

**Zeitschrift:** Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie =  
Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie

**Herausgeber:** Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

**Band:** 21 (2003)

**Artikel:** Enquêtes sous couverture, repentis et protection des témoins : des  
droits fondamentaux en péril?

**Autor:** Beernaert, Marie-Aude

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1051101>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 15.04.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

**MARIE-AUDE BEERNAERT**

**ENQUÊTES SOUS COUVERTURE, REPENTIS  
ET PROTECTION DES TÉMOINS:  
DES DROITS FONDAMENTAUX EN PÉRIL?**

**Résumé**

La nécessité de combattre efficacement certaines formes de criminalité grave a, depuis quelque temps, conduit de nombreux législateurs à recourir à des méthodes d'enquête particulières qui portent parfois lourdement atteinte aux droits fondamentaux des personnes mises en cause.

Nous nous proposons d'analyser plus en détail trois de ces méthodes particulières: les enquêtes sous couverture, le recours aux repentis et les témoignages anonymes. Ces trois techniques semblent particulièrement emblématiques de la difficulté qu'il y a à élaborer un droit de la procédure pénale qui soit tout à la fois efficace et respectueux des libertés individuelles.

**Verdeckte Ermittlung, «Pentiti» und Zeugenschutz: Gefahr für die Grundrechte?**

Die Notwendigkeit, gewisse Formen der schweren Kriminalität wirksam zu bekämpfen, hat seit einiger Zeit viele Gesetzgeber dazu gebracht, zu besonderen Ermittlungsmethoden zu greifen, welche manchmal die Grundrechte der angeklagten Personen stark beeinträchtigen.

Wir nehmen uns vor, drei dieser besonderen Methoden detaillierter zu analysieren: die verdeckten Ermittlungen, der Beizug von Pentiti sowie von anonymen Zeugenaussagen. Diese drei Techniken scheinen besonders sinnbildlich zu sein bezüglich der Schwierigkeit, eine Strafprozessordnung auszuarbeiten, welche gleichzeitig wirksam ist und die individuellen Rechte achtet.

Depuis quelques années, et au nom de la lutte contre une criminalité organisée ou terroriste présentée comme toujours plus menaçante, on constate qu'un grand nombre de législateurs ont tendance à autoriser de nouvelles mesures procédurales dérogatoires au droit commun et souvent fortement attentatoires aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux.

La présente analyse portera plus particulièrement sur trois d'entre elles: les enquêtes sous couverture, le recours aux repentis ou colla-

borateurs de justice, et enfin, la délicate question des témoignages anonymes.

Pour chacun de ces trois thèmes, nous souhaiterions présenter rapidement la problématique, évoquer, ensuite, les difficultés et questions que la mesure soulève, et, enfin, la situer dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

## 1 Enquêtes sous couverture

### 1.1 Notion

Une enquête *undercover* ou sous couverture est une enquête au cours de laquelle un fonctionnaire de police – ou, à tout le moins, une personne travaillant pour le compte de la police – dissimule son identité et élabore une mise en scène lui permettant d'entrer en contact avec un ou plusieurs auteur(s) potentiel(s) d'infractions dans le but de recueillir des informations ou éléments de preuve.

L'opération conjugue donc trois caractères: le secret (l'agent dissimule qu'il travaille pour la police), la ruse (il échafaude un scénario en vue de gagner la confiance du ou des auteurs potentiels) et l'interaction (il y a un contact direct avec ce ou ces auteurs potentiels).<sup>1</sup>

Pour le reste, les opérations sous couverture peuvent prendre des formes diverses, les plus courantes étant sans doute le pseudo-achat, la pseudo-vente et les livraisons contrôlées. Dans le premier cas, un fonctionnaire de police se présente à une personne comme un acheteur potentiel d'un bien qui est le produit ou l'objet d'une infraction; dans la seconde hypothèse, le scénario est exactement inverse, puisque l'agent tente cette fois d'écouler un bien qui est le produit ou l'objet d'une infraction; quant aux livraisons contrôlées, elles consis-

---

1 C. DE VALKENEER, «L'exécution des opérations undercover», note sous Mons, 5 mai 1992, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, p. 894.

tent, pour des fonctionnaires de police, à détenir et transporter certaines marchandises prohibées.<sup>2</sup>

## 1.2 Principales objections

Les opérations sous couverture soulèvent un certain nombre de questions en termes de droits fondamentaux et de principes généraux.

Elles peuvent, d'abord, poser problème au regard du droit au respect de la vie privée. Ces techniques d'enquête impliquent en effet une forme d'immixtion de l'autorité dans la sphère de la vie individuelle, les stratégies mises en œuvre permettant à l'agent d'entrer en contact avec des personnes déterminées et d'appréhender de nombreux aspects de leur vie, dont certains seront d'ailleurs sans rapport avec les faits investigués.<sup>3</sup>

Une autre difficulté provient de ce qu'une opération sous couverture ne peut généralement pas se réaliser sans que les agents de l'autorité ne commettent une ou plusieurs infractions (fausse identité, détention et transport de produits illicites, etc), ce qui ne manque pas de soulever un problème éthique.<sup>4</sup> On peut en effet se demander s'il

2 Ces livraisons *contrôlées* sont parfois confondues avec les livraisons *surveillées*, qui consistent à suivre et observer le parcours de marchandises prohibées, en retardant le moment de l'intervention de manière à appréhender les véritables responsables plutôt que les simples exécutants. Cette dernière technique ne constitue toutefois pas, à proprement parler, une opération sous couverture, dans la mesure où elle n'implique pas d'interaction avec les personnes observées (voy., en ce sens, M. DE RUE, «Les droits de l'homme et les méthodes modernes d'enquête policière», *Journal des tribunaux*, 2000, p. 322).

3 Dans le même sens, voy. C. DE VALKENEER, *Le droit de la police: la loi, l'institution et la société*, Bruxelles, De Boeck, 1991, pp. 154–155. L'auteur souligne qu'il y a, en réalité, «mise en place d'un véritable observatoire du comportement humain dans lequel les sujets ne se rendent même pas compte qu'ils sont surveillés».

4 Outre la question, proprement juridique, de la responsabilité pénale éventuelle de l'agent infiltrant: est-il susceptible d'être pénalement poursuivi du chef des infractions commises? En droit belge, la récente loi du 6 janvier 2003 «concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête» a instauré, à l'article 47<sup>quinquies</sup> nouveau, §§ 2 et 3, du Code d'instruction criminelle, une cause d'excuse légale au bénéfice des fonctionnaires de police qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité ou celle d'autres personnes impliquées dans l'opération, commettent des infractions absolument nécessaires». Sauf situation imprévisible, l'autorisation préalable du procureur du Roi est toutefois requise. Par ailleurs, les infractions commises «ne peuvent être plus graves que les infractions pour lesquelles les méthodes sont mises en œuvre et doivent être nécessairement proportionnelles à l'objectif visé».

est acceptable que des agents de l'autorité, dont le rôle est de rechercher et de poursuivre les infractions commises, adoptent eux-mêmes les comportements et attitudes qu'ils cherchent à réprimer.

La troisième et dernière difficulté, enfin, est liée au risque de voir l'opération sous couverture déboucher sur ce qu'il est convenu d'appeler une provocation policière. La provocation policière peut être définie comme un moyen consistant à inciter une personne à commettre une infraction qu'elle n'eût pas commise autrement.<sup>5</sup> On s'accorde généralement à condamner cette pratique, l'opinion très largement majoritaire – en Europe à tout le moins – étant que la société n'a pas le droit de réprimer une infraction qu'elle a elle-même suscitée et qui ne se serait pas produite sans l'intervention des autorités répressives.<sup>6</sup> Mais la distinction entre une opération d'infiltration licite (dans le cadre de laquelle l'agent infiltrant se contente de créer l'occasion, pour le prévenu, de commettre une infraction que celui-ci allait de toute façon commettre) et une provocation policière illicite (dans le cadre de laquelle l'agent va au-delà et fait naître la résolution criminelle chez un individu qui ne serait autrement pas passé à l'acte), n'est claire qu'en théorie et est souvent difficile à tracer en pratique.<sup>7</sup>

---

5 Selon la Cour de cassation belge, la provocation policière consiste «soit à faire naître la résolution criminelle, soit à renforcer celle-ci chez celui qui exécutera matériellement l'infraction» (Cass., 7 février 1979, *Pasicrisie*, 1979, I, 665). A. DE NAUW parle, quant à lui, «d'un moyen fallacieux utilisé en vue de faire commettre une infraction» («La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1980, p. 324).

6 Pour une analyse de cette question sous l'angle de la philosophie du droit, voy. G. HAARSCHER, «Le tentateur et le démocrate», note sous Bruxelles, 7 septembre 1994, *Journal des procès*, 1994, n° 268, pp. 30–31. L'auteur fait valoir que, dans une conception démocratique de la société, la provocation ne devrait pas être considérée comme *informative* (ou donnant à voir la turpitude dissimulée d'un individu) mais bien plutôt comme *performative* (faisant bifurquer un individu et créant un personnage qui n'existait pas jusqu'alors, «immergé qu'il était dans un océan de possibilités ouvertes»).

7 Dans le même sens, voy. H. BOSLY, «La régularité de la preuve en matière pénale», *Journal des tribunaux*, 1992, p. 123: «Si les principes dégagés par la jurisprudence pour opérer la distinction entre la provocation qui est considérée comme illicite et l'infiltration considérée au contraire comme licite sont clairs, il demeure que l'appréciation sur le terrain risque de se révéler plus délicate.»

### 1.3 Du côté de Strasbourg

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de rendre deux arrêts de principe sur la problématique des enquêtes sous couverture.

Dans un premier arrêt, *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, elle a admis le principe même des opérations *undercover* en tant que techniques d'investigation, et dit pour droit que ces techniques ne touchent pas en elles-mêmes à la sphère de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où l'auteur qui accomplit un acte criminel doit se rendre compte qu'il risque de rencontrer un agent de police infiltré chargé en réalité de le démasquer.<sup>8</sup>

Quelques années plus tard, dans un arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, la Cour a fait sienne la distinction entre infiltration policière licite et provocation policière illicite, estimant qu'il y a violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention lorsque l'activité des policiers en cause ne s'est pas limitée à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse de l'accusé mais qu'ils ont provoqué l'infraction, rien n'indiquant que, sans leur intervention, celle-ci aurait également été perpétrée.<sup>9</sup>

---

8 Cour eur. dr. h., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993, pp. 309 et s. et note C. DE VALKENEER; dans le même sens, voy. aussi, Cour eur. dr. h., déc. du 12 avril 2001, *Waridel c. Suisse*, req. 39765/98.

9 Cour eur. dr. h., arrêt *Teixeira de Castro et consorts c. Portugal* du 9 juin 1998, *Jurisprudence de Liège, Mons, Bruxelles*, 1998, pp. 1149 et s. et note F. KUTY; dans le même sens, voy. aussi, Cour eur. dr. h., déc. du 21 mars 2002, *Calabrò c. Italie et Allemagne*, req. 59895/00.

## 2 Repentis ou collaborateurs de justice

### 2.1 Notion

Par recours aux repentis ou collaborateurs de justice<sup>10</sup>, on désigne habituellement la mesure de politique criminelle qui consiste à offrir certains avantages de nature pénale aux auteurs d'infractions déterminées, dès lors que ceux-ci acceptent de collaborer avec la justice en dénonçant les membres des réseaux dont ils ont fait partie ou d'autres délinquants.

Les avantages offerts au collaborateur de justice sont multiples et peuvent être regroupés en trois grandes catégories selon le stade du procès pénal auquel ils seront accordés: l'avantage octroyé au collaborateur de justice peut d'abord jouer au niveau de l'exercice de l'action publique, du moins dans les systèmes juridiques qui connaissent le principe de l'opportunité des poursuites (en échange de sa collaboration, le collaborateur ne sera pas poursuivi du tout, ou pas poursuivi pour certaines des infractions commises); une deuxième catégorie d'incitants à la collaboration procédurale peut concerner le prononcé de la peine (eu égard aux renseignements fournis, le collaborateur se verra infliger une peine plus légère que celle qui aurait normalement dû être prononcée, voire pas de peine du tout); enfin, l'on peut encore imaginer d'encourager la collaboration procédurale au stade de l'exécution de la peine (en dispensant le collaborateur condamné de purger tout ou partie de sa peine, ou en lui permettant de l'exécuter selon des modalités particulièrement avantageuses).

---

10 Même si certains auteurs utilisent plus ou moins indifféremment les termes de «repentis» et de «collaborateurs de justice», la seconde expression nous paraît préférable, étant plus neutre et générique. Le terme de «repenti» pourrait, en effet, avoir une connotation positive et sembler indiquer un réel désir d'amendement dans le chef du délinquant qui collabore avec les autorités répressives. Or, si un authentique repentir ne saurait être systématiquement exclu, l'on peut malgré tout se demander si, dans une grande majorité de cas, bien plus qu'une volonté d'amendement, ce n'est pas plutôt la possibilité de se procurer un avantage personnel qui déterminera le délinquant à collaborer.

## 2.2 Principales objections

Le recours aux collaborateurs de justice n'a pas manqué de soulever, lui aussi, un grand nombre de questions et d'objections. Elles peuvent, semble-t-il, être regroupées autour de deux axes, puisque certaines paraissent se rattacher davantage au droit de la procédure pénale et d'autres au droit pénal.<sup>11</sup>

Les questions liées au *droit de la procédure pénale* sont essentiellement au nombre de trois.

L'on peut se demander, d'abord, si les renseignements fournis par un collaborateur de justice ne s'apparentent pas à une forme de délation moralement condamnable, et, à supposer que ce soit le cas, si cela n'implique pas qu'il faille proscrire radicalement tout recours aux collaborateurs de justice.

L'on peut se demander aussi – deuxième question – s'il est acceptable de récompenser les accusés qui acceptent de faire des déclarations incriminantes pour eux-même ou pour autrui, et s'il n'y a pas là une forme d'atteinte injustifiable au droit au silence traditionnellement garanti à tout accusé.

L'on peut se demander enfin – dernière question – s'il est légitime et acceptable de condamner quelqu'un sur la base des dires d'un collaborateur de justice, alors même qu'il s'agit d'un mode de preuve à la fiabilité particulièrement douteuse et d'un type de témoin qui pourrait assez facilement induire la justice pénale en erreur.

La problématique de la légitimité des collaborateurs de justice au regard du *droit pénal* semble, quant à elle, s'articuler autour de deux questions principales.

---

11 Pour une étude plus approfondie de la question, voy. M.A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, spéc. pp. 429–556.

Une première question porte sur les paramètres qu'il est légitime ou non de faire jouer dans le processus d'individualisation des peines. Il s'agit de se demander si l'aide et la coopération fournies par le collaborateur de justice peuvent être prises en compte à cet égard et justifier dès lors le traitement pénal de faveur consenti. Est-il, en d'autres termes, légitime de réduire la peine normalement applicable à l'auteur d'une infraction déterminée en fonction d'un comportement qui n'enlève rien à la gravité de la faute commise ou du dommage causé, mais qui consiste simplement à aider la justice dans son travail de recueil des preuves?

La seconde question a trait, quant à elle, aux principes d'égalité et de non-discrimination. Il faut bien constater, en effet, que tous les auteurs n'ont pas la possibilité de collaborer utilement, seuls les plus rapides ou les plus haut placés dans la hiérarchie de l'organisation criminelle concernée ayant en général des informations pertinentes à négocier avec la justice. Et l'on peut se demander s'il ne faut pas voir dans cette différence de traitement une atteinte injustifiable aux principes d'égalité et de non-discrimination.

### **2.3 Du côté de Strasbourg?**

Tant la Cour que l'ancienne Commission ont eu à connaître de la problématique des repentis et collaborateurs de justice. Et elles ont souligné, l'une comme l'autre, que l'utilisation de déclarations de repentis est particulièrement délicate, notamment parce que le risque existe qu'en échange de l'impunité ou des avantages importants qui lui sont consentis, le repentis accepte de déclarer tout ce que la police ou le parquet souhaite lui faire dire, fût-ce en faisant violence à la vérité.<sup>12</sup>

---

12 Comm. eur. dr. h., déc. du 14 janvier 1997, *Contrada contre Italie*, req. 27143/95; Comm. eur. dr. h., rapp. du 10 juillet 1997, *Contrada contre Italie*, req. 27143/95, § 52; Comm. eur. dr. h., rapp. du 29 octobre 1998, *Labita contre Italie*, req. 26772/95, § 146; Cour eur. dr. h., arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 121, § 157.

Compte tenu de ce caractère problématique des déclarations de repentis, trois questions, au moins, sont susceptibles de se poser au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, questions qui touchent respectivement aux articles 5 § 1<sup>er</sup>, 5 § 3 et 6 de la Convention. Il s'agit de déterminer si une personne peut être arrêtée sur la seule base des déclarations d'un repentis, si elle peut être maintenue en détention sur cette seule base, et enfin, si ce type de déclarations peut servir à fonder une condamnation.

En ce qui concerne la première question, l'ancienne Commission et la Cour ont jusqu'ici toujours déclaré irrecevables les griefs tirés de la violation de l'article 5 § 1<sup>er</sup> de la Convention, invoqués par des requérants se plaignant d'avoir été arrêtés sur la seule base de déclarations de repentis. Elles ont considéré, en substance, que les autorités nationales doivent pouvoir jouir d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les «raisons plausibles de soupçonner» évoquées à l'article 5 § 1<sup>er</sup> c) et ont rappelé que ces raisons ne signifient pas que soit établie et prouvée à ce stade la culpabilité du suspect.<sup>13</sup>

Si, au regard de la jurisprudence des organes de la Convention, les déclarations d'un repentis peuvent donc, le cas échéant, servir de fondement à l'arrestation d'une personne, elles ne sauraient, par contre, justifier que cette personne reste en détention si elles ne sont pas rapidement corroborées par d'autres éléments. En ce qui concerne, en effet, l'article 5 § 3 de la Convention, la Cour européenne a très clairement affirmé, dans un arrêt *Labita c. Italie*, que «les déclarations de repentis peuvent [certes] valablement fonder, à son début, la détention de l'intéressé, [mais qu']elles perdent nécessairement de leur pertinence au fil du temps, particulièrement si la progression des investigations ne permet de déceler aucun élément de preuve ulté-

---

<sup>13</sup> Comm. eur. dr. h., déc. du 14 janvier 1997, *Contrada c. Italie*, req. 27143/95; Cour eur. dr. h., déc. du 16 mars 1999, *Aggiato c. Italie*, req. 35207/97; Cour eur. dr. h., déc. du 25 janvier 2001, *Pantano c. Italie*, req. 60851/00.

rieur». <sup>14</sup> A défaut, donc, d'être corroborées par d'autres éléments de preuve, les déclarations d'un repentant cessent, au bout d'un certain temps, de constituer des «raisons plausibles de soupçonner» une personne, et ne sauraient plus justifier une détention au regard de l'article 5 § 3 de la Convention.

Reste alors, et enfin, la troisième question, liée à l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention. A notre connaissance, la Cour n'a encore jamais eu l'occasion de se prononcer au sujet de l'utilisation des déclarations d'un repentant pour fonder une condamnation. L'ancienne Commission, par contre, a jugé à plusieurs reprises 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<sup>er</sup> de la Convention». <sup>15</sup> En réalité, et compte tenu des réserves que peut susciter *a priori* la probité d'un repentant, deux conditions minimales semblent se dégager de la jurisprudence de la Commission, qui devraient être respectées pour sauvegarder malgré tout un procès équitable. Il faut, d'une part, que soit garantie la transparence quant aux conditions dans lesquelles le témoignage a été obtenu <sup>16</sup> et, d'autre part, que ce témoignage soit corroboré par d'autres éléments de preuve. <sup>17</sup>

14 Cour eur. dr. h., arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 121, § 159. Sans aller jusque là, la Commission avait déjà jugé à deux reprises que lorsque les éléments à disposition des enquêteurs sont constitués exclusivement, ou presque exclusivement, par des déclarations de repentants qui «de par leur nature imposent une grande prudence», les autorités nationales sont tenues de faire preuve «d'une diligence et d'une célérité particulières» et de «conduire l'enquête avec la plus grande rapidité», faute de quoi, il y aurait violation de l'article 5 § 3 (Comm. eur. dr. h., rapp. du 10 juillet 1997, *Contrada contre Italie*, req. 27143/95, § 52; Comm. eur. dr. h., rapp. du 29 octobre 1998, *Labita contre Italie*, req. 26772/95, § 147).

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

16 Ainsi, par exemple, dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*, la Commission a souligné que «la manière dont le témoignage [...] a 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».

### 3 Témoignages anonymes

#### 3.1 Notion

La problématique de la protection des témoins est indissociablement liée aux deux précédentes. Agents infiltrés comme collaborateurs de justice sont, en effet, des catégories de témoins hautement menacés, dont l'Etat va devoir assurer la sécurité.

Très schématiquement, deux systèmes sont envisageables à cet égard: on peut opter pour des pratiques de protection extra-judiciaires ou chercher, au contraire, à organiser la protection des témoins menacés à l'intérieur même du procès pénal.

Dans le premier cas, le témoin comparaitra normalement au procès, mais il sera par la suite intégré dans un programme spécial de protection qui devrait empêcher qu'on le retrouve pour exercer sur lui des représailles. De tels programmes existent notamment aux Etats-Unis ou en Italie. Ils impliquent le plus souvent que l'on fasse déménager le témoin vers une autre région ou un autre Etat sous couvert, généralement, d'une nouvelle identité.<sup>18</sup>

Dans le second cas, par contre, on évitera aux témoins menacés d'être confrontés directement aux personnes qu'ils mettent en cause, voire même, on leur permettra de déposer sous couvert d'anonymat. C'est à cette dernière mesure que nous consacrerons les développements qui suivent.

---

17 Dans l'affaire *X. c. Royaume-Uni*, la Commission a 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.»

18 Pour une analyse plus détaillée des programmes de protection italien et américain, voy. M.A. BEER-NAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 217–239 et 374–382.

### 3.2 Principales objections

Les témoignages anonymes suscitent eux aussi d'importantes objections, deux principalement.

Ils constituent d'abord une limite substantielle au principe du contradictoire.

Le principe du contradictoire exprime 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, il est avant tout une garantie de justice et un garde-fou contre l'erreur judiciaire.

Or, ce principe suppose que la défense puisse attaquer les témoignages à charge, non seulement quant à leur contenu, mais aussi quant à la personne du témoin. Et c'est là précisément que le bât blesse en ce qui concerne les témoignages anonymes. Comment, en effet, se défendre valablement quand on est mis en cause par une personne dont on ne sait rien? Comment, tant qu'on vous dissimule son identité, établir qu'un témoin à charge a éventuellement de bonnes raisons de vous en vouloir ou de mentir? Comment, si vous ignorez jusqu'à son nom, établir qu'il est, peut-être, partial, hostile ou mal intentionné à votre égard?

Les témoignages anonymes pourraient, par ailleurs – et c'est une seconde objection de principe – donner lieu à certains abus: il pourrait être tentant, en effet, pour des services de police de chercher à «blanchir», sous couvert de témoignages anonymes, des preuves illégalement obtenues.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Par exemple, des renseignements obtenus lors d'une visite domiciliaire irrégulière, qui ne sont pas utilisables comme tels, mais pourraient être réinjectés dans le dossier au travers d'une pseudo-déclaration anonyme.

### 3.3 Du côté de Strasbourg

Depuis l'arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* prononcé le 20 novembre 1989, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de connaître à diverses reprises de la problématique du témoignage anonyme.

Il serait évidemment trop long de procéder ici à un examen détaillé de chacune de ces décisions, mais nous pouvons tenter une rapide synthèse de la jurisprudence strasbourgeoise en la matière.

Aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, le témoignage anonyme est assurément un mode de preuve problématique. Comme la Cour européenne l'a relevé dès son premier arrêt rendu en la matière, la nature et l'étendue des questions que la défense peut poser se trouvent considérablement limitées lorsque l'on décide de préserver l'anonymat d'un témoin.<sup>20</sup> Un témoin, quel qu'il soit, peut évidemment toujours mentir ou simplement se tromper, mais la défense pourra très difficilement le démontrer si elle ne sait même pas à qui elle a affaire. La Cour européenne n'a pas hésité à parler à ce propos d'un «handicap presque insurmontable» pour la défense.<sup>21</sup>

Elle n'a pas pour autant condamné radicalement le principe même du témoignage anonyme, mais elle ne l'admet qu'à des conditions cumulatives très strictes, qui semblent être au nombre de trois.

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

Peuvent constituer des justifications valables à cet égard tant la crainte de représailles<sup>22</sup> que les besoins opérationnels de la police

20 Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* du 20 novembre 1989, série A, n° 166, § 42.

21 Cour eur. dr. h., arrêt *Windisch c. Autriche* du 27 septembre 1990, série A, n° 186, § 28.

22 Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas* du 26 mars 1996, Recueil 1996-II, pp. 470–471, § 71, ainsi que la décision sur la recevabilité en cause *Kok c. Pays-Bas* du 4 juillet 2000, inédite (req. 43149/98).

qui souhaite pouvoir utiliser encore à l'avenir des agents employés à certaines activités secrètes.<sup>23</sup> Il faut toutefois que les motifs invoqués fassent l'objet d'une appréciation *in concreto* et ne soient pas fondés uniquement sur la gravité des infractions commises.<sup>24</sup> Il convient, en outre, de toujours privilégier la mesure la moins attentatoire aux droits de la défense, et l'anonymat complet ne saurait dès lors être justifié si une mesure moins restrictive peut suffire.<sup>25</sup>

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

A cette fin, la Cour exige à tout le moins que le témoin anonyme 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 fiabilité.<sup>26</sup>

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

---

23 Cour eur. dr. h., arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, série A, n° 238, § 49 et arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas* du 23 avril 1997, Recueil 1997-III, p. 712, § 57.

24 Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, précité, § 61 et décision en cause *Kok c. Pays-Bas*, précitée. Pour un cas dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les instances nationales n'avaient pas suffisamment vérifié le sérieux et le bien-fondé des motifs invoqués par le témoin qui souhaitait rester anonyme, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Visser c. Pays-Bas* du 14 février 2002, inédit, §§ 47-48 (req. 26668/95).

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

26 Voy. *a contrario* l'arrêt *Kostovski c. Pays-Bas* dans lequel étaient en cause deux témoins anonymes, l'un qui avait été entendu par un juge d'instruction, mais sans que ce dernier ne connaisse son identité, et l'autre qui avait été entendu seulement par la police, ainsi que l'arrêt *Windisch c. Autriche* dans lequel les deux femmes restées anonymes n'avaient été entendues que par la police.

La participation de la défense paraît suffisamment garantie, aux yeux de la Cour, lorsque les témoins anonymes ont été interrogés par un juge d'instruction en présence de l'avocat du prévenu qui a pu leur poser toutes les questions paraissant servir les intérêts de la défense (sauf celles qui auraient pu conduire au dévoilement de leur identité).<sup>27</sup> Tel ne semble, par contre, pas être le cas lorsque la défense n'a eu que la possibilité d'adresser aux témoins des questions écrites par l'intermédiaire du juge d'instruction.<sup>28</sup>

Dans son arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, la Cour a précisé que les mesures prises doivent «adéquatement remplacer la possibilité pour la défense d'interroger les témoins en leur présence et de se former son propre jugement quant à leur attitude et à leur fiabilité»,<sup>29</sup> censurant la procédure qui avait été suivie en l'espèce et qui avait consisté à faire interroger les témoins anonymes par un juge d'instruction, tout en offrant à la défense – comme, d'ailleurs, à l'accusation – la possibilité de participer à cet interrogatoire à distance, au moyen d'une connexion sonore.

On a pu en déduire, à l'époque, que la Cour exigeait un contact visuel direct entre le témoin anonyme et la défense<sup>30</sup>, permettant à celle-ci d'observer les réactions du témoin à ses questions<sup>31</sup> et de déceler notamment tous les signaux non-verbaux émis.<sup>32</sup>

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

---

27 Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, précité.

28 Cour eur. dr. h., arrêt *Kostovski c. Pays-Bas*, précité, § 42.

29 Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, précité, § 62.

30 J. DE CODT, «La preuve par témoignage anonyme et les droits de la défense», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 166.

31 M.A. BEERNAERT, «Témoignage anonyme: un vent nouveau venu de Strasbourg», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1997, p. 1232.

32 B. DE SMET, «Het recht op een eerlijk proces versus de bescherming van bedreigde getuigen en politieambtenaren», *Rechtskundig Weekblad*, 1997-98, p. 251.

à celles de l'affaire *Van Mechelen*<sup>33</sup> et l'on ne saurait donc plus affirmer aussi péremptoirement que l'article 6 de la Convention, tel qu'interprété par la Cour, exige nécessairement – et quel que soit, en particulier, le poids du témoignage anonyme dans la décision de condamnation<sup>34</sup> – d'offrir à la défense la possibilité d'observer personnellement les réactions des témoins anonymes à ses questions directes.

*Enfin, même là où les procédures faisant contrepoids sont jugées compenser de manière suffisante les obstacles auxquels se heurte la défense, il faut encore que la condamnation n'ait pas été fondée «uniquement, ni dans une mesure déterminante» sur les déclarations anonymes.*<sup>35</sup>

On ne saurait, en particulier, admettre que les déclarations de témoins anonymes constituent «le seul élément de preuve identifiant formellement les accusés comme les auteurs des infractions», même si la condamnation est, pour le surplus, également fondée sur des preuves provenant de sources non anonymes.<sup>36</sup>

33 Cour eur. dr. h., décision en cause de *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)».

34 Dans l'affaire *Kok c. Pays-Bas*, les déclarations du témoin anonyme semblent, en effet, n'avoir contribué que très secondairement à la décision de condamnation, et la Cour a expressément relevé cette circonstance au moment de déterminer si la procédure suivie en l'espèce avait suffisamment contrebalancé les obstacles auxquels était confrontée la défense: «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».

35 Cour eur. dr. h., arrêt *Doorson c. Pays-Bas*, précité, § 76 et arrêt *Visser c. Pays-Bas*, 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).

36 Cour eur. dr. h., arrêt *Van Mechelen c. Pays-Bas*, précité, § 63.

## **Conclusion**

Pour combattre le terrorisme et la criminalité organisée, nombre de législateurs européens ont eu, ces dernières années, tendance à mettre en place un cadre juridique exorbitant du droit commun à bien des égards.

L'on a ainsi autorisé des officiers de police à commettre des infractions (infiltration policière), permis à des délinquants d'échapper à la peine qu'ils auraient normalement dû encourir (repentis), ou admis le maintien d'une certaine forme de secret jusque et y compris devant le juge du fond (témoignages anonymes).

Ces méthodes nouvelles soulèvent un certain nombre de problèmes juridiques, mais aussi éthiques. Elles reposent, de manière cruciale, la question de l'équilibre à rechercher sans cesse entre la nécessité de pouvoir prétendre à un minimum d'efficacité dans la lutte contre des formes de criminalité graves et organisées, et celle, non moins essentielle, de garantir la liberté et les droits fondamentaux de chacun.

