocat Général, C.R., Directeur du service fédéral des poursuites, Province de Québec, Canada ;
- Monsieur Eugenio Selvaggi, Procureur Général adjoint près la Cour d'Appel de Rome, Italie ; et
- Monsieur Juan José Lopez Ortega, Magistrat à la Section Pénale de la Audiencia Nacional, Espagne

Cette équipe d'experts, après avoir pris connaissance du texte de l'avant-projet de loi et de son exposé des motifs, a tenu une réunion de consultation le 30 novembre 2001 à Paris, en présence des représentants du Ministère de la Justice belge (MM. Philippe de Koster et Marc Timperman, chefs adjoints de Cabinet). Lors de cette réunion, les représentants du Ministère de la Justice belge ont fourni des indications concernant le contexte politique, le cadre juridique et les principaux objectifs et dispositions de l'avant-projet. En outre, ils ont expliqué en détail le concept juridique et les arrangements procéduraux sur lesquels se reposent les solutions choisies par le texte et ont répondu aux différents points soulevés par les membres de l'équipe d'experts.

Suite à cette réunion de consultation, les experts du Conseil de l'Europe ont chacun soumis des observations personnelles sur les mérites de l'avant-projet, sur la base desquelles le présent résumé a été rédigé par le Secrétariat (DG I).

II. Observations préliminaires

L'avant-projet de loi concernant l'introduction d'un régime des collaborateurs de justice s'inscrit en Belgique dans le cadre d'un plan global de lutte contre le crime organisé (et, accessoirement, contre les violations du droit humanitaire). Ce plan comporte notamment un volet structurel visant à la mise en place de parquet fédéral et un volet législatif qui se compose de plusieurs projets de loi, dont l'avant projet concernant les collaborateurs de justice, et qui vise en général à renforcer l'efficacité des moyens mis à la disposition de la justice pénale dans la lutte contre le crime organisé.

Les experts du Conseil de l'Europe soulignent l'importance de ce contexte, car les moyens employés contre le crime organisé relèvent dans chaque pays des choix de

politique pénale et ainsi répondent à des impératifs politiques de protéger la société et ses valeurs démocratiques contre ce fléau. Or, les experts du Conseil de l'Europe sont persuadés que l'analyse du gouvernement belge, analysée fondée sur des statistiques criminelles, concernant le crime organisé en général, et les collaborateurs de justice, en particulier, est pertinente et dès lors approuvent les choix de politique pénale qui ont été opérés dans l'avant-projet de loi.

Il faut donc souligner que ces choix s'inscrivent dans une perspective générale de protection de la société contre la forme la plus dangereuse de la criminalité qui nécessite et justifie selon les experts l'emploi des moyens exceptionnels, dont l'instauration d'un régime de protection des témoins et de collaborateurs de justice.

En outre, les objectifs de l'avant-projet de loi sont tout à fait conformes à ceux fixés par les textes internationaux en la matière, notamment les Recommandations pertinentes du Conseil de l'Europe (Recommandation N° R (97) 13 [protection des témoins] et Recommandation N° R (2001) 11 [crime organisé]), les positions communes de l'Union européenne ou encore la Convention des Nations Unies sur le Crime Organisé Transnational.

III. Observations sur le texte de l'avant-projet

Les observations suivantes concernent certains aspects particuliers de l'avant-projet. Ces aspects ont fait l'objet de discussions parmi les experts et méritent d'être mentionnés dans ce résumé. Il ne s'agit donc nullement d'une analyse détaillée de l'avant-projet et le fait de ne pas aborder d'autres aspects du texte signifie simplement que les experts du Conseil de l'Europe les approuvent sans commentaires.

L'avant-projet se repose sur l'idée d'une « transaction », passée entre les autorités de poursuites et le collaborateur de justice, consistant à promettre un avantage (classement sans suite) contre un témoignage. Cette transaction est soigneusement entourée de précautions, tant procédurales que substantielles. Les experts du Conseil de l'Europe appuient pleinement le principe d'encadrer et de documenter la prestation des collaborateurs, comme le propose le texte (les articles 5, 12 et 17 du projet de loi prévoient tous les éléments qui doivent impérativement se retrouver dans le mémorandum), en s'appuyant sur un cadre juridique précis. En encadrant ainsi la transaction que l'état accepte de conclure avec le collaborateur de la justice, on dénonce à toutes les parties concernées les conditions du marché conclu. Cette transparence permet à tous les tiers intéressés d'attaquer la crédibilité du collaborateur et de faire valoir toutes les raisons pour lesquelles son témoignage devrait être traité avec circonspection. Il s'agit là d'un élément fondamental dans un système où ce qui importe est la recherche de la vérité.

A part cette exigence de transparence de la transaction, il est également important de mettre en relief un autre élément essentiel, nécessaire pour la validité du tout système de collaborateurs de la justice, c.-à-d. l'exigence de la légalité et de corroboration du témoignage du collaborateur par d'autres éléments de preuve.

Jusqu'à présent les organes de la Convention n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'utilisation du témoignage d'un « repent » (collaborateur) comme fondement d'un arrêt de condamnation. Le problème des déclarations des repentis

s'est, en effet, posé seulement sous l'angle de la légalité de ce moyen d'enquête à la lumière de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Toutefois, il résulte des arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme et des Décisions sur la recevabilité adoptées par la Commission européenne des Droits de l'Homme que pour être compatible avec le droit à un procès équitable consacré par la Convention, ce moyen de preuve doit réunir deux conditions essentielles : en premier lieu, la défense doit avoir la possibilité de débattre la manière dont le témoignage a été obtenu, quel sont les motifs de la collaboration avec la justice et, en général, elle doit disposer de l'opportunité d'interroger l'auteur du témoignage à charge. Pour les experts du Conseil de l'Europe cette exigence, inhérente au principe de la contradiction et à celui de l'égalité des armes, est suffisamment remplie par l'avant-projet de loi.

En deuxième lieu, il est également indispensable que le témoignage du repentis soit corroboré par d'autres éléments de preuve, comme l'a exigé la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Labita contre l'Italie (*« les déclarations des « repentis » doivent être corroborées par d'autres éléments »*). Dans le même sens, l'article 21 du projet de loi incorpore cette même exigence (*« les témoignages recueillis en application de la présente loi peuvent être pris en considération comme preuves pour autant qu'ils soient corroborés dans une mesure importante par d'autres moyens de preuve »*) laquelle revêt une importance capitale comme condition de validité.

Les experts du Conseil de l'Europe relèvent dans ce contexte, que l'*Exposé des motifs* du texte énonce les quatre conditions générales d'application d'un régime de collaborateurs de la justice. Il y en a deux qui appellent des commentaires de la part des experts : d'abord, de manière indirecte, celui de la légalité, ensuite celui de la proportionnalité dite externe.

Concernant le principe de la légalité, il convient de relever que le texte, qui insiste sur la nécessité de protéger les droits de la défense et de toutes les parties concernées, principe que les experts du Conseil de l'Europe approuvent sans réserve, n'indique pas les droits particuliers qui sont en cause. Parmi ces droits, les experts du Conseil de l'Europe relèvent en particulier celui de la présence de l'avocat du collaborateur au moment des discussions relatives au mémorandum. Il semblerait que les collaborateurs souhaitent rarement, sinon jamais, la présence de son avocat au moment de ces discussions. Il serait cependant utile de lui reconnaître ce droit, lequel devient particulièrement souhaitable si on penche en faveur d'une divulgation complète de tous les faits pertinents qui concernent le collaborateur. Ceci dit, le texte dans son ensemble, sous sa forme actuelle, assure déjà une protection suffisante du principe de l'égalité des armes, sans méconnaître les droits reconnus par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Concernant le principe de la proportionnalité dite externe, les experts du Conseil de l'Europe soutiennent le choix de l'avant-projet visant à limiter l'usage du collaborateur aux infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle ou aux infractions relatives à la répression des violations graves du droit international humanitaire; ceci est tout à fait conforme aux normes internationales (cf. la Convention des Nations Unies sur le Crime Organisé Transnational). Toutefois, il

n'est pas certain que les crimes liés au terrorisme soient inclus dans ces définitions. Compte tenu des événements du 11 septembre 2001, il conviendrait de les inclure.

En outre, les experts du Conseil de l'Europe se sont interrogés sur l'étendue de la déposition du collaborateur et notamment la question de savoir si le collaborateur doit relater tous les crimes qui le concernent, y compris ceux qui n'ont aucun rapport avec l'affaire instruite. Ils sont d'avis que la question doit recevoir une réponse positive. En effet, il est essentiel de connaître le passé criminel du collaborateur dans son intégralité. Dans ce contexte, il serait prudent de ne pas prévoir une relation trop directe entre la gravité des infractions qui ont pu être commises par le collaborateur et celles qui font l'objet de la collaboration, car le fait d'avoir commis des infractions graves ne devrait pour autant empêcher l'usage de ce moyen de preuve à condition que la contribution soit révélatrice, sincère et complète et que les infractions dénoncées soient graves également. (cf. page 9 de l'*Exposé des motifs*).

Il serait peut-être souhaitable de prévoir expressément que le collaborateur doit également révéler tout ce qu'il sait concernant les biens de l'organisation criminelle dénoncée.

Finalement, les experts du Conseil de l'Europe soulignent que l'idée de l'avant-projet de confier un rôle de coordination au procureur général concernant l'ensemble des avantages accordés aux collaborateurs de justice au plan national va tout à fait dans le bon sens, mais une centralisation plus poussée de la gestion de toutes les affaires de collaborateurs de justice, par exemple par un service spécial au sein du bureau du procureur général, serait souhaitable à long terme, à la lumière notamment des expériences connues.

IV. Conclusions

Les experts du Conseil de l'Europe, à la lumière de ce qui précède, saluent unanimement les principes de base de l'avant-projet et sous réserve des remarques faites ci-dessus, approuvent d'emblée le texte du projet. Il rappellent que ce texte procède d'un constat qui semble unanime au sein de la communauté internationale : les moyens traditionnels utilisés pour combattre le crime organisé sous toutes ses formes n'ont pas donné les résultats escomptés. Tous les pays au prise avec ce phénomène cherchent à trouver des moyens plus efficaces pour contrer ce fléau. L'avant-projet de loi belge se présente à ce titre comme un outil qui cherche à maintenir un équilibre entre les droits des justiciables et les pouvoirs dont l'état entend se doter pour lutter contre le crime organisé. Il prévoit un encadrement juridique précis et détaillé pour l'utilisation des collaborateurs, qui semble fournir toutes les garanties nécessaires pour prévenir les abus. Il s'agit, dans ce sens, d'un texte qui n'est pas susceptible de soulever des critiques au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

DE QUELQUES RÉFLEXIONS de M. Loïselle

Documents de travail

Mise en situation

L'exposé des motifs rédigé par Monsieur le Ministre de la Justice, Marc Werwilghen, résume de façon remarquable les enjeux relatifs à la politique du droit pénal pour ce qui concerne les collaborateurs de justice. Il brosse également un tableau complet des éléments procéduraux dont il faut tenir compte dans le cadre législatif. Je n'ai pas la compétence pour discuter de ces considérations procédurales dans le contexte du droit belge. Au surplus, je ne crois pas que ce soit l'objet des travaux de notre groupe de travail.

Dans son courriel du 8 novembre 2001, Monsieur Csonka nous invitait à "... *réfléchir en particulier sur la compatibilité du projet de loi avec les normes internationales de droits de l'homme, dont la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour*".

Comme vous le savez, le droit public canadien, notamment le droit criminel et pénal, s'inspire de la *Common Law*. Voilà sans doute la raison pour laquelle les tribunaux et les juristes canadiens réfèrent rarement à la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, ils puisent fréquemment dans la jurisprudence américaine et dans celle des pays du Commonwealth. Me déclarant d'emblée le mouton noir du groupe, je laisserai à Monsieur Csonka et à mes collègues italien, espagnol et belge, le soin de nous livrer le fruit de leurs réflexions à ce chapitre. Comme tout juriste, je souhaite bénéficier du privilège de poser des questions d'éclaircissement lors de nos travaux.

La perspective que je me propose d'adopter ne sera pas orthodoxe. Dans un premier temps, je compte présenter très sommairement le modèle canadien à l'égard des « collaborateurs » ou ceux que nous appelons chez nous les « délateurs ». Je tiens à vous rassurer : le but n'est pas de « vendre » le modèle. Ce serait prétentieux, voire disgracieux, surtout lorsqu'on le confronte aux qualités indéniables de la tradition européenne. Il s'agit plutôt d'essayer d'enrichir la discussion avec l'éclairage d'un régime qui traite du sujet de manière différente.

Dans un second temps, j'aimerais soulever les questions que m'ont inspirées les lectures de l'*Avant-projet* de loi et de l'*Exposé des motifs*. Vous constaterez que ces questions témoignent d'une méconnaissance du régime belge. Je vous prie de m'en excuser. J'ai l'espoir que nos séances de travail puissent pallier cette ignorance.

La perspective canadienne

À la une d'un quotidien québécois respecté (Le Devoir), on pouvait lire ce matin : *Deux nouveaux délateurs pour incriminer Maurice Boucher*. L'auteur de l'article rappelle que ce chef d'une bande de motards doit subir, suite à une décision rendue par des juridictions d'appel, un nouveau procès pour une dizaine de meurtres commis par des bandes rivales associées au crime organisé. Un procès avait été

instruit contre Boucher et la preuve reposait largement sur le témoignage d'un délateur. Il a été acquitté mais les juridictions d'appel ont ordonné un nouveau procès, ayant conclu que le tribunal de première instance, siégeant avec jury, avait erré dans sa façon d'administrer la preuve. Le journaliste nous apprend que la Couronne entend bonifier la preuve qui sera présentée au cours du nouveau procès par l'audition de nouveaux témoins délateurs.

Au Canada, il n'existe aucune législation relative au délateur. Les questions soulevées par l'usage de la preuve fournie par le délateur s'inscrivent dans le cadre général qui régit l'admissibilité et le poids de la preuve. Dit autrement, le témoignage du délateur n'est rien de plus que le témoignage d'un témoin taré contre lequel des mises en garde s'imposent. Les questions de fond, c'est-à-dire celles qui sont reliées à la recherche de la vérité, sont laissées à l'appréciation du tribunal ou du jury (selon le choix du prévenu). La décision de présenter ou de ne pas présenter cette preuve est laissée entièrement à l'appréciation du procureur de la Couronne. Pour ce faire, il possède très peu de lignes directrices ou d'instruments juridiques pour le guider dans sa décision. Le document qui est joint à la présente comme Pièce # 2 est une ébauche d'un chapitre qui viendra bientôt s'ajouter au « Guide des procureurs fédéraux » (Ce document devrait être sanctionné par la Procureure générale du Canada au mois de janvier 2002). Ce guide rassemble les différentes politiques que doit respecter le procureur fédéral dans l'exécution de son mandat de poursuivant. J'ai cru utile de joindre également le Manuel des directives du Gouvernement du Québec dans son chapitre traitant du *Témoin repentant* (Pièce # 3). Il s'agit du document de travail utilisé par les procureurs de la Couronne provinciale.

La loi étant silencieuse à ce sujet, la jurisprudence a dû compenser comme vous pourrez le constater à la lecture du texte fédéral. À l'instar du projet de loi belge, ces deux documents, le canadien et le québécois, traitent essentiellement de deux questions : l'opportunité d'utiliser le témoignage du délateur et le cadre à partir duquel sa prestation sera faite. Même si les propositions diffèrent, il est rassurant de constater que tous ces documents s'attardent au contenu de l'entente à conclure avec le collaborateur ou le délateur. Lorsqu'on examine la substance plutôt que la forme, on réalise que les textes présentent de grandes affinités. Le but est du reste le même, soit d'assurer que tous les éléments du memorandum ou du contrat soient connus des intervenants judiciaires. On veut éviter que soient cachés les avantages tirés par le collaborateur. Ce qui frappe encore davantage, c'est la similitude des précautions qui entourent l'usage potentiel des témoignages du délateur-collaborateur dans la répression du crime. Force est de constater que les objectifs poursuivis sont les mêmes, bien que les moyens pour les atteindre soient un peu différents.

Dans la perspective canadienne, il est essentiel de répondre aux impératifs de la divulgation de la preuve. Le juge présidant le procès du prévenu (ou le jury) doit connaître tous les éléments qui ont amené le délateur à témoigner pour la poursuite. Il m'apparaît que le projet de loi belge poursuit le même objectif, tant pour les instances civiles que pour les instances pénales. Toutefois, le modèle canadien confère au tribunal (ou au jury) un rôle qui se limite à l'appréciation du témoignage du délateur. Le judiciaire n'intervient pas et ne peut intervenir dans la décision d'avoir recours au délateur. J'estime qu'il s'agit d'une différence importante dans la conception des rôles attribués aux acteurs de la justice pénale.

Vous aurez noté également que le texte canadien des « *Ententes portant garantie d'immunité* » s'appuie sur les mêmes distinctions que la proposition belge : les « négociations » entre le délateur et le procureur varieront suivant le statut du premier. S'agit-il d'un accusé ou d'un prévenu, d'une personne trouvée coupable ou encore d'un détenu ? C'est ainsi qu'on pourrait appliquer, mutatis mutandis, le même schéma que celui qu'on retrouve en 4.2 de l'*Exposé des motifs* du projet de loi (page 8) portant sur le principe de subsidiarité. Il en est de même pour les différents chapitres du projet de loi, lesquels traitent successivement de la promesse d'extinction de l'action publique, la promesse d'exemption ou de réduction de peine et finalement, la promesse dans le cadre de l'exécution de la peine. Bien que présentés différemment, les textes canadien et québécois font les mêmes distinctions.

Au risque de me répéter, je rappelle que dans le cadre canadien, les décisions relatives à l'opportunité sont laissées à l'appréciation du poursuivant. En revanche, les tribunaux ou le jury demeurent maîtres de la crédibilité du délateur et du poids de la preuve.

Si le temps et l'agenda nous le permettent, j'aimerais présenter à notre groupe de travail un portrait des distinctions que nous faisons entre les informateurs (indicateurs) et les délateurs (collaborateurs). Ces distinctions trouvent écho dans le projet de loi belge lorsqu'il s'attarde aux considérations relatives à l'anonymat des délateurs.

L'avant-projet de la loi belge

Je réitère que mon intention n'est nullement de faire l'exégèse de l'*Avant-projet de loi*. Je souhaite plutôt réfléchir en m'inspirant des comparaisons qu'on ne peut s'empêcher de faire et soulever certaines interrogations qui ont surgi à la lecture des textes belges.

L'utilisation des délateurs dans le processus criminel ou pénal pose des problèmes de nature morale et des problèmes d'éthique. Il en est question dans l'*Exposé des motifs*. À l'instar du modèle canadien, la proposition belge propose une solution qui résulte d'un choix. Dans un monde où la criminalité organisée et les violations du droit humanitaire sont de plus en plus répandues, ce choix nous apparaît, à nous qui sommes partie prenante au débat, tout à fait justifié. Dès lors que ce choix est fait, il entraîne des conséquences. En tant que juristes, nous sommes appelés à circonscrire les effets de ces conséquences et à les modeler de telle manière qu'ils soient conformes aux valeurs sur lesquelles nos régimes de droit ont été bâtis et façonnés au cours du temps. Cela dit, nous devons également vivre avec ces conséquences et ne pas tenter de les stériliser par les règles qui seraient incompatibles avec ces choix. Le délateur, collaborateur ou repent, peu importe le vocable utilisé, est un personnage controversé dont les motivations sont insondables. Une partie de notre défi consiste à encadrer sa prestation de telle façon qu'il soit en quelque sorte « contraint » de dire la vérité. Une autre partie de notre tâche est de proposer un cadre permettant aux acteurs de la justice pénale de croire que cette prestation est nécessaire, voire indispensable, et à sa place dans le processus pénal. Pour relever ce défi, il faut faire preuve de bons sens, je dirais « de gros bon sens ».

Je passe maintenant aux questions. La première qui me vient tient à la nécessité d'une législation. L'*Exposé des motifs* conclut qu'il est " ... nécessaire que cette forme particulière de classement sans suite soit organisée: ... - dans un cadre légal: " (page

12) . Il ne subsiste aucun doute quant à l'impérative nécessité d'encadrer la prestation des collaborateurs. Que ce soit sous forme de mémorandum, de contrat ou d'entente, il faut assurément documenter cette prestation en s'appuyant sur un cadre juridique. Il faut de plus prévoir les éléments essentiels qui devront apparaître à cette entente. On peut toutefois se demander s'il est indispensable de recourir à une législation supplémentaire. Se pourrait-il que pour ce qui concerne spécifiquement ces ententes ou mémorandums, il soit possible de s'appuyer sur la législation déjà existante en matière contractuelle par exemple.

J'aborde maintenant une deuxième question: il s'agit des cas où le collaborateur est détenu ou en phase d'exécution de sa peine. L'expérience canadienne nous aura appris qu'il est extrêmement dangereux de se fier au témoignage des dénonciateurs sous garde. L'honorable juge Cory, juge retraité de la Cour Suprême du Canada, a tenu des propos révélateurs à ce sujet dans un rapport qu'il a préparé suite à une commission d'enquête. Il décrit les dénonciateurs sous garde comme (TRADUCTION) : ... le groupe de témoins le plus déloyal et le plus malhonnête qui se présente au tribunal ". Il poursuit en disant qu'en règle générale, (TRADUCTION) : "... les délateurs incarcérés ne devraient pas pouvoir témoigner ". (Voir la Pièce # 2, chap. 35.7.1. et ss. , pages VII-35-19 et ss.). C'est dire la méfiance que les tribunaux entretiennent à l'égard de ce type de délateur. Plus que pour tout autre, la prudence est ici de rigueur puisque ce type de délateur n'a, somme toute, plus rien à perdre et tout à gagner dans un marché.

L'Exposé des motifs énonce les quatre conditions générales d'application d'un régime de collaborateurs de la justice. Le principe de légalité, premier de ces quatre, ne présente aucune difficulté. Encore qu'il insiste sur la nécessité de protéger les droits de la défense et de toutes les parties concernées sans indiquer les droits particuliers qui sont en cause. Je ne répéterai pas les commentaires déjà faits au sujet d'une loi stricto sensu.

Le quatrième principe, soit le principe du contrôle, n'est pas non plus en cause. Il est normal que le Parlement veuille contrôler l'application d'une mesure nouvelle de cette importance.

En revanche, les principes de subsidiarité et de proportionnalité, les troisième et quatrième, suscitent davantage de questions. Ces principes apparaissent comme les pierres d'angle de la législation proposée. Or, ils ne sont aucunement expliqués. Il existe de bonnes raisons de croire que ces principes sont déjà incorporés à la législation belge ou encore, qu'ils ont fait l'objet d'une interprétation claire par les tribunaux, notamment les juridictions de jugement.

Du principe de subsidiarité, je retiens que le collaborateur ne serait utilisé qu'en tout dernier recours. L'appréciation du principe de la subsidiarité est par ailleurs laissé au magistrat du Parquet. Pourquoi ne serait-elle pas laissée à la compétence du procureur du Roi ou du procureur fédéral? La magistrature ne possède-t-elle pas de toute manière la compétence exclusive d'évaluer la valeur probante de cette preuve? Cette approche me semble conforme et compatible avec celle qui permet au ministère public de faire usage de son droit de poursuite en application du principe d'opportunité.

En droit criminel canadien, le principe de subsidiarité serait classé comme l'un des attributs de ce que nous appelons, d'une manière que d'aucuns qualifieraient de ronflante, l'intérêt public. Au demeurant, cette notion d'intérêt public ressort de façon évidente à la lecture des textes canadien et québécois.

Je passe maintenant au principe de proportionnalité. M'inspirant du schéma brossé en page 8 de *l'Exposé des motifs*, je crois que nous serons tous d'accord sur le bien-fondé de la proportionnalité dite interne. Les bénéfices accordés au collaborateur doivent être en relation avec l'infraction qu'il a commise.

La situation davantage problématique lorsqu'on examine les enjeux relatifs à la proportionnalité dite externe. Il ressort clairement du projet de loi qu'on souhaite limiter le recours au collaborateur aux seules infractions de criminalité organisée ou aux violations graves du droit humanitaire. J'ignore si les crimes reliés au terrorisme sont couverts par l'une ou l'autre de ces catégories. Si tel n'est pas le cas, il conviendrait de les inclure puisqu'un consensus semble émerger de la communauté internationale. Cela dit, on peut aussi se demander pourquoi le recours au délateur ne serait pas étendu aux crimes graves portant atteinte à l'intégrité de la personne. On pense entre autres au meurtre, au viol, à la séquestration, aux agressions sexuelles. Peut-on même aller jusqu'à en étendre l'application aux crimes comportant l'usage de la violence, comme par exemple les vols à main armée? Ces questions démontrent qu'il nous faut nous interroger sur les motifs qui nous conduisent à restreindre l'usage du délateur. D'aucuns pourraient prétendre que des motards peuvent bien s'entre-tuer entre bandes rivales mais que ces purges ne devraient pas affecter des innocents. J'ai en mémoire des cas où des membres du crime organisé ont tué par erreur des victimes innocentes, dont un enfant, dans un cadre étranger à leurs activités criminelles. Dès lors que nous choisissons d'avoir recours à ce type bien particulier de preuve, il faut se demander pourquoi il faudrait en restreindre l'usage à l'une ou l'autre des catégories de crimes.

S'il est vrai qu'on éprouve de la répugnance à l'idée qu'on puisse transiger avec l'auteur d'un crime grave, il est aussi vrai que les citoyens sont perplexes et mécontents lorsqu'ils constatent que les méthodes traditionnelles d'enquête ne permettent pas d'élucider un crime dont ils se préoccupent. Voilà pourquoi il me semble particulièrement important de faire preuve d'une cohérence, raisonnée et justifiable lorsqu'il est question de la proportionnalité dite externe.

On me permettra en conclusion de saluer la démarche du gouvernement belge. Je lui suis redevable de nous avoir associés à cette démarche et de permettre ainsi des échanges et des réflexions dont nous sommes tous bénéficiaires. J'exprime également ma gratitude à Monsieur Csonka qui est le maître d'œuvre de cette rencontre.

J'anticipe le plaisir de vous retrouver à Paris.

Pierre Loïselle, c.r.

RÉFLEXIONS SUR UN AVANT-PROJET DE LOI
CONCERNANT L'INTRODUCTION D'UN RÉGIME DES COLLABORATEURS
DE LA JUSTICE

On nous a demandé de formuler un avis sur l'avant-projet de loi belge traitant des collaborateurs de la justice. Le texte a été soumis à un groupe de travail rassemblant des juristes italien, espagnol, hongrois et canadien. Lors d'une séance de travail qui s'est tenue à Paris, les collègues belges nous ont expliqué le contexte dans lequel il fallait situer le projet de loi. Nous savons maintenant qu'il s'inscrit dans le cadre d'une réforme législative visant à lutter contre le crime organisé, laquelle s'appuie essentiellement sur la révision de la procédure pénale et des instruments de preuve.

Dans un texte intitulé " *De quelques réflexions* ", texte préparé en prévision de la rencontre de Paris, j'ai déjà exposé la perspective canadienne pour ce qui concerne les collaborateurs de la justice. D'autre part, le texte soulevait certaines questions que m'avait inspiré une première lecture de l'avant-projet de loi. Il n'est ni utile ni nécessaire de répéter ce qui a déjà été exposé dans ce texte. Sa lecture est cependant souhaitable pour le lecteur qui cherchera à mieux comprendre mes propos. Pour les fins de cet avis, qu'il suffise de dire que les travaux du groupe de travail auront permis d'éclaircir les questions posées et d'apaiser les rares inquiétudes que j'avais exprimées. Ainsi, les éclaircissements qui nous ont été donnés en ce qui a trait aux principes de proportionnalité et de subsidiarité m'ont convaincu que le projet de loi s'appuyait sur de solides assises juridiques. Suivant une jurisprudence européenne constante, le principe de subsidiarité prémunit contre une utilisation abusive des collaborateurs de la justice. Quant au principe de proportionnalité, il garantit un usage modulé du collaborateur et permet de croire qu'on évitera les dérapages.

J'ai déjà indiqué que je laisserais le soin à mes collègues européens de commenter la compatibilité du projet de loi avec la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, je n'ai aucune hésitation à dire que le projet de loi belge ne contient aucune disposition qui porte atteinte ou fait ombrage aux principes de justice fondamentale tels que nous les concevons au Canada.

Les articles 5, 12 et 17 du projet de loi prévoient tous les éléments qui doivent impérativement se retrouver dans le memorandum. Ces éléments sont les mêmes que ceux que l'on retrouve dans les procédures administratives canadiennes ainsi que dans la législation italienne, pour ce qui nous en a été présenté. Si les modalités diffèrent, l'inspiration et les fondements se rejoignent parfaitement. En encadrant ainsi la "transaction" que l'état accepte de conclure avec le collaborateur de la justice, on dénonce à toutes les parties concernées les conditions du marché conclu. Cette transparence, nous dirions chez nous cette divulgation, permet à tous les tiers intéressés d'attaquer la crédibilité du collaborateur et de faire valoir toutes les raisons pour lesquelles son témoignage devrait être traité avec circonspection. Il s'agit là d'une considération fondamentale dans un système où ce qui importe est la recherche de la vérité.

Puisqu'il est question de recherche de la vérité, j'en profite pour souligner que notre groupe de travail s'est penché sur l'étendue de la déposition du collaborateur. Nous nous sommes interrogés sur le libellé des alinéas 5(4) b), 12(4) b) et 17(4) b) du projet de loi. Le problème est de savoir si le collaborateur doit relater tous les crimes qui le

concernent, y compris ceux qui n'ont aucun rapport avec l'affaire instruite. À mon avis, la question doit recevoir une réponse positive. En effet, il est essentiel de connaître le passé criminel du collaborateur dans son intégralité. Si la justice est à la recherche de la vérité, elle doit exiger de tous, et encore plus du témoin collaborateur, qu'il dise toute la vérité. Je conçois qu'il existe à ce sujet des divergences d'opinion. D'aucuns prétendent qu'il importe avant tout de s'assurer que le collaborateur, comme tout témoin du reste, dit la vérité pour ce qui concerne l'affaire traitée. On souligne également qu'il devrait pouvoir garder silence sur des questions qui pourraient l'incriminer à l'égard de délits étrangers à l'espèce. Je ne partage pas cet avis. Il m'apparaît au contraire que la nature intéressée du témoignage du collaborateur commande qu'on puisse évaluer sa crédibilité à la lumière de toutes les transactions criminelles auxquelles il a été associées. Devant un collaborateur, c'est-à-dire un « témoin taré », la justice doit être en mesure de se prononcer en se basant sur tous les faits pertinents.

La discussion s'est également arrêtée sur des questions concernant la présence de l'avocat du collaborateur au moment des discussions relatives au memorandum. La pratique canadienne a démontré que le collaborateur souhaite rarement, sinon jamais, la présence de son avocat au moment de ces discussions. Il serait cependant sage de lui reconnaître ce droit, lequel devient particulièrement souhaitable si on penche en faveur d'une divulgation complète de tous les faits pertinents qui concernent le collaborateur.

On l'a souvent dit, le système anglo-saxon s'appuie fréquemment sur la notion du "*checks and balances*". Ce qui se cache derrière cette notion parfois nébuleuse, c'est la possibilité pour la partie adverse d'avoir recours à un mécanisme faisant contrepoids aux armes que son adversaire peut légalement utiliser. Si l'état impose au collaborateur l'obligation de dire toute la vérité quant à son passé criminel, il lui permet en revanche de recourir, le cas échéant, aux services d'un avocat.

L'obligation imposée au procureur du Roi ou au procureur fédéral d'en référer au juge d'instruction (article 2, paragraphe 3) s'inscrit tout à fait dans la lignée d'un système où se retrouvent ces "*checks and balances*". Comme le juge d'instruction est étranger au processus qui conduit à la rédaction d'un memorandum, son examen et son avis seront empreints sans parti pris, même si on ne peut douter de l'objectivité du procureur du Roi ou du procureur fédéral.

Finalement, il me semble important de revenir sur un des points soulevés dans mon document de travail, point qui a incidemment été discuté en session de travail. Le projet de loi restreint l'usage du collaborateur aux infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle ou aux infractions relatives à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Il n'est pas certain que les crimes reliés au terrorisme soient inclus dans ces définitions. Compte tenu des événements du 11 septembre 2001, il conviendrait de les inclure.

En guise de conclusion, je voudrais répéter que le projet de loi procède d'un constat qui semble unanime au sein de la communauté internationale. Les moyens traditionnels utilisés pour combattre le crime organisé sous toutes ses formes n'ont pas donné les résultats escomptés. Tous les pays au prise avec ce phénomène dont l'ampleur grandit quotidiennement cherchent à trouver des moyens plus efficaces pour

contrer ce fléau. Le projet de loi belge se présente à ce titre comme un outil qui cherche à maintenir un équilibre entre les droits des justiciables et les pouvoirs dont l'état entend se doter pour lutter contre le crime organisé.

Pierre Loïselle, c.r.

Le 12 décembre 2001.

Loi belge mettant en place un nouveau cadre juridique
pour les collaborateurs de la justice
(note en vue de la préparation du rapport final)

JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA
Magistrat de la Audiencia Nacional

Nous avons été saisis du projet de loi belge mettant en place un nouveau cadre juridique pour les collaborateurs de justice (« repentis »). Il s'agit, plus spécifiquement, de donner un avis sur la conformité des dispositions de ce projet avec les principes essentiels qui inspirent les droits procéduraux garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme et notamment le respect des droits de la défense dans la mesure où ces derniers représentent le contenu essentiel de l'ensemble des droits inclus dans la notion plus globale de droit à un procès équitable.

Après avoir examiné attentivement le contenu du projet de loi en question et avoir obtenu les éclaircissements opportuns de la part des autorités belges, je me dois d'exprimer mon opinion favorable au projet de loi qui s'inscrit dans les tendances générales du droit comparé et qui, d'après moi, assure une protection suffisante du principe de l'égalité des armes sans méconnaître les droits reconnus par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

En effet, l'offre de certains avantages de nature pénale aux auteurs de certaines infractions qui acceptent de coopérer avec la justice en dénonçant leurs complices ou des co-auteurs, constitue un trait commun de la politique criminelle des deux dernières décennies. Il s'agit notamment d'un instrument extrêmement efficace dans la lutte contre la criminalité organisée. Tel est d'ailleurs l'objectif poursuivi par le projet de loi analysé, dont le champ d'application est expressément circonscrit aux crimes et délits – d'une certaine gravité, c'est à dire, assortis d'une peine d'au moins trois ans de prison – commis par les organisations criminelles. De plus, il couvre aussi les violations graves du droit international humanitaire. Pour dissiper tout malentendu, il serait probablement nécessaire de clarifier, comme le propose M. Loiselle, que cela comprend aussi les délits de terrorisme.

A mon avis, le projet tel qu'il est rédigé, garantit suffisamment les principes de légalité, proportionnalité et subsidiarité dans l'application de ce moyen d'enquête et, somme toute, de preuve. Dans la perspective qui nous intéresse, il est certes particulièrement important de mettre en relief deux éléments essentiels des normes relatives aux collaborateurs de la justice: d'une part, l'exigence de garantir la transparence des conditions ayant rendu possible la collaboration du repent et de l'autre l'exigence de corroboration du témoignage du « repent » par d'autres éléments de preuve. Il s'agit là de deux conditions indispensables pour la validité du système.

Il est vrai que la déclaration d'un co-accusé soulève toujours des problèmes sérieux du point de vue du respect des garanties de la procédure. A ce sujet, la Cour européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion de dire ce qui suit :

« La Cour est consciente que la collaboration des « repentis » représente un instrument très important dans la lutte que les autorités italiennes mènent contre la mafia. L'utilisation de leurs déclarations pose cependant un certain nombre de problèmes délicats car, de par leur nature, pareilles déclarations sont susceptibles de manipulations, de poursuivre uniquement le but d'obtenir les bénéfices que la loi italienne accorde aux « repentis » ou encore viser des vengeances personnelles. La nature parfois ambiguë de ces déclarations et le risque qu'une personne puisse être mise en accusation et arrêtée sur la base d'allégations non contrôlées et pas forcément désintéressées ne doivent dès lors pas être sous-estimés (Contrada c. Italie). »

A ma connaissance, les organes de la Convention n'ont pas eu l'occasion, jusqu'à présent, de se prononcer sur la question de l'utilisation du témoignage d'un « repentant » comme fondement d'un arrêt de condamnation. Le problème des déclarations des repentis s'est, en effet, posé seulement sous l'angle de la légalité de ce moyen d'enquête à la lumière de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Toutefois, il résulte des arrêts rendus par la Cour européenne des Droits de l'Homme et des Décisions sur la recevabilité adoptées par la Commission européenne des Droits de l'Homme que pour être compatible avec le droit à un procès équitable consacré par la Convention, ce moyen de preuve doit réunir deux conditions essentielles.

En premier lieu, il est indispensable que la défense puisse avoir accès aux conditions d'obtention de ce moyen de preuve. C'est à dire, la défense doit avoir la possibilité de débattre la manière selon laquelle le témoignage a été obtenu, quel sont les motifs de la collaboration avec la justice et, pour résumer, disposer de l'opportunité d'interroger l'auteur du témoignage à charge. Il est évident que cette exigence, inhérente au principe de la contradiction qui est sous-jacent à celui de l'égalité des armes, est suffisamment remplie par le projet de loi examiné. Il suffit de noter, à cet égard, que l'accord de collaboration ne peut être conclu que par un membre du Parquet, qui doit informer l'autorité judiciaire. De plus, le collaborateur avec la justice ne jouit en aucun cas de la faculté de témoigner de manière anonyme.

En deuxième lieu, il est également indispensable que le témoignage du repentant soit corroboré par d'autres éléments de preuve, comme l'a exigé la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Labita contre l'Italie (*« les déclarations des « repentis » doivent être corroborées par d'autres éléments »*). Dans le même sens, l'article 21 du projet de loi incorpore cette même exigence (*« les témoignages recueillis en application de la présente loi peuvent être pris en considération comme preuves pour autant qu'ils soient corroborés dans une mesure importante par d'autres moyens de preuve »*) laquelle revêt une importance capitale comme condition de validité. Il s'agit, somme toute, d'une restriction imposée au principe de la libre appréciation des moyens de preuve par le juge puisqu'il est exigé qu'il existe d'autres éléments objectifs de preuve conférant crédibilité au témoignage du collaborateur. Cette approche répond à une conception relativiste de la preuve (cf. Nobile) destiné à garantir une efficace manifestation de la vérité en vue de protéger l'accusé lui-même.

Je me dois de soulever une dernière question qui est apparue au cours de la discussion que nous avons eue avec les représentants de l'Etat belge. Il s'agit de l'exigence, non prévue par le projet de loi, de l'assistance d'un défenseur avant que le collaborateur

avec la justice ait conclu son accord de collaboration. Je suis d'avis que cela servirait à mieux protéger les droits de celui qui renonce à exercer son droit au silence tout en garantissant et l'intégrité de son témoignage, et, ce qui est plus important encore, que ledit témoignage n'a pas été obtenu de manière incompatible avec les principes de la Convention. Cela étant, je suis absolument conscient des difficultés inhérentes à l'introduction d'une telle exigence dans le texte du projet de loi. Dans la mesure où je n'ai aucun doute sur le fait que la loi belge reconnaît, de manière générale, à tout inculpé le droit à être assisté par un avocat défenseur et dans la mesure où le collaborateur de justice est, à l'évidence, un inculpé, il faut interpréter que le système général établi par le Code de Procédure Pénale résulte pleinement applicable à l'égard de ce dernier aussi. Il faut donc conclure que, sur ce point, le projet de loi examiné n'est pas en contradiction avec ce qui est prévu par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Conclusion : en vertu de ce qui précède, j'exprime, sans préjudice du meilleur avis de mes collègues, une opinion favorable au texte du projet de loi mettant en place un cadre juridique pour les collaborateurs de la justice qui nous a été soumis pour examen.

Madrid, 6 janvier 2002

OPINION ON THE BELGIAN BILL INTRODUCING PROVISIONS ON PEOPLE WHO CO-OPERATE WITH JUSTICE (REGIME DES COLLABORATEURS DE LA JUSTICE)

It is a shared assessment in the International Community that a. organized crime is one of the most dangerous forms of criminality, as not only endangers the life and the security of individuals but also affects financial markets and democratic societies; b. organized crime is transnational in character; c. uses sophisticated means (and very often is one step ahead of law enforcement agencies); d. tends to protect its associates and its activities with secrecy and binding internal rules.

It is also a worldwide perception that a1. the fight against organized crime has to take into due account the peculiarities of organised crime as indicated above and b1. such a struggle has to be shared by all (as far as possible) States as to means and tools. In fact it is also a shared opinion that both criminals and criminal activities do go where counteraction of States (law enforcement activities, legislation, including judicial co-operation) is weaker.

It is given the fact that the fight against organised crime tends now to follow common standards worldwide.

It could be of some use to recall some - among others- of the achievements reached at the international level in this field. Legal instruments of the U.N. (like the Palermo convention on organised crime), of the Council of Europe (recommendations as the one on Europe in a time of change and several conventions), of the European Union (as the action plan on organised crime and several conventions); other fora like the G7 and the G8-Lyon Group are on the same line. Among the said instruments of the bodies mentioned above two seem to be of an utmost importance as to the present opinion, i.e. the E.U. Resolution on people who co-operate with Justice and the CoE Recommendation on Intimidation of Witnesses and the right of the defense.

To synthesize, it can be said that there is a need for States, in order to effectively fight against organized crime, to have a comprehensive legislation which should include law enforcement measures (which includes updated techniques), criminal substantive and criminal procedure provisions, protection programs and penitentiary regulations.

Following to the Paris meeting with people from the Ministry of Justice of the Kingdom of Belgium I had the clear impression that the overall set of bills that have been presented or that are to be presented to the Belgian Parliament go to that direction. I learned about the new provisions on anonymous witnesses, on witness protection, on video-links, on special methods of investigation, on seizure and confiscation of assets deriving from criminal activities, which are envisaged to be introduced in Belgium. All the said provisions do go in the direction mentioned above and likewise does the bill on collaborateurs de la justice.

As to the latter bill the following can be said.

A preliminary remark has to be made: any provision on people who co-operate with justice is to be seen not only as an effective tool to combat against organized crime but also as a chance given to those associates who are willing or might consider to

abandon the criminal association, but who need to have an helpful hand to "take the plunge". However any comment or evaluation which would impinge on ethical consideration is to be considered as irrelevant (it is the...lesser evil!). That is to say that the dismissal of the case, the provision of mitigating or extenuating circumstances or which would exclude criminal liability and appropriate ways to execute the sentence should be regarded as something that has to be put on one of the two scales to balance the benefits deriving to the individuals and the society. It should be clear though that such a criminal policy is to be regarded as an exception; and that human rights requirements need to be respected.

According to the Belgian bill the provisions therein seem to be an exception, i.e. a last resort. Moreover it comes out of the overall set of provisions that the way they are to be interpreted is in a strict way. Of course very much will depend on how they will be applied. The possibilities of misuse cannot be foreseen in theory; to that extent a periodical information to be given to the Parliament should be an adequate counterbalance. On the other hand both a too strict interpretation and a permissive one could endanger.

The system related to people who co-operate with justice is based on the principles of legality, subsidiarity (subsidiarite') and proportionality; also mechanism to ensure controls and transparency appear in the bill. To that extent the memorandum of understanding (MOU) or of agreement plays a central role, as it will be further examined below.

The present opinion as it appears below will be limited to the points that have been the object of the discussion in the Paris meeting. It will not involve the rest of the text that met a general consensus by the participants.

As said above, the Belgian bill seems to go in the right direction as far as the fight against organised crime is concerned; it is in line with the outcomes of various international fora in the instant field; it meets the requirements of the European Convention on human rights as it results from the ruling of the ECHR.

In particular the following points deserve to be highly supported: a. the principle of subsidiarity and proportionality, which ensure that the use of collaborateurs be not abused (and avoid the police to be somewhat lazy, being satisfied merely with the statement made by the collaborateur); b. the principle of transparency, i.e. in particular the insertion of the memorandum and of the agreement (or of the sentence which granted the benefits) in the relevant criminal dossiers, so to give the opportunity to the responsible of the prosecuting office and to the investigating judge and to the court to check the reliability of the witness/co-operator with justice; c. the provision that the agreement may be nullified should the person concerned have not complied with the obligations therein or should it be proved that the statements made were not sincere or complete. Because that would be the inevitable consequence it comes without saying that it is in the interest of the person concerned to make complete and sincere statements; d. the fact that the various benefits have been articulated and tailored taking into account the different phases of the criminal procedure, including the phase of the execution of the sentence.

Some remarks though are to be made.

I do not know in depth the content of article 324bis of the Belgian criminal code nor the way it is applied by the courts. My impression would be that the new law would be much more effective and possible criticism would be avoided should this law apply to major case of organized crime. On the other hand I do wonder whether other crimes could be inserted, such as terrorism.

The Belgian Government might wish to consider also the possibility that the collaborateur contributes to reveal all what he knows about the assets of the criminal organization as such (to that extent the provision contained in article 4 is not clear because it leads to conclude that the goods to be seized and confiscated are only those which are related to his person).

It is self-evident that the prosecutor can only make a promise (when the proceeding is in other phase than that of investigations or when the investigating magistrate is involved) but he can not assure that the benefit be granted, because it is up to the judge to decide. It should be clear that the more strict the judges will be the lesser the new law will be applied and the lesser the person will be willing to co-operate.

The requirements of HR seem to have been met. The Belgian bill could even go further off in providing that a sentence may be based upon declarations made by a collaborateur. It is true that the ECHR (namely in the case LABITA v. Italy) seems to be the basis for the Belgian provision (article 21) but it might be considered as well that the said decision was related to deprivation of liberty. However the provision deserves to be fully accepted. There is a point that is not clear: what happens when the proves consist in more than one statement, i.e. three or more declarations made by collaborateurs which are consistent one with the other?

I would be cautious in fixing tight links between crimes committed and crimes which are the object of the co-operation, in the sense that having committed very serious crimes should not impede the application of the provisions on collaborateurs, provided that the contribution is disclosing (revelatrice), sincere and complete and that the crimes on which the collaborateur testifies are very serious as well (see page 9 of the explanatory report to the law).

As far as memorandum and agreement are concerned, the Belgian Authorities might wish to consider that also a reference to the voluntariness and the consciousness of the agreement (i.e. under no pressure) result from the agreement. They might also consider the opportunity to envisage the presence of a lawyer (or at least the right for the collaborateur to nominate a counsel, if so he wishes) in a later stage of the procedure, i.e. not when the collaborateur decides to co-operate but when he is to make statements against himself. This brings to a further point: what happens when the agreement/memorandum has been annulled according to the relevant provisions contained in the law? May those declarations be used? It is the entire dossier which will be annulled (i.e. agreement plus declarations)? Would that happen not only where the nullification will depend on the lack of completeness and sincerity but also when the collaborateur has not complied with other obligations? Wouldn't it be a pity to miss important pieces of evidence in the latter case?

Rome, 4th January, 2002

Eugenio Selvaggi

**Avis du conseil des procureurs du Roi quant à
l'avant-projet de loi belge instaurant un régime pour les collaborateurs de justice**

Raad van procureurs des Konings

Advies over het wetsontwerp betreffende
de invoering van een regeling inzake
medewerkers met het gerecht

14 januari 2002

1. Het algemeen kader

Het wetsontwerp zou moeten worden gekaderd binnen het geheel van maatregelen die een efficiëntere bestrijding van de georganiseerde criminaliteit heugen. Het mag als dusdanig niet los worden gezien van de wetgevende initiatieven die genomen zijn met betrekking tot onder meer de bijzondere opsporingsmethodes, de bescherming van getuigen en de bewijslast bij de ontkenning van wederrechtelijke vermogensvoordelen. De invoering ervan dient derhalve quasi simultaan te geschieden.

2. De verdienste van het ontwerp

De verdienste van het ontwerp bestaat erin dat effectief de nodige waarborgen zijn ingebouwd om misbruik van het beroep op medewerkers met het gerecht en rechtsdwalingen te voorkomen.

Deze waarborgen zitten vervat in de vereisten van legaliteit, subsidiariteit en evenredigheid op het niveau van het openbaar ministerie, on het controlebeginsel dat aan het onderzoeks- of vonnisgerecht is toevertrouwd.

3. De toepasbaarheid in concreto van het systeem

Het ligt voor de hand dat de beste bescherming van de medewerker de anonimiteit is. Immers, in de geviseerde criminele milieus stellen de verklikkers zich bloot aan represaillemaatregelen.

Het wetsontwerp biedt niet de mogelijkheid

Conseil des procureurs du Roi

Avis relatif au projet de loi concernant
l'introduction d'un régime des
collaborateurs de la justice

14 janvier 2002

1. Le cadre général

Le projet de loi devrait s'intégrer dans un ensemble de mesures dont l'objectif est de rendre plus efficiente la lutte contre la criminalité organisée. Comme tel, il ne peut dès lors être détaché des initiatives législatives concernant notamment les méthodes particulières de recherche, la protection des témoins et la charge de la preuve en matière de confiscation d'avantages patrimoniaux illicites. La mise en œuvre de ces textes devrait dès lors aller de pair.

2. L'intérêt du projet

L'intérêt du projet réside dans l'introduction de garanties effectives pour prévenir l'abus du recours aux collaborateurs de la justice et la commission d'erreurs judiciaires.

Ces garanties répondent aux exigences de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité dans le chef du ministère public, ainsi qu'à celle d'un contrôle juridictionnel confié aux juridictions d'instruction ou de fond.

3. L'applicabilité concrète du système

Il est clair que la protection la plus efficace pour le collaborateur est l'anonymat. En effet, dans les milieux criminels visés, les dénonciateurs s'exposent à des représailles.

Le projet de loi n'offre pas la possibilité aux

dat de medewerkers anoniem kunnen blijven in de procedure. Artikel 22 bepaalt immers dat noch gedeeltelijke, noch volledige anonimiteit kan worden toegekend. Aldus zullen zij worden blootgesteld aan alle mogelijke initiatieven uit het crimineel milieu: represailles, bedreigingen van familie en derden welke een band hebben met de medewerker, enz.

Hierdoor wordt de toepasbaarheid van de door het ontwerp beoogde regeling gehypothekeerd.

Bovendien moet worden vastgesteld dat de wetgever niet voorziet in een noodzakelijk begeleidend corollarium: een degelijk uitgebouwd gotulgenbeschermingsprogramma. Voorzeggd artikel 22 vermeldt wel beschermingsmaatregelen en financiële hulpmaatregelen, doch dit beantwoordt niet aan de enorme moeilijkheden die zich zullen stellen.

Naast de financiële impact, moet immers het hoofd worden geboden aan een uitermate complexe problematiek. Quid immers met betrekking tot de familie, een identiteitswijziging, sociaalrechtelijke implicaties, erfensiskwesties enz.? Quid aangaande de onvermijdelijke internationale dimensie, nu een land als België dermate beperkt is in oppervlakte dat het ongeschikt is om iemand veilig 'onder te brengen'...?

Nopens deze fundamentele aspecten biedt het ontwerp vooralsnog geen oplossing.

4. Conclusie

Het ontwerp van wet past op bepaalde punten in de algemene strategie ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit: de sturing door het openbaar ministerie, de toetsing aan de beginselen van legaliteit, subsidiariteit en evenredigheid, alsmede de coördinatie- en controlemechanismen.

collaborateurs de rester anonymes dans la procédure. L'article 22 prévoit en effet qu'aucun anonymat, ni partiel, ni total, ne peut être accordé. Ils se trouveront dès lors exposés à toutes sortes d'initiatives du milieu criminel: représailles, menaces de la famille et des tiers qui ont un lien avec le collaborateur, etc.

C'est pourquoi l'applicabilité du régime envisagé par le projet se trouvera hypothéquée.

On constate en outre que le législateur ne prévoit pas en même temps un corollaire indispensable: l'élaboration d'un solide programme de protection des témoins. L'article 22 précité mentionne bien des mesures de protection et des mesures d'aide financière, mais celles-ci ne sauraient résoudre les importantes difficultés qui se poseront.

Il conviendra en effet de répondre, outre au volet financier, à une problématique extrêmement complexe. Quid notamment des relations avec la famille, de la modification de l'identité, des implications de droit social, de droit successoral, etc. Quid également de l'inévitable dimension internationale du problème, dès lors qu'un pays aussi petit que la Belgique n'est pas en mesure de placer quelqu'un en sécurité...?

Le projet n'apporte pas de réponse pour l'instant à ces questions fondamentales.

4. Conclusion

Le projet de loi s'inscrit sur certains points dans la stratégie générale de la lutte contre la criminalité organisée: il en va ainsi de la direction des opérations par le ministère public, de leur appréciation au regard des principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité, ainsi que des mécanismes de coordination et de contrôle.

Een belangrijke succesfactor evenwel, de afscherming van de bronnen, is niet volledig gegarandeerd. Ook is er geen uitgewerkt getuigenbeschermingsprogramma.

De beoogde regeling zou een belangrijke meerwaarde kunnen bieden in de criminaliteitsbestrijding indien de nodige beschermingsgaranties worden gegeven aan de kandidaat-medewerker met het gerecht. Het ziet er naar uit dat aan Justitie een bijkomend werktuig zou worden aangereikt waarmee in de praktijk niet zou kunnen worden gewerkt, gezien de risico's waaraan de kandidaat-medewerker zich zou blootstellen.

Het ontwerp mag niet een geïsoleerd middel worden: een gelijktijdige invoering van de wetgeving inzake de bijzondere opsporingsmethoden, de bescherming van getuigen en de bewijslast bij de ontkenning van wederrechtelijke vermogensvoordelen dringt zich op. Al deze regelingen vormen immers een coherent geheel.

Toutefois, un facteur de succès important, la protection des sources, n'est pas garanti. Il n'y a pas non plus en parallèle de programme de protection des témoins.

La réglementation envisagée pourrait constituer une plus-value importante dans la lutte contre la criminalité si les nécessaires garanties de protection étaient apportées au candidat collaborateur de la justice. Il apparaît ainsi qu'un outil complémentaire serait mis à la disposition de la Justice dont elle ne pourrait se servir en pratique en raison des risques auxquels s'exposerait le candidat collaborateur.

Le projet ne peut pas constituer un instrument isolé: la mise en œuvre concomitante s'impose des législations concernant les méthodes particulières de recherche, la protection des témoins et la charge de la preuve en matière de confiscation d'avantages patrimoniaux illicites. Ces différentes réglementations forment en effet un tout cohérent.

**Tableau récapitulatif des modifications successives apportées
aux articles 238 et 513 du Code de procédure pénale italien**

	Art. 238	Art. 513. 1	Art. 513.2
Version initiale de 1989	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une autre procédure pénale, pour autant : qu'il s'agisse de déclarations recueillies dans le cadre d'un incident probatoire ou devant le juge du fond, et que les parties consentent à leur utilisation dans la procédure <i>ad quem</i>, ou, qu'il s'agisse de preuves ne pouvant objectivement plus être renouvelées.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par un accusé poursuivi dans le cadre de la procédure en cause, chaque fois que l'accusé en question est absent, contumace, ou refuse de se soumettre à interrogatoire.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, mais uniquement dans l'hypothèse où il n'y a matériellement pas moyen d'obtenir son audition, et non lorsqu'elle se présente à l'audience mais refuse de se soumettre à interrogatoire.
Contre-réforme de 1992	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une autre procédure pénale, pour autant : qu'il s'agisse de déclarations recueillies dans le cadre d'un incident probatoire ou devant le juge du fond, ou, que les parties consentent à leur utilisation dans la procédure <i>ad quem</i>, ou, qu'il s'agisse de preuves ne pouvant objectivement plus être renouvelées.	Inchangé	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, non seulement s'il n'y a matériellement pas moyen d'obtenir son audition, mais également chaque fois qu'elle se présente à l'audience et refuse de se soumettre à interrogatoire.

	Art. 238	Art. 513. 1	Art. 513.2
Loi n° 267 du 7/8/1997	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une autre procédure pénale, pour autant : qu'il s'agisse de déclarations recueillies dans le cadre d'un incident probatoire ou devant le juge du fond et, si elles sont le fait d'une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, que les défenseurs des accusés auxquels on entend les opposer aient été présents, ou, que les parties consentent à leur utilisation dans le cadre de la procédure <i>ad quem</i>, ou, qu'il s'agisse de preuves ne pouvant objectivement plus être renouvelées.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par un accusé poursuivi dans le cadre de la procédure en cause chaque fois que l'accusé en question est absent, contumace, ou refuse de se soumettre à interrogatoire. Lesdites déclarations ne pourront, toutefois, être utilisées à l'encontre d'autres accusés qu'avec leur consentement.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, s'il n'y a pas moyen d'obtenir sa présence à l'audience, ou - mais alors uniquement moyennant le consentement des parties - si elle refuse de se soumettre à interrogatoire.

	Art. 238	Art. 513. 1	Art. 513.2
Arrêt 361/1998 C.const.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une autre procédure pénale, pour autant qu'il s'agisse de déclarations recueillies dans le cadre d'un incident probatoire ou devant le juge du fond et, si elles sont le fait d'une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, que les défenseurs des accusés auxquels on entend les opposer aient été présents, ou, que les parties consentent à leur utilisation dans le cadre de la procédure <i>ad quem</i>, ou, qu'il s'agisse de preuves ne pouvant objectivement plus être renouvelées. Permet, en outre, que soient récupérées à des fins probatoires, moyennant le mécanisme de la contestation, les déclarations précédemment faites dans le cadre d'une autre procédure par une personne poursuivie séparément du chef d'une infraction connexe ou liée, qui refuse ensuite de se soumettre à interrogatoire dans le cadre de la procédure <i>ad quem</i>, et ce, même si les parties ne consentent pas à cette utilisation.	Inchangé. Mais c'est désormais l'alinéa 2 qui s'applique lorsque les déclarations faites par un accusé poursuivi dans le cadre de la procédure en cause portent sur des faits impliquant non pas sa propre responsabilité, mais bien la responsabilité d'autrui.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, s'il n'y a pas moyen d'obtenir sa présence à l'audience. Permet, en outre, que soient récupérées à des fins probatoires, moyennant le mécanisme de la contestation, les déclarations portant sur la responsabilité d'autrui précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire, ou lors de l'audience préliminaire, soit par un accusé poursuivi dans le cadre de la procédure en cause, soit par une personne poursuivie séparément dans le cadre d'une procédure connexe ou liée, chaque fois que l'auteur desdites déclarations se prévaut à l'audience de son droit au silence, et ce, même si les parties ne consentent pas à leur utilisation.

	Art. 238	Art. 513. 1	Art. 513.2
Loi n° 63 du 1/3/2001	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une autre procédure pénale, pour autant : qu'il s'agisse de déclarations recueillies dans le cadre d'un incident probatoire ou devant le juge du fond et que les défenseurs des accusés auxquels on entend les opposer aient été présents, ou, que les parties consentent à leur utilisation dans le cadre de la procédure <i>ad quem</i>, que des éléments concrets permettent de considérer que la personne précédemment entendue a été soumise à violences, menaces, offres ou promesses, ou, qu'il s'agisse de preuves ne pouvant objectivement plus être renouvelées, suite à la survenance de circonstances imprévisibles.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par un accusé poursuivi dans le cadre de la procédure en cause, chaque fois que l'accusé en question est absent, contumace, ou refuse de se soumettre à interrogatoire. Lesdites déclarations ne pourront, toutefois, être utilisées à l'encontre d'autres accusés qu'avec leur consentement, ou si des éléments concrets permettent de considérer que l'auteur des déclarations a été soumis à violences, menaces, offres ou promesses.	Permet que soient utilisées à des fins probatoires les déclarations précédemment faites au ministère public, au juge de l'enquête préliminaire ou lors de l'audience préliminaire, par une personne poursuivie séparément pour la même infraction que les personnes mises en cause dans le cadre de la procédure dont question, s'il n'y a pas moyen d'obtenir sa présence à l'audience, ou - mais alors uniquement moyennant le consentement des parties - si elle refuse de se soumettre à interrogatoire. Rem. : En vertu du renvoi opéré par l'art. 210 Cod. proc. pen., l'art. 500 est également applicable en ce cas.