

N° 5156¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**renforçant le droit des victimes d'infractions pénales
et améliorant la protection des témoins**

* * *

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS
DU BARREAU DE LUXEMBOURG**

(12.2.2004)

PLAN

Introduction

- I.- Présentation des articles du projet de loi tendant à introduire le témoignage anonyme
- II.- La *ratio legis* du projet de loi au regard du témoignage anonyme
- III.- Le texte proposé face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
- IV.- La question du respect des principes fondamentaux régissant la procédure pénale
- V.- Insuffisances du texte proposé
 - 1) Absence de limitation restrictive du champ d'application du texte selon la nature de l'infraction
 - 2) Absence du recours contre la décision par le juge d'instruction de faire application du texte

Conclusion

Introduction

Le 20 mai 2003, le ministre de la Justice, Luc Frieden, a déposé à la Chambre des Députés le projet de loi No 5156 „renforçant le droit des victimes des infractions pénales et améliorant la protection des témoins“.

Le Conseil de l'Ordre voudrait souligner d'emblée que l'intitulé de ce projet de loi prête à confusion alors qu'il accrédite l'idée que le texte, *dans son ensemble*, entend renforcer le droit d'une catégorie d'individus, à savoir les victimes des infractions pénales. En réalité cependant, se cachent derrière l'intitulé du projet des dispositions qui sont de nature à remettre en cause certains des droits fondamentaux les plus élémentaires¹. Le Conseil de l'Ordre se pose dès lors la question si du point de vue

¹ Il échet de noter que l'on a pu observer également ce déguisement, par le biais d'un intitulé „politiquement correct“, à l'occasion du dépôt du projet de loi No 5076 „garantissant l'usage paisible du droit de propriété et la liberté de mouvement et portant introduction d'un nouvel article 442-1 au code pénal“. Se cachait derrière cet intitulé un texte très répressif mettant en cause certaines libertés fondamentales et violant le principe de proportionnalité. Sur ce projet, voy. D. Spielmann, „Du délicat exercice de mettre en balance certains droits fondamentaux“, *Ann. dr. lux.*, 2002, pp. 25 et suiv.

de la technique législative il ne serait pas opportun de régler les droits des victimes par un texte séparé étant entendu que le projet de loi appelle, sous ce rapport, également des observations².

Dans le présent avis, seuls seront commentés les articles qui devraient trouver leur place dans le Code d'instruction criminelle pour introduire dans notre système de preuve en droit pénal le témoignage anonyme – partiel ou complet.

Le projet contient par ailleurs d'autres dispositions fort techniques concernant les modes de preuve modernes comme la vidéoconférence et autres moyens d'audition à distance. D'autres dispositions sont de nature à modifier des dispositions fondamentales faisant partie du droit pénal général, comme par exemple la modification de certaines règles de la réhabilitation ou de la libération conditionnelle. Là encore le Conseil de l'Ordre désapprouve la technique législative consistant à modifier dans un projet de loi unique des dispositions fondamentales faisant partie du droit pénal général et qui n'ont strictement rien à voir avec l'institution du témoignage anonyme. Le caractère dangereux du projet de loi sous examen réside également dans cette tentative de modification de ces dispositions et qui risque de rester inaperçue à défaut de débat approfondi. Par ailleurs il n'y a aucune nécessité de toucher à ces règles.

*

La mesure du témoignage anonyme envisagée aurait des conséquences graves car entraînant une modification fondamentale de notre système juridique, défiant les deux derniers siècles de l'histoire de notre droit et heurtant la philosophie de notre approche d'un procès.

Les questions qui seront analysées dans le présent avis sont celles de savoir s'il y a nécessité d'un tel texte de loi au regard de la situation particulière du Grand-Duché de Luxembourg, si ce texte est compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, si ce texte de loi respecte les principes fondamentaux régissant les procès et si ce texte dans sa version actuelle serait transposable dans notre Code d'instruction criminelle.

I. – Présentation des articles du projet de loi tendant à introduire le témoignage anonyme

L'article 71 du Code d'instruction criminelle dispose que

„[l]es témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité. Le juge leur demande leur nom, prénoms, âge, état, profession, demeure, s'ils sont parents ou alliés des parties et à quel degré ou s'ils sont à leur service. Il est fait mention de la demande et de la réponse.“

Cette disposition essentielle du Code d'instruction criminelle contient des exigences fondamentales de nature à garantir la „qualité“ du témoignage dans un système où la preuve est libre et où un simple témoignage sous serment est suffisant pour entraîner la condamnation du prévenu.

Par l'article 18 du projet de loi sous examen, il est prévu d'insérer après l'article 71 du Code d'instruction criminelle des articles 71-1 à 71-6 qui introduisent l'anonymat du témoignage dans la procédure pénale luxembourgeoise.

L'article 71-1 se lit comme suit:

„(1) Le juge d'instruction peut décider, soit d'office, soit à la demande du témoin, de l'inculpé, de la partie civile ou de leurs conseils, soit sur réquisitoire du ministère public, qu'il ne sera pas fait mention dans le procès-verbal d'audition de certaines des données d'identité prévues à l'article 71, s'il existe une présomption raisonnable que le témoin, y compris également la victime qui témoigne dans l'affaire, ou une personne de son entourage, pourrait subir un préjudice grave par la divulgation de ces données à la suite de sa déposition. Les raisons qui ont motivé le juge d'instruction à prendre cette décision sont indiquées dans un procès-verbal. L'ordonnance du juge d'instruction par laquelle il accorde ou refuse l'anonymat partiel n'est susceptible d'aucun recours.

(2) Le procureur d'Etat tient un registre de toutes les personnes dont des données d'identité, conformément à l'alinéa (1), ne figurent pas au procès-verbal d'audition.

² A titre d'exemple, le Conseil de l'Ordre voudrait souligner qu'il est inadmissible de prévoir une condamnation du prévenu ou de la partie civilement responsable au remboursement à la partie civile de tout ou partie des honoraires d'avocat exposés par celle-ci (article 33 du projet de loi), alors que le prévenu acquitté ne pourrait pas se voir rembourser les honoraires qu'il a dû payer. Il s'agit là d'un bel exemple d'une rupture du principe de l'égalité des armes.

(3) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction prennent, chacun pour ce qui le concerne, les mesures raisonnablement nécessaires pour éviter la divulgation des données d'identité, visées à l'alinéa 1 du présent article."

Ce texte donne pouvoir au juge d'instruction de décider de ne pas faire mention dans le procès-verbal d'audition de certaines données d'identité du témoin entendu, s'il existe une présomption raisonnable que le témoin pourrait subir un préjudice grave par la divulgation de ces données à la suite de sa divulgation. Il s'agit là de l'anonymat dit „partiel“.

La décision du juge d'instruction d'opter pour l'accord de l'anonymat partiel se fera par ordonnance non susceptible d'un recours.

Aux termes de l'article 71-2,

„[p]ar dérogation à l'article 71, aucun état ne peut être fait de la demeure des personnes qui, dans l'exercice de leurs activités professionnelles, sont chargées de la constatation et de l'instruction d'une infraction ou qui, à l'occasion de l'application de la loi, prennent connaissance des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, et qui sont en cette qualité entendues comme témoins. En lieu et place, elles peuvent indiquer leur adresse de service ou l'adresse à laquelle elles exercent habituellement leur profession. La citation à témoigner peut être régulièrement signifiée à cette adresse.“

Cet article instaure donc une interdiction de mentionner dans le procès-verbal le domicile privé des personnes qui sont chargées de par leur profession de constater et d'instruire une infraction.

L'article 71-3 dispose que:

„(1) Si la mesure de protection prévue à l'article 71-1 ne semble pas suffisante, le juge d'instruction peut ordonner soit d'office, soit sur réquisitoire du ministère public, soit à la demande du témoin, de l'inculpé, de la partie civile ou de leurs conseils que l'identité du témoin, y compris également la victime qui témoigne dans l'affaire, soit tenue secrète de la manière arrêtée à l'article 71-4:

- 1° s'il peut être admis que le témoin, ou une personne de son entourage peut raisonnablement se sentir gravement menacé dans son intégrité ou en raison du témoignage, et si le témoin a fait part de son intention de ne pas déposer à cause de cette menace, ou
- 2° s'il existe des indications précises et sérieuses que ce témoin ou une personne de son entourage court un danger, si le témoin est un officier ou un agent de la police judiciaire.

(2) L'identité du témoin, y compris également de la victime qui témoigne dans l'affaire, peut seulement être tenue secrète, conformément à l'article 71-4, s'il existe des indications précises et sérieuses que les faits à propos desquels il sera déposé sont d'une gravité particulière emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement, ou constituent une infraction aux articles 8, 8-1, 9 ou 10 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie ou une infraction commise dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle visées aux articles 322 à 326 du code pénal, si l'instruction de ces fait l'exige et si les autres moyens d'instruction ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité.

(3) Avant de décider, le juge d'instruction prend connaissance de l'identité complète du témoin et évalue sa fiabilité.

(4) L'ordonnance rendue conformément au paragraphe 1 du présent article est motivée, datée et signée. Elle mentionne l'application des paragraphes ci-avant et la manière dont le juge d'instruction a évalué la fiabilité du témoin.

(5) L'ordonnance du juge d'instruction par laquelle il accorde ou refuse l'anonymat complet n'est susceptible d'aucun recours.

(6) Le procureur d'Etat tient un registre de toutes les personnes dont l'identité est tenue secrète conformément au présent article. Ce registre ne peut être consulté que par un autre magistrat sur autorisation spéciale du procureur général d'Etat."

Le texte précité donne pouvoir au juge d'instruction, si la protection prévue à l'article 71-1 semble insuffisante, d'ordonner que l'identité du témoin soit tenue secrète. Il s'agit là de l'anonymat dit „complet“.

L'article 71-3 du projet de loi soumet cette décision notamment aux conditions:

- que le témoin se sente raisonnablement menacé dans son intégrité³ en raison du témoignage et qu'il refuse de déposer à cause de cette menace,
- que les faits à propos desquels il sera déposé sont d'une gravité particulière emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement ou
- que les faits constituent une infraction aux articles 8, 8-1, 9 ou 10 de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie ou une infraction commise dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle visées aux articles 322 à 326 du code pénal si l'instruction de ces faits l'exige et si les autres moyens d'instruction ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité.

La décision du juge d'instruction se fera ici encore par voie d'ordonnance non susceptible de recours.

Le témoignage anonyme complet est soumis à une procédure compliquée et occulte plus amplement définie à l'article 71-4 qui décrit les conditions d'audition d'un témoin dont l'identité est à tenir secrète.

L'article 71-4 est de la teneur suivante:

„L'ordonnance par laquelle le juge d'instruction ordonne, conformément à l'article 71-3, de ne pas divulguer l'identité du témoin, est communiquée par le greffier au procureur d'Etat, et, à peine de nullité de l'audition de ce témoin, elle est notifiée par lettre recommandée à la poste du témoin, à l'inculpé, à la partie civile et à leurs conseils avec la convocation par laquelle ils sont invités à être présents à un endroit indiqué par le juge d'instruction et à un moment fixé par lui, aux fins d'assister à l'audition du témoin, le tout sans préjudice, le cas échéant, de l'application de l'article 79-1.

Le juge d'instruction procède à l'audition du témoin à l'endroit et au moment indiqués dans la convocation adressée au témoin. Le juge d'instruction prend toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour tenir secrète l'identité du témoin. Le ministère public, l'inculpé, la partie civile et leurs conseils peuvent soumettre au juge d'instruction, avant et pendant l'audition du témoin, les questions qu'ils souhaitent voir poser. Le juge d'instruction empêche le témoin de répondre à toute question susceptible de conduire à la divulgation de son identité.

Le juge d'instruction peut ordonner que le ministère public, l'inculpé, la partie civile et leurs conseils ne puissent assister à l'audition du témoin que dans un autre local que celui où se trouve le témoin, si cette mesure est nécessaire pour préserver l'anonymat du témoin. Dans ce cas, il a recours à un système de télécommunication prévu par l'article 79-3 de manière à assurer la protection de l'anonymat du témoin.

Le juge d'instruction fait dresser un procès-verbal de l'audition qui fait mention, outre des données visées à l'article 38-1, des circonstances dans lesquelles l'audition a lieu, des questions posées et des réponses fournies dans la formulation utilisée ou des raisons pour lesquelles il a empêché le témoin de répondre. Il fait lecture du procès-verbal et, après déclaration par le témoin qu'il persiste, le juge d'instruction et le greffier signent le procès-verbal d'audition. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du témoignage effectué.“

L'article 71-5 organise l'instruction de l'infraction de faux témoignage et de faux serment à l'encontre d'un témoin dont l'identité doit être tenue secrète.

Ce texte se lit comme suit:

„S'il existe des indications précises et sérieuses que le témoin dont l'identité a été tenue secrète en application des articles 71-3 et 71-4 a commis, dans le cadre de son témoignage, des faits qui constituent une infraction prévue au chapitre V du Titre III ou au chapitre V du Titre VIII du Livre II du code pénal, le juge d'instruction en informe le procureur d'Etat afin qu'il soit requis d'instruire sur ces faits. Dans ce cas, et jusqu'au moment de la citation par le ministère public ou

³ A noter que pour ce qui est des „témoins-officiers/agents de police judiciaire“ un simple „danger“ pour ce témoin ou son entourage est suffisant.

du renvoi au tribunal compétent, l'identité de ce témoin ne peut être révélée qu'à ces magistrats et à la juridiction d'instruction."

L'article 71-6 dispose que:

„Sans préjudice de l'application de l'article 23, les témoignages qui ont été obtenus en application des articles 71-3 et 71-4, ne peuvent être pris en considération que comme preuves d'une infraction d'une gravité particulière emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement ou de toute infraction commise dans le cadre d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle visées aux articles 322 à 326 du code pénal.“

Ainsi cet article fixe le champ d'application des articles 71-3 et 71-4: il s'agit d'une répétition du texte de l'article 71-3 rendant l'article 71-4 d'application dans les mêmes cas de figure.

Les articles 25 et 30 du projet de loi introduisent l'anonymat du témoignage dans le cadre de l'instruction à l'audience.

L'article 25 du projet introduit des articles 155-1 et 155-2 au Code d'instruction criminelle. Ces deux dispositions concernent l'anonymat partiel.

L'article 155-1 se lit comme suit:

„(1) Le tribunal qui souhaite procéder à l'audition d'un témoin qui n'a pas été entendu par le juge d'instruction, peut décider, soit d'office, soit à la demande du témoin, soit sur réquisitoire du ministère public ou à la requête du prévenu, de la partie civile ou de leurs conseils, qu'il ne sera pas fait mention à l'audience et au procès-verbal de l'audience de certaines des données d'identité prévues à l'article 155, s'il existe une présomption raisonnable que le témoin, y compris la victime qui témoigne dans l'affaire, ou une personne de son entourage, pourrait subir un préjudice grave par la divulgation de ces données à la suite de sa déposition. Les raisons qui ont incité le tribunal à prendre cette décision sont indiquées au procès-verbal de l'audience. La décision par laquelle le tribunal accorde ou refuse l'anonymat partiel n'est susceptible d'aucun recours.“

Le témoin à qui a été octroyé l'anonymat partiel conformément à l'article 71-1 conserve son anonymat partiel. L'anonymat partiel octroyé conformément à l'article 71-1 ou conformément à l'alinéa premier du présent article n'empêche pas l'audition du témoin à l'audience, sans préjudice de l'application, le cas échéant, de l'article 158-2.

(2) Le procureur d'Etat tient un registre de tous les témoins dont des données d'identité, conformément à cet article, ne figurent pas au procès-verbal de l'audience. Ce registre ne peut être consulté que par un autre magistrat sur autorisation expresse du procureur général d'Etat.

(3) Le procureur d'Etat et le tribunal prennent, chacun pour ce qui le concerne, les mesures raisonnablement nécessaires pour éviter la divulgation des données d'identité, visées au paragraphe (1).“

L'article 155-2 est de la teneur suivante:

„Par dérogation à l'article 155, il ne faut pas faire état de la demeure des personnes qui, dans l'exercice de leurs activités professionnelles, sont chargées de la constatation et de l'instruction d'une infraction ou qui, à l'occasion de l'application de la loi, prennent connaissance des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, et qui sont en cette qualité entendues comme témoins. En lieu et place, elles peuvent indiquer leur adresse de service ou l'adresse à laquelle elles exercent habituellement leur profession. La citation à témoigner à l'audience peut être régulièrement signifiée à cette adresse.“

L'article 30 du projet de loi concerne l'anonymat total en modifiant l'article 189 et le point (2) de l'article 190 du Code d'instruction criminelle.

L'article 189 du Code d'instruction criminelle se lirait comme suit:

„(...)

(2) Le témoin dont l'identité a été tenue secrète en application des articles 71-3 et 71-4 ne peut pas être cité comme témoin à l'audience, à moins qu'il n'y consente.

Si le témoin consent à témoigner à l'audience, il conserve son anonymat complet. Dans ce cas, le tribunal prend les mesures nécessaires pour garantir l'anonymat du témoin.

Si le témoin ne consent pas à témoigner à l'audience, il est fait lecture à l'audience de sa déposition par écrit faite devant le juge d'instruction. Le tribunal apprécie en conscience la foi à ajouter à ces dépositions.

Le tribunal peut ordonner au juge d'instruction, soit d'office, soit sur réquisitoire du ministère public, soit à la demande du prévenu ou de la partie civile, de réentendre ce témoin ou d'entendre un nouveau témoin en application des articles 71-3 et 71-4 aux fins de manifestation de la vérité. Cette décision du tribunal n'est susceptible d'aucun recours. Le tribunal peut décider qu'il sera présent à l'audition du témoin par le juge d'instruction.

La condamnation d'une personne ne peut être fondée de manière exclusive ou déterminante sur des témoignages anonymes obtenus en application des articles 71-3 et 71-4. Ces derniers doivent être corroborés dans une mesure déterminante par des éléments recueillis par d'autres modes de preuves.“

Le point (2) de l'article 190 du Code d'instruction criminelle serait de la teneur suivante:

„Néanmoins, le tribunal peut, en constatant dans son jugement que la publicité est dangereuse pour les mœurs ou l'ordre public, notamment s'il existe des indications précises et sérieuses qu'un témoin court un danger, ordonner par jugement rendu en audience publique que les débats auront lieu à huis clos.“

II. – La *ratio legis* du projet de loi au regard du témoignage anonyme

Au regard de l'importance des textes proposés, la question des raisons qui ont poussé le Ministre de la Justice à engager cette démarche se pose nécessairement.

On devrait trouver la réponse dans l'exposé des motifs du projet de loi.

On y lit que le recours au procédé de témoignage anonyme doit rester exceptionnel, mais „qu'il doit faire partie de l'arsenal des mesures auxquelles il faut pouvoir recourir pour lutter de manière efficace contre certains types de criminalité organisée particulièrement dangereux (...)“⁴, ceci après avoir curieusement admis „qu'un tel procédé rappelle peut-être trop les procédés d'inquisition ou de délation sans visage auxquels certains régimes obscurs ont pu avoir recours“⁵.

On précise encore que certains pays, tel l'Allemagne, auraient adopté des textes similaires et que la possibilité d'avoir recours à ce procédé serait préconisée au niveau européen dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière de lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme. Cette affirmation mérite à être mise en doute alors qu'il résulte précisément de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'étend, du moins dans une certaine mesure, aux activités de l'Union européenne, que les atteintes aux droits de la défense sont examinées avec beaucoup de circonspection.

Le Conseil de l'Ordre défend la position de principe que la protection des témoins devrait être assurée par d'autres moyens que celui du recours au „témoignage anonyme“ qui s'avère comme étant particulièrement inefficace pour assurer la protection d'une personne appelée à témoigner dans des affaires de grande criminalité.

*

Avant de commenter cet exposé des motifs, il y a lieu de constater que le projet de loi lui-même ne respecte en rien la délimitation du champ d'application des articles proposés, mais qu'il retient un champ d'application extrêmement large couvrant pratiquement toutes les infractions de la compétence du tribunal correctionnel. Cet aspect sera analysé ultérieurement.

*

⁴ *Doc. parl.*, No 5156, p. 16.

⁵ *Ibidem*

L'exposé des motifs renseigne que d'autres pays ont adopté des textes similaires, mais il concède cependant qu'il y a également des pays qui refusent l'introduction de pareils textes⁶.

Le fait que d'autres pays ont adopté de textes analogues ne saurait emporter la conviction à défaut de démonstration que la situation particulière du Grand-Duché de Luxembourg exige une telle entrave aux droits de la défense.

Or, il n'est nullement établi que le Luxembourg se trouve dans une situation qui *nécessite* l'adoption de tels textes; tout au plus une menace extraordinaire mettant en péril les fondements et structures de notre système démocratique pourrait, le cas échéant, justifier qu'un témoin soit bénéficiaire d'une protection telle que prévue au projet de loi. Or, jusqu'à ce jour, la criminalité grave a pu être appréhendée de manière efficace sans que des témoins aient été victimes de menace quant à leur intégrité physique. En d'autres termes, le Luxembourg n'a pas encore connu des affaires gravissimes qui n'auraient pu être instruites parce que des témoins auraient refusé de déposer à cause de menaces contre eux. Il n'y a pas eu des représailles exercées à l'encontre de témoins ayant déposé dans le cadre d'une procédure pénale.

Les raisons avancées dans l'exposé des motifs ne sont dès lors pas de nature à justifier l'introduction de ces articles dans le Code d'instruction criminelle.

III. – Le texte proposé face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été maintes fois résumée dans des études doctrinales⁷. Les travaux préparatoires du projet de loi sous examen contiennent également une liste des principaux arrêts de la Cour⁸.

Le témoignage anonyme pose évidemment des problèmes graves au regard de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit en son article 6 § 1 le droit à un procès équitable et plus particulièrement en son article 6 § 3 d) le droit pour toute personne accusée d'„interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge“.⁹

Une synthèse de la jurisprudence de la Cour a été préparée par le „Réseau de l'Union européenne d'experts indépendants sur les droits fondamentaux“. Dans son *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au témoignage anonyme est résumée comme suit¹⁰:

„Bien que l'article 6 § 3 d) de la Convention européenne des droits de l'homme fasse figurer parmi les droits de l'accusé celui d'„interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge“, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'il pouvait être légitime pour les autorités de „vouloir préserver l'anonymat d'un agent utilisé dans des opérations d'infiltration, pour sa propre protection, pour celle de sa famille et pour pouvoir à nouveau l'utiliser par la suite¹¹, surtout dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée dont elle reconnaît la spécificité¹². Notant que la „collaboration du public revêt à n'en pas douter une grande importance pour la lutte de la police contre la criminalité“, la Cour estime que si „la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au

6 *Doc. parl.*, No 5156, p. 16.

7 Deux des études les plus récentes et les plus complètes constituent assurément l'article de M. Nève, Fr. Kuty et S. Berbuto intitulé „Le témoignage anonyme“, *Journal des Tribunaux*, 2003, pp. 277 et suiv., ainsi que l'article de Muriel Guerrin sur „Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 45 et suiv. Voy. aussi, C. De Valkeneer, *Manuel de l'enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 87 et suiv.

8 *Doc. parl.*, No 5156^A, p. 10.

9 J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 3 éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 288 et suiv.

10 *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003, Vol. I, pp. 265 et 266.

11 Cour eur. D.H., arrêt *Van Mechelen contre les Pays-Bas* du 23 avril 1997, Rec. 1997-III, § 57.

12 Cour eur. D.H., arrêt *Ciulla contre Italie* du 22 février 1989, Série A, No 148, § 41; Cour eur. D.H., arrêt *Kostovski contre les Pays-Bas* du 20 novembre 1989, Série A, No 166, § 44; Cour eur. D.H., arrêt *Saïdi contre France* du 29 septembre 1993, Série A, No 261-C, § 44. Voir pour un commentaire de l'arrêt *Kostovski*, mais dont l'intérêt excède largement cet épisode, J. Callewaert, „Témoignages anonymes et droits de la défense“, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, p. 267. Egalement R. Lawson, „De woekeraar, de dealer en hun ogehoorde geteugen“, *NJCM-Bull.*, vol. 19, 1994, p. 379.

stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, (...) leur emploi ultérieur par le juge du fond pour justifier une condamnation soulève un problème différent¹³. Les exigences du procès équitable commandent cependant que, „dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer“. Cela implique trois choses¹⁴. D'abord, dès lors que le recours au témoignage anonyme s'analyse en une restriction aux droits de la défense, il n'est admissible que dans la mesure absolument nécessaire à ce qui la justifie, c'est-à-dire la protection des témoins, dont il faut pouvoir vérifier le caractère objectivement fondé des craintes¹⁵, ou à la préservation par la police du secret de ses méthodes ou de la possibilité de réutiliser un indicateur¹⁶. Ensuite, une condamnation ne pourra se fonder „uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur des déclarations anonymes¹⁷, à plus forte raison s'il s'agit de déclarations émanant d'agents de police ayant des liens avec les autorités de poursuite et parmi les devoirs desquels figure, „spécialement dans le cas des policiers investis de pouvoir d'arrestation, celui de témoigner en audience publique“¹⁸. Enfin, la procédure suivie doit comporter certains contrepois à la prise en compte des témoignages anonymes: la procédure suivie doit avoir suffisamment compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense¹⁹. Ces conditions sont en principe cumulatives, mais elles sont également appréciées les unes par rapport aux autres – l'importance des mesures destinées à contrebalancer la restriction apportée aux droits de la défense par le témoignage anonyme, notamment, devant être proportionnelle au poids du témoignage dans le dossier de l'accusation. Le manque de respect pour la première de ces trois conditions a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à un constat de violation aux **Pays-Bas** pendant la période sous examen. M. Visser avait été reconnu coupable sur la base d'une déclaration d'un témoin anonyme. Il a protesté, disant que l'utilisation de la déclaration d'un témoin anonyme violait l'article 6 § 1 et 3 (d) ECHR. La Cour européenne des droits de l'homme a fait observer que le témoin avait déclaré au juge qui l'interrogeait ne pas connaître M. Visser, mais redouter des représailles parce que l'un de ses coaccusés avait la réputation d'être violent et parce que l'infraction elle-même concernait un acte de vengeance. Le juge d'instruction avait apparemment pris en compte la réputation du coaccusé de façon générale, mais son rapport ne montrait pas comment il s'était assuré du caractère raisonnable des craintes personnelles du témoin. La cour d'appel n'avait pas davantage examiné le sérieux et le bien-fondé des raisons de l'anonymat du témoin lorsqu'elle avait décidé d'utiliser la déclaration faite devant le juge d'instruction comme preuve contre M. Visser. La Cour n'a donc pas pu être convaincue que l'intérêt qu'avait le témoin à rester anonyme pouvait justifier la limitation des droits de la défense au point où ils avaient été limités. Puisque la condamnation de M. Visser reposait de manière décisive sur le témoignage anonyme, la Cour a conclu de façon unanime que le procès, en sa totalité, n'avait pas été équitable²⁰. L'impact de la Cour sur la pratique légale a cependant été très limité, car la loi concernant l'utilisation des témoins anonymes avait entre-temps changé; la situation révisée par la Cour ne devrait normalement plus se produire selon les nouvelles règles.“

Il échet dès lors de retenir qu'il est erroné de prétendre que la Cour européenne des droits de l'homme serait favorable à l'instrument du témoignage anonyme. Le contraire est vrai, la juridiction de Strasbourg ayant pour principal souci le respect des libertés fondamentales et passant ainsi au crible fin toute législation qui est de nature à battre en brèche ces libertés. Il suffit de rappeler le *dictum* de l'arrêt *Van Mechelen* du 23 avril 1997²¹ qui rappelle que

„... dès lors que le recours au témoignage anonyme s'analyse en une restriction aux droits de la défense, il n'est admissible que dans la mesure *absolument nécessaire* à ce qui le justifie, c'est-à-

13 Cour eur. D.H., arrêt *Windisch contre l'Autriche* du 27 septembre 1990, Série A, No 186, § 30.

14 Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme installée au 1er novembre 1998, Voir par ex. Cour eur. D.H. (2e section), déc. du 21 septembre 1999, *F. Perre contre l'Italie* (req. No 32387/96) (irrecevabilité); Cour eur. D.H. (1re section), déc. du 4 juillet 2000, *R.M. Kok contre les Pays-Bas*, (req. No 43149/98) (irrecevabilité); ou Cour eur. D.H. (2e section), déc. du 3 mai 2001, *Can contre la Belgique* (req. No 439137/98) (irrecevabilité).

15 Cour eur. D.H. (1re section), déc. du 4 juillet 2000, *R.M. Kok contre les Pays-Bas*, (req. No 43149/98) (irrecevabilité).

16 Cour eur. D.H., arrêt *Van Mechelen contre les Pays-Bas* du 23 avril 1997, § 58, Rec. 1997-III.

17 Cour eur. D.H., arrêt *Unterpertinger contre l'Autriche* du 24 novembre 1986, Série A, No 110, §§ 31-33 ; Cour eur. D.H., arrêt *Saïdi contre France* du 29 septembre 1993, Série A, No 261-C, §§ 43-44.

18 Cour eur. D.H., arrêt *Van Mechelen contre les Pays-Bas* du 23 avril 1997, § 56.

19 Cour eur. D.H., arrêt *Doorson contre les Pays-Bas* du 26 mars 1996, Rec. 1996-II, §§ 70, 72 et 76.

20 Eur. Ct. H.R., *Visser contre les Pays-Bas* (arrêt) No 26668/95, 14 février 2002.

21 Cour eur. D.H., arrêt *Van Mechelen contre les Pays-Bas* du 23 avril 1997, Rec. 1997-III.

dire à la protection des témoins, dont il faut pouvoir vérifier le caractère *objectivement* fondé des craintes, ou à la préservation par la police du secret de ses méthodes ou de la possibilité de réutiliser un indicateur.²²

Le manque de respect de cette condition a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à un constat de violation aux Pays-Bas dans l'arrêt *Visser* du 14 février 2002²³.

IV. – La question du respect des principes fondamentaux régissant la procédure pénale

La procédure pénale luxembourgeoise, telle qu'elle est en vigueur depuis 1929, a toujours été considérée comme étant particulièrement respectueuse des droits de la défense. Ses caractéristiques sont le principe de l'égalité des armes, le principe du contradictoire, le principe du procès équitable et le principe du respect des droits de la défense.

Le texte proposé est de nature à entraver chacun de ces quatre principes.

V. – Insuffisances du texte proposé

1. Absence de limitation restrictive du champ d'application du texte selon la nature de l'infraction

Le Conseil de l'Ordre estime que le texte proposé est inacceptable alors que son champ d'application *ratione materiae* n'est pas suffisamment limité. La loi belge n'autorise le recours au témoignage anonyme que pour l'instruction d'infractions précises.

La discussion concernant le recours ou non à une liste d'infractions précises n'est pas nouvelle. L'on se rappelle qu'à l'occasion de l'élaboration de la loi sur les écoutes téléphoniques, des voix se sont élevées pour préconiser le recours à une liste d'infractions justifiant le recours à de telles écoutes.

Dans son avis du 30 mars 1982, le Bâtonnier Louis-Edmond Pettiti, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, s'est exprimé comme suit:

„Mais, quelle que puisse être la différence d'inspiration entre la législation allemande et le projet luxembourgeois, il ne fait aucun doute qu'il y a obligation à énumérer, très exactement, très précisément, ou les infractions ou les types-catégories d'infractions pour lesquelles il y aura recours à l'emploi de ce procédé.

Qu'il soit donc bien clair qu'il y a, selon le sentiment de l'auteur de ces lignes, nécessité impérieuse à énumérer les cas d'application, énumération qui doit s'entendre comme d'une liste limitative (catégories de crimes et délits), d'interprétation stricte, ce qu'il conviendra de stipuler en toutes lettres.²⁴

La même approche a été défendue par le Parquet Général. Dans son avis du 24 mai 1982, l'on peut lire:

„La réponse de l'expert a été aussi nette que la question a été précise. Suivant lui il y a nécessité impérieuse à énumérer les cas d'application, énumération qui doit s'entendre comme une liste limitative de catégories de crimes et délits d'interprétation stricte.

Le soussigné se rallie entièrement à cette façon de voir. Toute autre solution est à rejeter. Du reste le procédé de liste ne constitue nullement une innovation en matière de droit pénal. Il se retrouve dans presque tous les traités bilatéraux d'extradition de la fin du dix-neuvième siècle et il se retrouve dans les plus récents projets du Conseil de l'Europe (p. ex. projet de Convention de Coopération internationale en matière d'infractions visant les oeuvres d'art).²⁵“

22 § 58, mise en exergue ajoutée.

23 Cour eur. arrêt *Visser contre les Pays-Bas* (arrêt) No 26668/95, 14 février 2002.

24 *Doc. parl.*, No 2516, reproduit dans A. Spielmann et A. Weitzel, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit luxembourgeois*, Bruxelles, Nemesis, 1991, pp. 177 et suiv., spéc. p. 203.

25 Avis du Procureur Général d'Etat Alphonse Spielmann. alors Premier Avocat Général, *Doc. parl.*, No 2516¹, reproduit dans A. Spielmann et A. Weitzel, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit luxembourgeois*, Bruxelles, Nemesis, 1991, pp. 212 et suiv., spéc. p. 213.

L'argument selon lequel l'insertion d'une liste entraînerait des complications d'application du texte ne saurait être retenu. Au contraire, le recours à une liste incite le magistrat instructeur à faire preuve de prudence et de circonspection alors qu'il doit examiner en détail si le texte trouve son application dans un cas d'espèce. Il s'agirait là d'une garantie supplémentaire pour le justiciable.

**2. Absence du recours contre la décision par le juge d'instruction
de faire application du texte**

Le Conseil de l'Ordre dénonce l'absence de recours contre la décision du magistrat instructeur. Or, des législations étrangères, comme par exemple la loi française, prévoient un recours. Dans le *Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne et ses Etats membres en 2002*, le groupe d'experts indépendants souligne parmi les „mesures ... prévues en faveur de l'accusé, qui contrebalancent dans une certaine mesure la restriction que subissent les droits de la défense ...“, le recours de l'accusé prévu par l'article 706-60 du Code de procédure pénale français.

Conclusion

Principalement

Le Conseil de l'Ordre doit s'opposer à l'introduction de ces textes dans notre système législatif.

Subsidiairement

Le texte tel que présenté est inacceptable au regard de ses insuffisances graves. Si le Gouvernement persiste à vouloir introduire la notion de „témoignage anonyme“, le projet de loi doit être amélioré par l'insertion d'une liste détaillée reprenant les infractions graves dont la répression justifierait une telle entrave aux principes fondamentaux de notre procédure pénale.

En tout état de cause

Le projet de loi devrait être scindé dans le sens que les dispositions tendant à la protection des victimes devraient être présentées dans un texte séparé. Le Conseil de l'Ordre n'aperçoit par ailleurs aucune nécessité de modifier les règles faisant partie du droit pénal général et estime dangereux, du point de vue de la technique législative, de modifier ces règles dans un texte qui *a priori* leur est étranger.

Luxembourg, le 12 février 2004

Pour le Conseil de l'Ordre,
S. Gaston STEIN
Bâtonnier

