

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

par Marie-Aude BEERNAERT

*Chargée de recherches et chargée de cours invitée à l'UCL
Chargée de mission au Conseil supérieur de la Justice*

SOMMAIRE

- I. — REPENTIS ET COLLABORATEURS DE JUSTICE : ÉMERGENCE D'UNE MESURE DE POLITIQUE PÉNALE
 - A. — *Une politique d'origine prétorienne*
 - B. — *De la carotte... et du bâton*
 - C. — *Une tendance naturelle à l'expansion*
 - D. — *Une efficacité variable et qui reste largement à démontrer*
 - E. — *Des formes de collaboration plurielles*
 - II. — REPENTIS ET COLLABORATEURS DE JUSTICE : UNE MESURE DE POLITIQUE PÉNALE LÉGITIME?
 - A. — *Pour une conception dialectique de l'éthique, entre absolutisme et utilitarisme*
 - B. — *Les questions que le recours aux collaborateurs de justice soulève au regard du droit de la procédure pénale*
 - C. — *Les questions que le recours aux collaborateurs de justice soulève au regard du droit pénal*
 - D. — *Une place possible, mais restreinte et conditionnelle, pour les collaborateurs de justice*
- CONCLUSION : LA BALANCE, SYMBOLE DE JUSTICE?

Le fait de récompenser pénalement le délinquant qui dénonce ses complices est une méthode à peu près aussi vieille que l'histoire même de la jus-

* Le présent article constitue un résumé de la thèse présentée par l'auteur, le 27 mai 2002, en vue de l'obtention du grade de docteur en droit. Cette thèse fera l'objet d'une prochaine publication aux éditions Bruylant, sous le même titre, avec une préface de Henri Bosly et Françoise Tulkens.

tice pénale. On en retrouve trace déjà dans la Guerre du Péloponnèse de Thucydide ¹ ou dans certains procès célèbres de la Rome antique ².

Pour ancienne qu'elle soit, la figure du repentant ou collaborateur de justice semble toutefois opérer un retour en force sur la scène pénale ces dernières années. Que ce soit sur le plan national ³, au niveau de l'Union européenne ⁴ ou dans le cadre des Nations unies ⁵, le recours aux collaborateurs de justice est désormais présenté, un peu partout, comme une mesure dont on ne saurait plus faire l'économie si l'on veut pouvoir lutter efficacement contre les diverses manifestations de la criminalité organisée.

Cet engouement interpelle et peut paraître problématique dans la mesure où il semble faire assez largement l'impasse sur la question de la légitimité de ce type de pratique. Une légitimité qui est pourtant loin d'être évidente. Recourir aux collaborateurs de justice, c'est admettre que l'on négocie sur ce qui semble constituer le cœur même du droit pénal et de la procédure pénale : la peine d'une part, la preuve de l'autre. En échange de l'aide qu'il apporte aux autorités judiciaires dans leur travail de recueil des preuves en dénonçant d'autres délinquants, généralement complices ou coauteurs, le collaborateur de justice se voit en effet moins sévèrement puni qu'il ne l'aurait normalement été, et l'on est en droit de se demander si une telle négociation peut être considérée comme acceptable.

C'est la question centrale que nous avons essayé de traiter au long de notre recherche doctorale. Avant de tenter d'y répondre, il nous a toutefois semblé nécessaire de commencer par identifier les différents visages que peut présenter le recours aux collaborateurs de justice et de mieux cerner les contextes dans lesquels cette mesure de politique pénale est apparue, de

¹ THUCYDIDE, « La guerre du Péloponnèse », trad. L. Bodin et J. de Romilly, t. IV, Paris, *Les belles lettres*, 1955, pp. 44-45.

² T. MOMMSEN, *Le droit pénal romain* (traduit de l'allemand par J. Duquesne), t. II, Paris, A. Fontemoing, 1907, p. 195.

³ Plusieurs commissions d'enquête parlementaire, notamment, ont recommandé d'adopter une réglementation en matière de repentis ou collaborateurs de justice en droit belge (voy. le rapport de la commission d'enquête parlementaire « en vue d'élaborer une politique structurelle visant la répression et l'abolition de la traite des êtres humains », *Doc. Parl.*, Chambre, S.E. 1991-1992, n° 673/7, pp. 94-95, le rapport de la commission d'enquête parlementaire « sur les adaptations nécessaires en matière d'organisation et de fonctionnement de l'appareil policier et judiciaire en fonction des difficultés surgies lors de l'enquête sur les 'tueurs du Brabant' », *Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 1997-1998, n° 573/7, p. 67 et le rapport final de la commission d'enquête parlementaire « chargée d'enquêter sur la criminalité organisée en Belgique », *Doc. Parl.*, Sénat, S.O. 1998-1999, n° 326/9, pp. 427-432).

⁴ Voy., ainsi, la résolution du Conseil du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, *J.O.C.E.*, n° C 010 du 11 janvier 1997, pp. 1-2, ainsi que l'article 6 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.C.E.*, n° L 164 du 22 juin 2002, p. 5.

⁵ Voy., en particulier, l'article 26 de la Convention contre la criminalité transnationale organisée du 15 décembre 2000, dite Convention de Palerme.

même que les difficultés, questions et critiques qu'elle paraît avoir suscitées là où elle a déjà été mise en œuvre. Nous avons, pour ce faire, procédé à une étude de droit comparé portant sur quatre systèmes juridiques — la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas et le système fédéral américain (I). Ce n'est que dans un second temps, et sur la base des enseignements de cette première approche comparée et diachronique, que nous avons, alors, interrogé la légitimité même d'une politique de recours aux collaborateurs de justice (II).

I. — REPENTIS ET COLLABORATEURS DE JUSTICE : ÉMERGENCE D'UNE MESURE DE POLITIQUE PÉNALE

Même si les contextes dans lesquels les collaborateurs de justice ont fait — ou refait — leur apparition sont parfois sensiblement différents selon les systèmes juridiques, si les modalités au travers desquelles ils peuvent être récompensés ou le rôle qu'ils peuvent être amenés à jouer dans le procès pénal varient, et si leur protection peut être diversement organisée, un certain nombre de conclusions transversales ont malgré tout pu être tirées de l'analyse de droit comparé menée. Cinq au moins méritent, nous semble-t-il, de retenir l'attention.

A. — Une politique d'origine prétorienne

Le procès pénal est caractérisé par l'existence de nombreuses marges d'appréciation largement discrétionnaire qui expliquent que la collaboration avec la justice peut être — et paraît, historiquement, avoir été — pénalement récompensée indépendamment de toute intervention législative en la matière.

Il semble 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'insérait dans un système consacrant le principe de la légalité des poursuites ou, au contraire, celui de l'opportunité des poursuites ⁶, mais que même dans un système connaissant le principe de la

⁶ 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 États-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, *Terrorism in Europe : an international comparative legal analysis*, Oxford, Clarendon, 1992, 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* »).

légalité des poursuites, comme le système italien ⁷, c'est spontanément — autrement dit avant toute formalisation d'un véritable « droit des repentis » — 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) ⁸. C'est que, même dans un système où il ne peut pas renoncer à exercer les poursuites, le ministère public dispose malgré tout toujours de pouvoirs d'appréciation pour partie discrétionnaire qui peuvent, le cas échéant, servir à récompenser un collaborateur. Même s'il n'a pas la maîtrise de l'action publique, le parquet peut en effet encore s'engager, par exemple, à ne pas s'opposer à une demande de mainlevée d'une mesure de détention préventive, à requérir une peine modérée, à rendre un avis positif dans le cadre d'un recours en grâce ou d'une libération conditionnelle; autant de mesures qui pourraient le cas échéant faire l'objet d'une éventuelle négociation avec un candidat collaborateur.

B. — De la carotte... et du bâton

Là où le législateur est intervenu pour formaliser un véritable « droit des repentis », on a pu constater une certaine tendance à jouer simultanément sur le double plan de la récompense et du châtement.

L'exemple italien est à nouveau paradigmatique à cet égard, puisqu'en même temps qu'il instaurait une réduction de peine au bénéfice des collaborateurs issus de la criminalité terroriste ou mafieuse — respectivement en 1979 et en 1991 — le législateur italien a aussi introduit une circonstance aggravante liée au caractère terroriste ou mafieux de l'infraction commise ⁹, ce qui a eu pour effet, dans l'un et l'autre cas, de majorer sensiblement les peines encourues par ceux qui choisissaient de ne pas collaborer.

De manière plus générale, de nombreux auteurs estiment d'ailleurs que la politique de recours aux collaborateurs de justice est de nature à induire une culture judiciaire fortement inquisitoire, avec une tendance toujours plus

⁷ Aux termes de l'article 112 de la Constitution italienne, le ministère public a en effet l'obligation d'exercer les poursuites.

⁸ Voy. aussi, en ce sens, F. PALAZZO, « Le problème des repentis. La législation italienne sur les 'repentis' : discipline, problèmes et perspectives », *Rev. sc. crim.*, 1986, 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* ».

⁹ Voy. l'article 1^{er} du décret-loi n° 625 du 15 décembre 1979 converti en loi n° 15 du 6 février 1980, ainsi que l'article 7 du décret-loi n° 152 du 13 mai 1991 converti en loi n° 203 du 12 juillet 1991.

marquée à exiger des prévenus qu'ils participent activement à l'administration des preuves à charge et à pénaliser ceux qui s'y refuseraient ¹⁰.

C. — Une tendance naturelle à l'expansion

Un troisième constat qui s'impose d'évidence à l'analyse de droit comparé, c'est la tendance naturellement expansionniste de la pratique du recours aux collaborateurs de justice.

L'histoire de cette mesure de politique pénale est très clairement celle d'un élargissement progressif à des formes de criminalité toujours plus nombreuses, mais aussi de moins en moins exceptionnelles. 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 ¹¹. 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 — belge et néerlandais notamment — désireux d'instaurer, à leur tour, un « droit des repentis ».

D. — Une efficacité variable et qui reste largement à démontrer

L'engouement actuel pour le recours aux collaborateurs de justice pourrait laisser croire que cette mesure a permis de faire significativement reculer les diverses formes de criminalité à propos desquelles elle a été mobilisée. A dire vrai, pourtant, et si l'on se réfère, une fois encore, au précédent italien, il semble que l'efficacité de la mesure soit plutôt fonction des contextes dans lesquels elle a été appliquée. Les premières lois sur les collaborateurs de justice paraissent en effet avoir, si pas provoqué, à tout le moins accéléré la faillite de la mouvance terroriste, et du terrorisme d'extrême gauche en particulier. Mais le contexte de l'époque était tout à fait spécifique puisqu'il semble que ces mouvements terroristes présentaient déjà des signes de crise idéologique interne que le recours aux collaborateurs de justice n'aura, en réalité, fait qu'accentuer. Dans le cadre de la lutte contre la criminalité de type mafieux, par contre, l'efficacité de la mesure paraît fort discutable. De nombreux délinquants issus de la mouvance mafieuse ont, certes, choisi de

¹⁰ C'est surtout les auteurs italiens qui dénoncent une telle dérive. 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; O. DOMINIONI, « Verso l'obbligo di 'collaborare' », *Legisl. pen.*, 1983, p. 606; F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 765.

¹¹ Voy. le nouvel article 625bis du Code pénal, inséré par la loi n° 128 du 26 mars 2001.

collaborer avec la justice mais, au-delà de ce constat d'effectivité, les résultats obtenus semblent très mitigés, le recours massif aux collaborateurs n'ayant pas permis d'éradiquer le phénomène mafieux, ni même, semble-t-il, de l'affaiblir très sensiblement ¹².

E. — Des formes de collaboration plurielles

Un dernier constat, enfin — le plus important peut-être — que nous avons pu tirer de l'analyse de droit comparé, c'est que derrière les termes uniques de collaborateurs de justice ou de collaboration procédurale se cachent en réalité divers cas de figure. Selon les cas, la collaboration encouragée pourra, en effet, apparaître de nature strictement *répressive* ou, au contraire, sembler présenter également une portée *limitative* ou même *préservative*.

Lorsque la collaboration récompensée est purement *répressive*, l'impunité ou la réduction de peine sert à rémunérer la simple contribution à la preuve d'une infraction ayant déjà connu tous ses développements et appartenant définitivement au passé. On peut en donner un exemple tiré du droit belge : en 1996 fut déposée — tant au Sénat qu'à la Chambre d'ailleurs ¹³ — une proposition de loi tendant à créer de nouvelles causes d'excuse de dénonciation qui n'auraient trouvé à s'appliquer que dans le cadre de l'affaire dite des « tueries du Brabant wallon ». L'objectif déclaré était de contribuer à l'élucidation d'un dossier difficile, qui semblait dans l'impasse. Personne, par contre, n'a prétendu qu'il se serait aussi agi d'empêcher la bande des tueurs du Brabant wallon de commettre de nouveaux crimes, rien ne permettant, dix ans après les faits, de croire que cette bande était encore active.

Dans les cas, par contre, où la collaboration porte sur une infraction qui pourrait encore connaître de nouveaux développements parce qu'elle a, par exemple, été commise dans le cadre d'une structure associative qui semble en mesure de poursuivre ses activités, on se rend compte que la collaboration ne présente plus seulement un caractère répressif, mais qu'elle se double d'une *portée limitative*. En coopérant avec la justice, il ne s'agit, en effet, plus seulement pour le collaborateur de permettre la pleine répression des infractions commises, mais bien aussi, et peut-être même surtout, d'empêcher les suites de l'activité délictueuse à laquelle il a participé.

Enfin, il y a encore un troisième cas de figure possible, celui de la collaboration à *portée préservative*, caractéristique de certaines infractions dites « à

¹² Dans le même sens voy. notamment C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milan, Giuffrè, 2002, p. 473.

¹³ *Doc. Parl.*, Sénat, S.O. 1995-1996, n° 1-403/1; *Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 1996-1997, n° 711/1.

consommation anticipée ». Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles le législateur érige en infractions des actes qui ne sont pas dommageables en eux-mêmes, mais qui annoncent ou préparent certains dommages, dont la collaboration prêtée doit précisément permettre d'empêcher la survenance. La collaboration encouragée n'apparaît plus, alors, comme strictement *répressive*, mais elle comporte également des aspects *préservatifs*, dans la mesure où elle doit, précisément, permettre de supprimer le danger inhérent à l'infraction commise et est censée sauvegarder, de la sorte, la pleine intégrité de la valeur ou du bien qui étaient précédemment menacés, en empêchant que ne se réalise le dommage que l'infraction en question annonçait ou préparait. On peut, à nouveau, en donner un exemple tiré du droit belge. En son article 326, notre Code pénal consacre une cause d'excuse de dénonciation en rapport avec l'infraction d'association de malfaiteurs, laquelle est consommée dès qu'une entente a été établie, et avant même la perpétration de tout autre crime ou délit. Il s'agit donc d'un cas où le législateur a estimé devoir ériger en infraction une simple résolution criminelle extériorisée, qui n'est certes pas dommageable en elle-même mais qui annonce certains troubles sociaux et la dénonciation, dans un tel cas de figure, est récompensée en tant précisément qu'elle doit permettre de conjurer la menace ainsi créée.

II. — REPENTIS ET COLLABORATEURS DE JUSTICE : UNE MESURE DE POLITIQUE PÉNALE LÉGITIME ?

Après avoir essayé de déterminer les différentes formes et significations que semble revêtir le recours aux collaborateurs de justice dans un certain nombre de systèmes juridiques, de même que les problèmes et difficultés qui paraissent y être liés, vint le moment d'aborder de front la question centrale de notre recherche et d'interroger la légitimité même de cette mesure de politique pénale.

Nous étions consciente des limites et difficultés inhérentes à un jugement normatif de ce type. Un tel jugement éthique n'est évidemment pas susceptible de vérification ou de falsification empirique. Il reste — et doit rester — éminemment discutable, mais il paraît malgré tout susceptible d'une certaine justification rationnelle, à condition de clarifier clairement les options sous-jacentes et les systèmes de valeurs choisis.

Le modèle retenu à cet égard, et à l'aune duquel nous avons tenté d'apprécier la légitimité de la mesure de politique pénale étudiée, est un modèle éthique qui s'efforce de dépasser le clivage traditionnel entre une approche

strictement déontologique et une approche de type téléologique, pour rechercher plutôt entre elles un équilibre dialectique (A).

Au départ de ces trois modèles éthiques de référence — le modèle absolutiste, le modèle utilitariste et le modèle dialectique proposé — la démarche suivie a consisté à examiner systématiquement comment chaque approche éthique pourrait trancher les différentes questions autour desquelles paraît s'articuler la problématique de la légitimité du recours aux collaborateurs de justice. Ces questions peuvent elles-mêmes être regroupées autour de deux axes, puisque certaines semblent se rattacher davantage au droit de la procédure pénale (B) et d'autres au droit pénal (C).

Il serait trop long de refaire ici tout le raisonnement, et de passer en revue pour chacune de ces questions, les différentes réponses que chaque approche éthique pourrait y apporter, mais nous pouvons, par contre, essayer de synthétiser l'essentiel des conclusions de cette seconde partie de la recherche (D).

A. — Pour une conception dialectique de l'éthique, entre absolutisme et utilitarisme

En reprenant de manière systématique les multiples objections qui ont été formulées à l'encontre du recours aux collaborateurs de justice dans les quatre systèmes juridiques étudiés, il nous est apparu que ces différents arguments, mobilisés le plus souvent un peu pêle-mêle, semblaient en réalité inspirés de modèles éthiques plus radicaux et pouvoir tous être reconstruits en termes soit d'absolutisme, soit d'utilitarisme.

Le premier modèle repose sur un certain nombre de valeurs et de devoirs moraux considérés comme des impératifs catégoriques qui doivent être respectés de manière absolue et indépendamment de toute considération d'efficacité. A la suite d'Emmanuel 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 »¹⁴.

Le second modèle, au contraire, affirme la moralité de toute décision qui doit permettre de maximiser le bien-être collectif. La formule centrale de cette doctrine est empruntée à J. BENTHAM qui, dans la préface de son *Frag-*

¹⁴ A. BERTEN, « Déontologisme », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber, Paris, P.U.F., 1996, p. 378.

ment sur le gouvernement, écrivait : « le plus grand bonheur du plus grand nombre est la mesure du juste et de l'injuste »¹⁵.

Aucune de ces deux approches ne nous a toutefois semblé pleinement satisfaisante et, à la suite d'autres auteurs¹⁶, nous avons dès lors 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, plutôt que de sacrifier une des deux perspectives — déontologique ou téléologique — à l'autre, s'efforcerait de trouver un équilibre dialectique entre elles.

L'idée principale de cette approche dialectique est que la légitimité d'une mesure, quelle qu'elle soit, ne saurait jamais être appréciée sans prendre en compte l'ensemble des conséquences qui vont vraisemblablement en résulter — ce qui est clairement une position empruntée à l'approche téléologique — mais que — et c'est là que l'approche fait également droit aux exigences d'une éthique déontologique — ces conséquences ne doivent pas être elles-mêmes évaluées en termes de maximisation du bien-être collectif, mais bien plutôt au regard de la hiérarchisation de valeurs qu'elles traduisent. Au lieu de peser *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, il s'agira donc plutôt d'évaluer *l'importance relative des valeurs* qu'il s'agit de sauvegarder et de celles qui pourraient être sacrifiées par la mesure en question.

B. — Les questions que le recours aux collaborateurs de justice soulève au regard du droit de la procédure pénale

Au nombre des diverses questions que peut poser le recours aux collaborateurs de justice dans un système pénal, trois au moins sont directement liées au droit de la procédure pénale.

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 morale-

¹⁵ J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement. Manuel des sophismes politiques*, trad. par J.P. Cléro, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 87.

¹⁶ L'idée de rechercher une voie dialectique entre absolutisme et utilitarisme peut, en effet, être considérée comme une traduction du modèle du « jeu comme paradigme éthique » développé par F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 219 et s.). Elle semble aussi pouvoir être rapprochée d'une approche proposée par T. NAGEL, qui a défendu l'absolutisme comme « limitation imposée au raisonnement utilitariste et non comme substitut à celui-ci » (T. NAGEL, « 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, p. 299). Elle ne serait pas non plus étrangère à l'éthique de la responsabilité de M. WEBER (M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., pp. 186 et s.), 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 calcul (en ce sens, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, op. cit., pp. 234-235).

ment condamnable, et, à supposer que ce soit le cas, si cela implique qu'il faille proscrire radicalement tout recours aux collaborateurs de justice. 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.

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-mêmes ou pour autrui, et s'il n'y a pas là une forme d'atteinte injustifiable à leur droit au silence.

L'on peut se demander enfin — dernière question — s'il est légitime et acceptable de condamner quelqu'un sur 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.

C. — Les questions que le recours aux collaborateurs de justice soulève au regard du droit pénal

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

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 de collaboration à l'administration de la justice?

La seconde question a trait aux principes d'égalité et de non-discrimination, mais elle se dédouble elle-même. Il s'agit en effet de se demander, d'abord, s'il est acceptable que la collaboration procédurale ne soit encouragée qu'en ce qui concerne certaines infractions déterminées (ce qui veut dire très concrètement que tous les délinquants n'auront pas, quelle que soit l'infraction commise, la possibilité d'être récompensés s'ils choisissent de coopérer avec la justice). C'est le problème de l'égalité dite *externe*. Mais il se double d'un problème d'égalité dite *interne*, lié au fait que, s'agissant cette fois des infractions pour lesquelles la collaboration est récompensée, tous les auteurs n'auront pas encore la possibilité de collaborer utilement, seuls les

plus rapides ou les plus haut placés ayant en général des informations pertinentes à négocier avec la justice. Et là encore, 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.

D. — Une place possible, mais restreinte et conditionnelle, pour les collaborateurs de justice

Au terme de l'analyse, il nous est apparu que si l'on prend pour référence 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 pourrait y avoir une place légitime pour les collaborateurs de justice dans un système pénal donné, pour autant toutefois qu'il soit satisfait à un certain nombre d'exigences strictes.

Certaines de ces exigences nous paraissent devoir être remplies avant même de pouvoir légitimement envisager d'introduire la figure du collaborateur de justice dans un système donné. Ce sont donc ce que l'on peut appeler des *conditions d'ouverture*. Elles nous paraissent au nombre de trois. Il conviendrait en effet, nous semble-t-il, qu'avant même de pouvoir envisager de recourir aux collaborateurs de justice, l'on démontre que cette mesure est efficace et nécessaire pour lutter contre certaines formes de criminalité qui portent atteinte à des valeurs essentielles, jugées plus importantes que celles qui pourraient elles-mêmes être mises en cause par cette mesure de politique pénale.

S'agissant de cette dernière condition, une distinction paraît devoir être faite selon la nature exacte de la menace qui pèse sur les valeurs que l'on cherche à protéger en recourant aux collaborateurs de justice. Certaines menaces peuvent, en effet, apparaître plus immédiates et probables que d'autres et, selon le degré de vraisemblance de l'atteinte envisagée, la valeur menacée pourrait, le cas échéant, se voir reconnaître plus ou moins de poids dans les plateaux de la balance. C'est ici que la distinction entre collaboration à portée *préservative*, *limitative* ou simplement *répressive* prend tout son sens. La menace qu'il s'agit de conjurer 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 imaginer qu'il apparaisse justifié de récompenser les deux premières dans un plus grand nombre de cas que la troisième.

Les projets législatifs actuellement débattus en Belgique comme aux Pays-Bas ne semblent pas avoir suffisamment pris en compte les trois conditions

d'ouverture précitées et il n'est pas certain qu'elles soient effectivement remplies. S'il devait, cela dit, apparaître qu'il n'est pas satisfait à ces trois conditions, ce ne serait pas pour autant une raison de s'abstenir de légiférer en cette matière. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le procès pénal offre — nous l'avons souligné déjà — de nombreuses marges d'appréciation discrétionnaire qui, indépendamment même de toute formalisation législative, peuvent éventuellement servir à récompenser des collaborateurs de justice. Si donc l'on ne veut pas de la figure du collaborateur dans un système donné, parce qu'il n'est pas satisfait aux conditions qui pourraient légitimer ce type de mesure, il faudrait encore que le législateur intervienne, non plus alors pour légaliser ce type de pratique, mais bien pour consacrer expressément une interdiction de principe.

A supposer, par contre, qu'il soit satisfait aux trois *conditions d'ouverture* évoquées, et que l'on choisisse de recourir aux collaborateurs de justice dans la lutte contre certaines formes spécifiques de criminalité, il y aurait encore toute une série de *conditions d'exercice* qui devraient être respectées dans la mise en œuvre de cette mesure de politique pénale, et que nous pouvons brièvement reprendre ici.

Pour autant que cela paraisse approprié pour élucider une infraction qui ne semble pas pouvoir l'être par des voies plus traditionnelles, 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 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, on veillera, par ailleurs, à ce que les premières ne soient pas plus graves que les secondes. 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.

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 et une telle atteinte, comparable dans son principe au mécanisme de la torture, paraît proprement injustifiable.

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 révocable¹⁷ ou ne puisse être réduit à néant dans le cadre de nouvelles 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.

L'étendue de la récompense consentie paraît devoir être modulée en fonction de l'importance des renseignements fournis. 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.

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 l'écart entre les sanctions encourues, au départ, par l'un et l'autre 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

¹⁷ Sauf, évidemment, manquements imputables au collaborateur de justice lui-même.

décision de récompenser la collaboration procédurale devra, au contraire, être réservée à un juge, qui la prendra à l'issue d'un débat contradictoire et public au cours duquel il vérifiera si les conditions prévues par la loi sont bien remplies.

S'agissant, enfin, 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.

CONCLUSION :

LA BALANCE, SYMBOLE DE JUSTICE ?

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.

Quand elle est entendue dans un sens argotique et qu'elle désigne le dénonciateur — en l'occurrence pénalement récompensé par l'Etat — il semble, pourtant, à tout le moins douteux que la « balance » puisse encore adéquatement symboliser l'idéal de justice entendu dans son sens le plus pur.

On ne saurait, cela dit, condamner radicalement tout recours aux collaborateurs de justice au seul motif que cette mesure paraît contrevenir à un devoir de pureté et à un certain nombre d'exigences déontologiques, pas plus d'ailleurs qu'on ne saurait justifier cette pratique sur la base d'arguments strictement utilitaristes.

C'est bien plutôt à l'aune d'un modèle dialectique qui s'efforce de rendre compte des exigences de ces deux approches et de trouver un point d'équilibre entre elles, que nous a semblé devoir être appréciée la légitimité de cette mesure de politique pénale.

La balance refait alors son apparition, mais plutôt que de désigner le délateur, elle s'entend cette fois d'une exigence éthique...