

Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme Rapport général*

John A.E. Vervaele**

Objectif du rapport général

Ce document est le rapport général concernant la troisième section du XVIII^{ème} Congrès international de droit pénal qui s'est déroulée à Istanbul du 20 au 27 Septembre 2009 sous les auspices de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). L'objectif de ce congrès fut d'étudier les principales transformations du système de justice pénale en réponse à la globalisation. Ces transformations ont déjà été étudiées dans les domaines du droit pénal général (section 1),¹ du droit pénal spécial (Section 2),² et du droit pénal international (Section 3).³ En tant que rapporteur général en charge de la troisième section de ce congrès, j'ai le privilège de pouvoir me fier non seulement sur d'excellents rapports nationaux, mais également sur les conclusions de mes co-rapporteurs généraux ainsi que sur leur projet de résolution concernant leur section respective.⁴ Dans le cas présent, l'AIDP a décidé de ne pas préparer de rapport régional ou provenant de forums régionaux supranationaux, mais de préparer deux rapports spécifiques détaillés.

Le rapport général pour la troisième section du congrès est basé sur les rapports nationaux de 17 pays:⁵ l'Argentine, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, la Colombie, la Croatie, la Finlande, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, l'Espagne, la Turquie, le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), les Etats-Unis⁶ et sur deux rapports spécifiques détaillés concernant, d'une part, *l'investigation judiciaire et le rassemblement de preuves dans un contexte numérique et on-line*⁷ et, d'autre part, sur *la présomption d'innocence*.⁸ Bien sûr,

* Ce rapport a été publié dans 2009 *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 19-74.

** Professeur en Droit pénal européen et Droit pénal des affaires, Faculté de Droit d'Utrecht (Pays Bas) et Collège de l'Europe, Bruges (Belgique), e-mail: J.A.E.Vervaele@uu.nl. Traduction de l'Anglais: Arnaud Dandoy, Doctorant, Université du Kent, Canterbury (Royaume Uni).

1 Lorenzo Picotti, *L'élargissement des formes de préparation et de participation*.

2 Nikos Passas, *Financement du terrorisme*.

3 Isidoro Blanco, *Principe de compétence universelle*.

4 Ces résolutions ont été préparés lors du colloque préparatoire de la Première (La Corogne, Espagne), Deuxième (Cleveland, Etats-Unis) et la Quatrième Sections (Xian, Chine) et ont été adoptés lors du XVII^{ème} Congrès international de droit pénal qui aura lieu à Istanbul du 20 au 27 Septembre 2009 sous les auspices de l'AIDP.

5 Malheureusement, les pays rapportés ne couvrent pas tous les continents et ne reflètent pas toutes les cultures juridiques et politiques.

6 Les auteurs sont: Javier de Luca (Argentine), Michael Leitner (Autriche), Paul de Hert & Ann Jacobs (Belgique), Fábio Ramazzini Bechara & Fauzi Hassan Choukr (Brésil), Fernando Velásquez Velásquez & Christian Wolffhügel Gutiérrez (Colombie), Zlata Durdevic (Croatie), Johanna Niemi (Finlande), Tonio Walter (Allemagne), Erika Roth & Csongor Herke (Hongrie), Renzo Orlandi & Roberto Kostoris (Italie), Peter Bal & Martin Kuijter & Karin Veegens (Pays-Bas), Pawel Wiliński (Pologne), Gheorghitã Mateut & Ion Neagy & Mircea Damaschin (Roumanie), Juan-Luis Gómez Colomer (Espagne), Gülşah Kurt Yücekel & Güçlü Akyürek (Turquie), Marianne Wade (RoyaumeUni/ Angleterre & Pays de Galles) et Steven W. Becker (US).

7 Ce rapport, écrit par Gabriella di Paolo, compare l'approche états-unienne/canadienne avec l'approche italienne, qui ont des systèmes pénaux relativement innovateurs en la matière.

8 Ce rapport a été écrit par Elies van Sliedregt.

nous avons également utilisé les recherches académiques préexistantes sur le sujet sur la base desquelles nous avons pu inclure des informations précieuses ne figurant pas dans les rapports nationaux, telles que, par exemple, l'étude du Prof. Pfütznner sur le crime organisé dans la procédure pénale française.⁹ Nous avons également eu recours à des ouvrages spécialisés sur la procédure pénale comparée¹⁰ qui incluent, dans leur dernière édition, des chapitres spécifiques sur les *formes spéciales de procédures*. Enfin, nous avons pris en compte de nombreuses recommandations, principes, déclarations, rapports d'organisations gouvernementales et non-gouvernementales dans le domaine:

- La résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 50/186 sur la question des droits de l'homme et du terrorisme, adoptée le 22 décembre 1995; la résolution de la Commission sur les droits de l'homme et le terrorisme 2003/37, adoptée le 23 avril 2003; la stratégie antiterroriste mondiale des Nations-Unies adoptée le 8 septembre 2006; les rapports du rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme auprès du Conseil des droits de l'homme (anciennement, la Commission des droits de l'homme).
- Le rapport de la commission interaméricaine sur le terrorisme et les droits de l'homme (2002).
- La recommandation Rec(2001) 11 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant les principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée le 19 septembre 2001; la recommandation Rec(2005)9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relatives à la protection des témoins et des collaborateurs de justice, adoptée le 20 avril 2005; la recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative aux «techniques spéciales d'enquête» en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005; les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptée le 11 juillet 2002 lors de la 804^{ème} réunion des Délégués des Ministres; l'avis n° 8 (2006) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle des juges dans la protection de l'Etat de droit et des droits de l'homme dans le contexte du terrorisme, adopté le 8-10 novembre 2006.
- Les Principes d'Ottawa relatifs à la lutte contre le terrorisme et aux droits de l'homme, 2006.
- La déclaration de la Commission internationale de juristes sur la défense des droits de l'homme et l'état de droit dans la lutte contre le terrorisme, août 2004.
- Les principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression, et l'accès à l'information. Article 19, Novembre 1996.
- Les principes de Syracuse relatifs aux dispositions limitatives et dérogations au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1985).
- Les standards minimums de Paris relatifs aux normes de droits de l'homme dans les cas où l'état d'urgence est déclaré, 1984.

9 P. Pfütznner, *Organisierte Kriminalität in französischen Strafverfahren. Zur Einführung eines besonderen Strafverfahrens durch die Loi Perben II*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 110, 2008; M.L. Cesoni (ed.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité. La normalisation de l'exception. Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, 2007.

10 Vogler & Huber (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 112, 2008; M. Delmas-Marty & J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, 2002; J. Pradel, *Droit Pénal Comparé*, 2002.

- Le réseau d'experts indépendants en charge d'évaluer le respect des droits fondamentaux par les Etats membres de l'Union européenne, l'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'UE et de ses Etats membres à la menace terroriste, mars 2003
- Le rapport de la Fédération internationale d'Helsinki (FIH) sur les mesures anti-terroristes, la sécurité et les droits de l'homme, avril 2003
- Assessing Damage, Urging Action. Rapport du Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, Commission Internationale de Juristes (ICJ), février 2009.

Le choix du sujet *Les principaux challenges posés par la globalisation à la justice pénale* est très fort lié aux intérêts de l'AIDP par le passé. C'est pourquoi ce rapport général prend en compte les rapports généraux et les résolutions du XVIème Congrès international de l'AIDP qui s'est tenu à Budapest du 5 au 11 septembre 1999 et portant sur *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*,¹¹ et particulièrement sur le rapport général de Jean Pradel sur la procédure pénale.¹²

Il ne fait aucun doute que des changements substantiels et de grande ampleur sont apparus au cours de la dernière décennie. Non seulement la menace du crime organisé et du terrorisme s'est accrue de façon substantielle, mais il en est de même concernant l'aspect transnational de l'activité criminelle. Les excellents rapports nationaux indiquent clairement les profonds dilemmes auxquels doivent faire face les systèmes de justice pénale, s'agissant de mesurer l'intérêt d'une justice équitable et de la protection des droits de l'homme dans le domaine de la procédure pénale contre l'intérêt de la sécurité globale et nationale et de la sûreté publique.

Au niveau international, la pression pour une approche procédurale commune concernant l'investigation, la poursuite et le jugement du terrorisme a été intense. Tant au niveau des Nations-Unies que du Conseil de l'Europe, un impressionnant panel de Conventions internationales et régionales traitant de la criminalité organisée et du contre-terrorisme a été élaboré. A la suite du 11 septembre, les Nations-Unies ont ouvert la marche avec les résolutions du Conseil de Sécurité et la création d'un Comité contre le terrorisme supervisant la mise en œuvre des résolutions, y compris la substance des conventions.¹³ Des négociations sur une convention exhaustive des Nations-Unies relative au contre-terrorisme sont en cours.

L'objectif de ce rapport général n'est certainement pas de faire une analyse descriptive des différents rapports nationaux, d'en établir une compilation ni de faire état des moindres détails techniques concernant les systèmes juridiques pénaux nationaux, tant au niveau juridique que pratique. Le but de ce rapport général est de déduire des réponses détaillées au questionnaire, et donc partant d'une analyse comparative des rapports nationaux, les principales transformations au sein des procédures pénales nationales, s'agissant de définir et de traiter la question des **mesures procédurales spéciales et de la protection des droits de l'homme**. Pour des informations plus amples et détaillées, nous renvoyons directement le lecteur aux rapports nationaux. Ceux-ci ont été publiés sur format CD-Rom en tant qu'addendum au rapport général, aux deux rapports spécifiques et aux résolutions.

11 Voir les Rapports par Thomas Weigend, Christopher Blakesley, Jean Pradel et Christine van den Wyngaert dans 1996 *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 527-628.

12 1996 *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 599-606 et une version plus élaborée dans 1998 *Revue Internationale de Droit pénal*, p. 643-671.

13 Voir <http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/report.shtml> pour les rapports nationaux détaillés.

La principale question à traiter est de savoir, d'une part, si et comment les systèmes de justice pénale, et plus particulièrement la procédure pénale, ont été affectés par le paradigme¹⁴ du crime organisé et du terrorisme. D'autre part, il s'agit de savoir si, le cas échéant, ils se sont éloignés des garanties procédurales et des standards en matière de protection des droits de l'homme dans le domaine de la procédure pénale. Six thèmes seront traités dans ce rapport général:

- Partie I Les mesures spéciales: Le cadre de la réforme du droit (criminel) et le respect des droits de l'homme
- Partie II Transformations dans la nature des principes généraux de droit pénal national
- Partie III Elaboration de la phase d'exécution proactive
- Partie IV Transformations des dispositions avant jugement
- Partie V Transformations des dispositions dans la phase de jugement
- Partie VI Transformation des dispositions après jugement

Ce rapport général est construit sur base du questionnaire qui a été soumis aux rapporteurs nationaux. Cela dit, à la suite de la lecture des rapports nationaux, une série de questions ont trouvé un arrangement plus cohérent dans une autre partie du rapport général. Les changements seront explicitement indiqués. De plus, les principales transformations ayant eu lieu dans le cadre de la phase préliminaire du procès pénal, avec des conséquences importantes pour le déroulement du procès pénal lui-même, le noyau dur de ce rapport général sera traité dans les quatre premières parties.

Partie I Les mesures spéciales: Le cadre de la réforme du droit (criminel) et le respect des droits de l'homme

Procédure pénale et standards applicables en matière de droit de l'homme et de droit international

Q.1 Jusqu'où les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités relatifs au droit humanitaire (Conventions de Genève) s'appliquent-ils dans votre système juridique interne? Existe-t-il des limites à l'application de ces dispositions internationales dans votre pays? Les citoyens (suspects, accusés, victimes, témoins) peuvent-ils invoquer des droits à partir de ces traités dans votre ordre juridique interne?

Les rapports nationaux indiquent clairement que le statut des standards internationaux en matière de droits de l'homme (DH) dans les systèmes légaux nationaux varie largement. Les standards DH liant les Etats ne produisent pas nécessairement de droits ou de recours pour les citoyens. Les standards DH n'ont pas d'effets contraignants dans tous les pays. La convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, par exemple, bien qu'ayant été signée par les Etats-Unis, n'a jamais été ratifiée. De même, tous les pays n'acceptent pas nécessairement la juridiction des tribunaux internationaux en matière de droits de l'homme.

Le caractère exécutoire des droits individuels dans les juridictions nationales dépend de nombreux facteurs. Les standards des DH n'ont pas de caractère auto-exécutoire dans tous les

¹⁴ Le terme paradigme (et non phénomène) est explicitement utilisé ici, en raison du fait que les études criminologiques ne relèvent aucun changement substantif concernant les tendances criminelles actuelles.

pays. Aux Etats-Unis, les traités à caractère auto-exécutoire engagent les états conformément à la Constitution des Etats-Unis, et les recours offerts, en vertu de la loi fédérale, doivent être appliqués par les juridictions. Cependant, ni le Pacte international sur les droits civils et politiques ni les conventions de Genève n'ont de caractère auto-exécutoire aux Etats-Unis. Ainsi, les droits individuels énumérés dans le Pacte international sur les droits civils et politiques ne sont pas exécutoires dans les tribunaux fédéraux américains. Ceux-ci ont constamment maintenu que les Conventions de Genève ne sont pas auto-exécutrices, et par conséquent, elles ne fournissent aucune base pour l'application des droits individuels. Récemment, la Cour Suprême des Etats-Unis a maintenu dans l'affaire *Hamdan* que, au minimum, le «Common Article 3», qui figure dans les quatre conventions de Genève, est applicable et peut être invoqué par le signataire pour contester la légalité de son procès par les commissions militaires. Cependant, le Congrès américain, en passant le Military Commissions Act (MCA) en 2006, a rejeté la décision de la Cour Suprême. Toutefois, dans *Boumediene c. Bush*, la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelle la suspension du bref d'*habeas corpus* par la section 7 de la MCA, soutenant que les «commissions militaires» ne procurent pas une alternative raisonnable au bref d'*habeas corpus*. Les détenus de Guantanamo Bay jouissent donc du privilège constitutionnel de l'*habeas corpus*, qui ne peut ainsi leur être retiré, sauf dans le cas de la clause de suspension de la Constitution américaine. L'*habeas corpus* a donc été rétabli, mais pas en raison du caractère auto-exécutoire des dispositions légales internationales.

Le statut des standards DH dépend également des paramètres constitutionnels nationaux (dualisme versus monisme) et du rang de ces standards dans la hiérarchie des normes nationales. Les standards internationaux en matière de droits de l'homme n'ont pas de statut équivalent aux normes constitutionnelles, primant dans tous les pays ayant rendu un rapport. En Turquie, bien qu'il s'agisse d'un système moniste, les standards DH n'ont pas primauté sur les dispositions constitutionnelles incompatibles. Dès lors, les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne seront pas appliquées si elles se révèlent être incompatibles avec des dispositions d'ordre constitutionnel, par exemple, résultant de l'absence de procédures d'appel dans les procès militaires. Au Brésil également, le droit international ne fait pas bon ménage avec l'ordre juridique interne. La Cour Suprême brésilienne n'est pas encline à reconnaître un statut constitutionnel aux traités relatifs aux droits de l'homme, y compris la IACHR. Etant donné que la Cour Suprême ne fait pas la différence entre les traités sur le commerce et les traités concernant les droits de l'homme, les standards DH ne sont pas auto-exécutrices et leur application dépend d'une procédure complexe de ratification et de promulgation. L'Italie, traditionnellement, a un régime dualiste ne reconnaissant pas l'effet auto-exécutoire, même s'agissant de la CEDH. Cependant, la Cour constitutionnelle a récemment reconnu que la CEDH forme une partie des standards constitutionnels italiens. De même, en Amérique Latine, les pays comme le Pérou ou la Colombie définissent les standards DH comme les standards les plus élevés dans leur ordre constitutionnel. C'est également le cas de l'Allemagne.

Dans certains pays, comme la Croatie, les standards DH se situent quelque part entre la législation ordinaire et la législation constitutionnelle (notons cependant que dans la plupart des pays européens, les standards de la CEDH sont équivalents aux standards constitutionnels). Dans la plupart des pays, comme la Belgique, la Colombie, l'Espagne, les Pays-Bas, la Roumanie, la Finlande ou la Hongrie, les standards DH sont équivalents aux standards constitutionnels auto-exécutrices et sont exécutoires devant les juridictions. Ce caractère auto-exécutoire dépend cependant de la nature de la norme, qui doit être claire et précise.

Droit pénal, droit de l'homme et situations d'urgence

Q.6 Votre système juridique autorise-t-il la suspension des droits de l'homme en des situations d'urgence (y compris la guerre)?

- *Qui dispose du pouvoir de prendre cette décision et quels mécanismes de contrôle s'appliquent?*
- *Quelles garanties peuvent-être suspendues? Votre système juridique fait-il la distinction entre les droits de l'homme dérogeables et non dérogeables?*
- *L'urgence peut-elle servir de fondement pour glisser des règles procédurales de droit commun vers les procédures spéciales (domaine militaire, procédure policière, procédure administrative, commissions militaires)?*

La plupart des pays ayant rendu un rapport ont dans leur constitution des procédures permettant de suspendre dans des circonstances exceptionnelles certaines garanties procédurales ou en matière de droits de l'homme. Cependant, dans la majorité des cas, ces circonstances se limitent à l'état de guerre. Et même dans ce cas d'espèce, certains droits indérogeables ne pourront être suspendus. La liste des droits de l'homme indérogeables varie cependant entre les pays qui ont fait l'objet d'un rapport. La plupart d'entre eux limite cette liste de droits indérogeables aux droits à la vie et l'interdiction de la torture. Toutefois, d'autres Etats, comme la Croatie, y incluent la liberté de pensée, de conscience et le principe de légalité; la Turquie, quant à elle, étend cette liste aux droits à la liberté de culte et à la présomption d'innocence. Le cas de l'Argentine est particulièrement intéressant. En effet, la constitution argentine se réfère directement à la IACHR, qui établit une liste substantive de droits de l'homme indérogeables *de iure*, notamment celui de l'*habeas corpus* et le droit à la révision de son procès. Dans des circonstances de guerre, beaucoup d'états ayant remis un rapport augmentent substantiellement la compétence de leurs tribunaux militaires.

Dans d'autres circonstances, le concept de 'danger public' sera utilisé, incluant la déclaration formelle de l'état d'urgence de même que l'utilisation de pouvoirs d'urgence lorsque la sécurité nationale est menacée (avec ou sans déclaration formelle).

Dans une minorité de pays ayant rendu un rapport, c'est-à-dire en Colombie, en Italie, aux Pays-Bas, en Espagne, en Turquie, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, la suspension de certains droits de l'homme est possible non seulement dans les cas de guerre, mais aussi dans d'autres situations d'urgence. Toutefois, dans la plupart de ces pays, une décision parlementaire est nécessaire, parfois même nécessitant la majorité qualifiée spéciale prévue en cas de réforme constitutionnelle. Dans d'autres Etats, comme en Finlande, aux Pays-Bas et en Colombie, ce pouvoir est entre les mains du Président ou du Premier Ministre, quoique sujet au contrôle parlementaire. Au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, il s'agit, respectivement, d'une prérogative royale et présidentielle. Là aussi les droits de l'homme pouvant être suspendus varient. Dans tous les pays ayant rendu un rapport, excepté les Etats-Unis, la Colombie et les Pays-Bas, dans les cas d'urgence, il est possible de passer d'une procédure pénale de droit commun à une procédure spéciale. Les Pays-Bas, par exemple, ont des dispositions constitutionnelles selon lesquelles il est possible, non seulement en cas de guerre mais également dans des cas d'urgence, de remplacer les juridictions pénales ordinaires, par conséquent le juge naturel, par des cours martiales. Par contre, en Espagne, la constitution exclut explicitement les juridictions militaires dans les situations d'urgence. En pratique, l'état d'urgence n'a été décrété qu'en Colombie et aux Etats-Unis, par exemple en raison d'une menace terroriste, afin de remplacer les procédures pénales

ordinaires par d'autres procédures, bien que cela ait également été le cas dans d'autres pays n'ayant pas rendu de rapport.

Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme eux-mêmes autorisent la suspension de certains droits de l'homme dans les cas d'urgence indiqués. Ainsi, l'article 15 de la CEDH permet, en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, de déroger aux obligations prévues par la Convention. Le British Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 autorise la détention sans charge pour la personne qui, en raison de l'article 3 de la CEDH, ne peut pas être déportée, dérogeant ainsi à l'article 5 de la CEDH.¹⁵ La loi permettait également de déroger à l'article 9 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Le gouvernement britannique jouissait alors d'une large discrétion pour définir en quoi consistait l'état d'urgence, car il s'agissait d'une décision politique. Toutefois, la Chambre des Lords a jugé cette situation disproportionnée et en opposition aux articles 5 et 14 de la CEDH, lus simultanément. Cette décision fut encore rappelée en 2005. Depuis que ce régime a été remplacé par celui des ordonnances de contrôle, les autorités britanniques clament qu'aucune dérogation n'est requise, suscitant une nouvelle controverse.

Réforme législative au niveau national

Q.2 Quelles réformes législatives importantes ont été réalisées dans votre pays au cours des dernières décennies dans l'intérêt de la sécurité nationale/globale et de la sûreté publique? Y a-t-il de telles prévisions de réforme en cours? (brève description).

- les réformes ont-elles amendé le cadre juridique du droit commun en vigueur, ou bien ont-elles élaboré une voie alternative de mesures procédurales spéciales (justice militaire, justice policière, justice administrative, commissions militaires, etc) en dehors du système de justice pénale normal?*
- ces réformes législatives sont-elles gouvernées par des dispositions constitutionnelles sur l'urgence (y compris la guerre)?*
- la pratique judiciaire pénale a-t-elle joué un rôle dans la définition et la réalisation des réformes? Les hautes cours, par exemple, (Cour de cassation ou Cour constitutionnelle) ont-elles censuré des éléments de ces réformes?*
- ces réformes ont-elles suscité des débats politiques ou publics?*

Le système de justice pénale et la procédure pénale reflètent l'équilibre entre la justice effective dans les affaires criminelles (le **glaive** de la Justice), la protection du procès équitable et de la justice loyale en tant que règle de droit (le **bouclier** de la Justice), et la garantie de la séparation des pouvoirs (la **dimension constitutionnelle**). Au cours des dernières décennies, des changements de grande ampleur sont survenus, ébranlant substantiellement le système de justice pénale. En particulier, trois paradigmes, celui de la guerre contre la drogue, la guerre contre le crime organisé et la guerre contre le terrorisme, ont largement affecté les trois dimensions susmentionnées (glaive, bouclier, séparation des pouvoirs) ainsi que les objectifs, la nature et les instruments du système judiciaire pénal et sa procédure. Le troisième paradigme, celui de la guerre contre le terrorisme est, certes, plus ancien que les attaques terroristes du 9/11, de Madrid et de Londres. Toutefois, ces derniers événements ont eu un impact très important, bien que variant entre les pays, sur les réformes de la justice criminelle. Ainsi, l'Espagne, l'Italie ou la

15 Cfr. CourEDH, affaire *A. et autres c. Royaume Uni*, Jugement du 19 février 2009.

Colombie, entre autres, avaient déjà dans leur arsenal pénal une législation et des pratiques anti-terroristes facilitant ainsi la lutte contre le terrorisme intérieur ou le désordre public. Dans la grande majorité des pays ayant ou non remis un rapport, ce paradigme a entraîné une longue liste de réformes de la justice pénale. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les pays ayant rendu un rapport, il existe en ce moment un projet de code de procédure pénale en Croatie qui propose de passer d'une enquête judiciaire (par le juge d'instruction) à une enquête préliminaire (avec des juges des libertés avant-jugement). La Belgique et les Pays-Bas ont également connu des réformes significatives, s'agissant du droit pénal substantif (avec une vertigineuse augmentation du nombre d'infractions), du droit pénal procédural (avec l'introduction de techniques spéciales d'investigation et d'enquêtes proactives), de la législation sur la sécurité et sur les techniques de renseignement (incluant les techniques spéciales de surveillance), et la mise en place d'un centre spécial pour l'échange de données ayant trait au terrorisme et la sécurité. Les fonctionnaires des agences administratives font de plus en plus fonction d'agents de police judiciaire, et on constate une augmentation du nombre d'enquêtes administratives ainsi que de sanctions pour perturbation de l'ordre public. Dans certains pays, ces réformes vont de pair avec une constitutionnalisation croissante de ce domaine. Ainsi, tant en Belgique qu'en Allemagne, la Cour Constitutionnelle joue un rôle décisif dans la protection de la règle de droit lorsqu'il s'agit de lutter contre le terrorisme. Il existe cependant des différences significatives entre les pays. Ainsi, des pays comme la Belgique ou les Pays-Bas connaissent une longue tradition de respect de la règle de droit, alors que des pays comme l'Espagne (certainement liée à l'expérience traumatique de Franco) quoique très attachés à leur tradition de droit constitutionnel, sont néanmoins confrontés à des problèmes de terrorisme à l'intérieur de leurs frontières. Ainsi, l'Espagne a une magistrature spéciale pour enquêter et poursuivre les infractions terroristes. La législation anti-terroriste sous l'ère Franco a de fait été remplacée par une législation spéciale sur le terrorisme avec une procédure spéciale pour l'enquête, la poursuite et le jugement. D'un autre côté, pour les infractions non terroristes, l'Espagne dispose d'un système de justice pénale doté de solides garanties procédurales et d'une protection sans faille des règles constitutionnelles et des droits de l'homme. En Turquie, beaucoup de réformes sont conduites sous la tutelle de l'Union Européenne (effectuées dans le cadre des conditions de «pré-accession» à l'Union Européenne), telles que l'abolition de la peine de mort et les Tribunaux de sécurité de l'Etat. D'autres réformes dans le domaine procédural pénal incluent, d'une part, l'exigence de compatibilité avec la CEDH et l'introduction de garanties procédurales, mais aussi, d'autre part, l'introduction de techniques spéciales d'enquêtes.

Certaines caractéristiques et conclusions communes peuvent être déduites des rapports nationaux:

Premièrement, tous les pays ayant rendu un rapport ont procédé à des changements substantiels dans leur système de procédure pénale et ont également introduit des procédures spéciales pour les crimes graves, particulièrement le crime organisé et le terrorisme. Tous les pays, sans exception, ont procédé à des réformes de ce genre. Cela dit, tous essaient également de maintenir l'équilibre entre la justice effective dans les affaires criminelles et la sécurité nationale, d'une part, et la protection du procès équitable et de la justice loyale en tant que règle de droit, d'autre part. Aujourd'hui, presque tous les pays ayant rendu un rapport ont introduit des techniques spéciales d'enquête dans leur système de procédure pénale, telle que la mise sur écoute, l'infiltration ou encore l'observation. Certains pays ont également introduit des mesures spéciales pour les collaborateurs de justice (*pentiti*, *repentis*, *kroongetuigen*, *Kronzeuge*, *supergrasses*) ou des statuts spéciaux relatifs aux témoins anonymes pour les agents infiltrés ou les informateurs. D'autres pays ont introduit des nouvelles procédures d'enquête judiciaire proactive

ou préventive. Ainsi, au vu de l'intensité des réformes, le cadre légal de la procédure pénale reflète plus l'image d'un site en construction ou un *patchwork* qu'à une codification consistante.

Deuxièmement, tous les pays ayant rendu un rapport ont réformé leur procédure pénale dans le respect des règles constitutionnelles et des droits de l'homme. Aucune réforme extra-constitutionnelle ou extra-*legem d'urgence* n'existe ou n'a été constatée.

Troisièmement, presque tous les pays ayant rendu un rapport ont réformé leur procédure pénale sans utiliser les clauses d'urgence (état d'urgence) prévues dans leur constitution ou dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Les seules exceptions sont la Colombie, qui a utilisé fréquemment l'état d'urgence prévu dans sa constitution, et les Etats-Unis, depuis les événements du 9/11.

Quatrièmement, la majorité des pays ayant rendu un rapport ont inséré dans leur procédure pénale ordinaire des mesures procédurales spéciales concernant le crime organisé et le terrorisme. Ces mesures spéciales sont intégrées,¹⁶ bien qu'elles suivent des trajectoires distinctes de procédure pénale pour les infractions graves, incluant les paradigmes du trafic de drogue, du crime organisé et du terrorisme. On constate dans tous ces pays un net élargissement de la compétence *ratione materiae* des mesures spéciales. Le champ d'application des mesures spéciales, bien qu'originellement réservées à une gamme étroite d'infractions liées à la criminalité organisée et/ou au terrorisme, a été élargi pour y inclure désormais la plupart des infractions qualifiées d'infractions graves. Ainsi, par exemple, l'Italie, dans les années 1970, a introduit une loi pénale spéciale pour lutter contre la Mafia. Cette législation a été ensuite élargie dans les années 1990 au crime organisé, et après le 9/11, elle fut encore amendée pour inclure cette fois le terrorisme international. Bien que l'Italie ait introduit une procédure pénale de type accusatoire en 1989, la loi spéciale contre la Mafia est restée en vigueur. A la suite du meurtre des juges Falcone et Borsellino en Sicile, des compétences spéciales d'enquête ont été élaborées.

Dans la majorité des pays ayant fait l'objet d'un rapport, en ce qui concerne les infractions graves, les procédures spéciales ne font plus office d'exception (normalisation de l'exception). Ainsi, les mesures exceptionnelles temporaires mises en place en Grande-Bretagne dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sont toujours en vigueur, et ce depuis presque 30 ans, et sont même devenues la norme dans la dernière décennie. On constate donc une séparation dans le système de justice pénale entre, d'une part, un régime de procédure pénale mis en place pour les infractions graves, et, d'autre part, un régime de procédure pénale pour les infractions dites «mineures». La procédure pénale n'est donc plus organisée uniquement en rapport avec la partie générale du droit pénal. Son usage s'étend également à la partie spéciale de la législation pénale. Certains pays, comme les Pays-Bas, ont également rapporté des changements dans les pouvoirs de sanction, non seulement des juges mais aussi des procureurs et des autorités chargés de l'enquête, pour les infractions «mineures».

Des procédures pénales spéciales ont été mises en place *en-dehors* du système procédural classique dans deux pays ayant rendu un rapport (Colombie et Etats-Unis). Ainsi, en Colombie, un système de justice pénale à trois voies existe: une justice pénale ordinaire, une justice pénale pour les ennemis de l'Etat via sa législation d'urgence (principalement contre les guérillas) et une justice pénale pour ceux qui entrent dans le régime indulgent du système «Paix et Justice» (principalement les forces paramilitaires). Aux Etats-Unis, il existe depuis le 9/11 un régime à double-trajectoire, qui fait la distinction entre les criminels et les ennemis combattants. En effet, les événements du 9/11 ont dramatiquement altéré l'approche traditionnelle des actes liés au

16 L'insertion dans le code de procédure pénale ne veut pas forcément dire que cette intégration s'est faite de manière cohérente. En Italie, par exemple, c'est un *patchwork* d'actes législatifs spéciaux amendant les règles du code de procédure pénale.

terrorisme en changeant le paradigme d'un système de justice pénale ordinaire, non pas en un modèle de justice militaire, mais en un modèle extraordinaire basé sur les intérêts de la sécurité nationale. Le USA Patriot Act de 2001, le Detainee Treatment Act of 2005 et le MCA of 2006 reflètent bien la législation pénale d'urgence, offrant une trajectoire aléatoire pour l'enquête, la poursuite et le jugement. Il est donc saisissant qu'aux Etats-Unis, ni le système de justice pénale ordinaire, ni le système de justice militaire ne soient considérés comme étant à même de traiter le terrorisme et qu'une troisième voie ait dû être élaborée, en-dehors des droits et garanties procédurales classiques des systèmes pénaux ordinaire et militaire.

Cinquièmement, les deux paradigmes dominants de la guerre contre le crime organisé et de la guerre contre le terrorisme ont changé les objectifs principaux du système de justice pénale. On est passé d'un système réactif, ayant pour but de punir les crimes et de réhabiliter leurs auteurs, à un système proactif et préventif d'ordre public, excluant les individus potentiellement dangereux.

Sixièmement, cette transition a été davantage renforcée par l'évolution des technologies, dans un contexte désormais online et digital. Les anciennes techniques de l'enquête judiciaire telles que la recherche et la saisie, ont été remplacées par d'autres techniques plus intrusives dans la sphère de la vie privée.

Septièmement, cependant, il existe dans la majorité des pays ayant rendu un rapport, des procédures garantissant le respect des règles constitutionnelles de procédure pénale, non seulement dans leur législation (règle de droit, principe du procès équitable) mais également en pratique (grâce à la jurisprudence des juridictions supérieures et des tribunaux supranationaux chargés de faire respecter les droits de l'homme). En effet, les procédures pénales spéciales traitant des paradigmes du crime organisé et du contre-terrorisme sont contrôlées par les juridictions supérieures, les cours constitutionnelles et les juridictions supranationales des droits de l'homme.

Cependant, les facteurs guidant les réformes ne sont pas toujours identiques. Bien sûr, tous les pays sont sous la surveillance de la CCT des Nations-Unies, mais dans certains pays, comme les Pays-Bas et l'Italie, il y a un puissant agenda national. Dans d'autres pays, comme la Roumanie, la Hongrie, la Croatie et la Turquie, il y a une forte influence de l'Union Européenne dans le cadre du régime de pré-accession à l'Union Européenne, selon lequel les réformes pour renforcer l'état de droit et les réformes ayant pour objectif d'introduire des mesures contre la corruption, le crime organisé et le terrorisme ont été introduites de manière parallèle. Dans tous les Etats membres de l'UE, les décisions cadres de l'UE ont eu une forte influence, bien que majoritairement dans le cadre du droit pénal substantif, et pas autant encore dans le domaine du droit pénal procédural.

Cependant, dans la plupart des pays ayant rendu un rapport, les réformes massives en matière de procédure pénale sont le résultat d'une instrumentalisation politique de la criminalité et de la peur du crime. Mais il est clair également que dans certains autres pays, ces réformes n'ont pas fait l'objet de débats politiques ou publics, les débats étant dans certains pays concentrés et divisés exclusivement entre les branches exécutive et judiciaire du *trias politica*, menant à d'intéressantes décisions des cours supérieures.

La transformation du système de justice pénale, particulièrement dans le cadre des mesures spéciales mises en place pour lutter contre le terrorisme (troisième paradigme), ont eu des répercussions importantes dans de nombreux domaines:

- le type **d'autorité en charge** de la lutte contre le terrorisme;
- leurs **pouvoirs** et leurs **techniques d'enquête** (notamment digitales) (le **glaive**);

- les garanties procédurales ainsi que les règles constitutionnelles et celles en matière de droits de l’homme (le **bouclier**);
- l’**architecture** du principe de séparation des pouvoirs (la **dimension constitutionnelle**);
- les **objectifs** du système de justice pénale.

Pour l’analyste il peut être intéressant d’établir une distinction entre les pays ayant rendu un rapport introduisant des mesures procédurales spéciales à l’intérieur de leur système de justice pénale régulier et ceux qui l’ont fait en dehors de celui-ci.

Groupe I Mesures spéciales dans le système de justice pénale

A première vue, il semblerait que la dimension constitutionnelle du système de justice pénale (*trias politica*) n’ait pas été affectée. Cependant, un regard plus attentif sur les changements opérés dans les systèmes de justice pénale nationaux force toutefois à conclure le contraire.

- Redéfinition des autorités en charge de l’enquête pénale

Au premier abord, premièrement, ce sont les autorités judiciaires (juge d’instruction ou juge du principal) qui conduisent l’enquête pénale et qui autorisent et/ou exécutent les mesures coercitives. Cependant, un changement dans la conduite de l’enquête judiciaire a été constaté dans beaucoup de pays, transférant les pouvoirs au ministère public et aux services de police. Ainsi, un remaniement de la communauté d’exécution de la loi a clairement été opéré, transférant aux branches exécutives ou semi-exécutives de l’Etat les pouvoirs traditionnellement détenus par les autorités judiciaires.

Deuxièmement, ce transfert ne s’opère pas seulement entre les acteurs classiques du système de justice pénale. En effet, les autorités administratives en charge de l’exécution de la loi jouent un rôle croissant dans le domaine de la lutte contre les infractions graves. Ainsi, la communauté du renseignement a vu ses pouvoirs s’étendre, les unités de police spécialisée traitant désormais avec les officiers de police du renseignement et les agences de sécurité. Ces derniers sont les avant-gardes des enquêtes d’investigation et d’information. Certains de ces pays leur ont également reconnu certaines compétences coercitives et/ou judiciaires. Enfin, les autorités classiques en charge de l’exécution de la loi ont également été converties en agences du renseignement et ont donc changé leur culture opérationnelle et leur attitude.

Troisièmement, de nombreux pays ont rapporté avoir recours à des fournisseurs de services privés (Telecom, business operators, fournisseurs de services financiers) et certaines autres professions jouissant d’un accès privilégié à certaines informations (avocats, journalistes...) pour conserver des données et être le bras-long de la communauté d’exécution de la loi. Par contre, conséquemment, les garanties et privilèges journalistiques et légaux ne constituent désormais plus des abris sûrs.

Quatrièmement, une approche multi-agences coordonnée, formelle et informelle, est clairement à l’œuvre dans les pays ayant rendu un rapport (par exemple, via la création de centres d’expertise commune et de partage de banques de données). La communauté d’exécution de la loi ainsi que celle du renseignement participent toutes deux à cette nouvelle approche coordonnée.

Cinquièmement, une juridiction unique pour l’enquête et/ou pour le jugement gagne du poids dans plusieurs pays ayant rendu un rapport.

– Redéfinition des compétences et des techniques (le glaive)

Tout d'abord, les rapports nationaux semblent indiquer que les trois paradigmes ont ouvert la voie à de nouvelles techniques spéciales d'enquête (telles que la mise sur écoute, l'infiltration ou l'observation) ne pouvant être utilisées que dans les cas d'infractions graves. Par conséquent, il existe dorénavant un set de mesures coercitives ciblant les infractions graves et moins graves, mais aussi un set à usage unique ne visant que certaines infractions graves.

Ensuite, dans la majorité des pays ayant rendu un rapport, les mesures classiques mises en place pour protéger les éléments de preuve ainsi que celles visant la confiscation des biens dangereux et des produits du crime sont devenues un domaine autonome des mesures de sécurité visant les biens et les personnes (saisie et confiscation, ordre de détention, ordre de sécurité, etc.) En lien, les enquêtes sur les flux financiers du trafic de drogue, du crime organisé (financement, blanchissement d'argent) et du terrorisme (financement) sont passées d'un régime d'enquête classique permettant le rassemblement des éléments de preuve à un régime d'enquête financière autonome permettant la saisie ou la confiscation des produits du crime et/ou la surveillance et l'enquête financière sur le financement des infractions graves.

De plus, les mécanismes déclencheurs ainsi que les seuils minimums d'utilisation des mesures coercitives pour combattre les infractions graves ont changé. La suspicion raisonnable qu'un crime a été commis ou que des actes préparatoires aient été perpétrés n'est désormais plus une condition requise pour le déclenchement de l'enquête criminelle. Les techniques d'enquête et les mesures coercitives sont maintenant également utilisées de manière proactive pour enquêter, anti-delictum, sur l'existence ainsi que sur les comportements de personnes ou d'organisations potentiellement dangereuses dans le but d'empêcher des infractions graves. Il s'agit donc ici d'une législation pénale sans suspect.

Enfin, dans tous les pays ayant rendu un rapport, le glaive de la justice pénale s'est paré de nouveaux atouts avec l'arrivée des technologies digitales servant l'enquête pénale (recherches de criminels online, surveillance des flots de données, traitement des données) et l'administration de la justice (surveillance digitale, appareil de détection, etc.).

– Redéfinition des garanties procédurales, des règles constitutionnelles et de celles en matière de droit de l'homme (le bouclier)

Dans beaucoup de pays ayant rendu un rapport, le législateur considère qu'un certain nombre de garanties procédurales constitue des obstacles à la prévention, l'enquête et la poursuite des infractions graves. L'utilisation de certains instruments de justice pénale (saisie, détention policière...) a dès lors été soumise à un régime différent pour les infractions graves de celui existant pour les infractions moins graves. De même, les conditions d'approbation par les autorités judiciaires (mandat) pour certaines mesures coercitives ont été diminuées ou n'existent plus. Le rôle de la défense ainsi que du juge de la légalité procédurale est entravé par la mise en place de ce nouveau régime de procédure pénale pour les infractions graves. Cela signifie, en pratique, que la police et les enquêteurs jouissent d'une plus grande autonomie et font face à moins de contrôle du pouvoir judiciaire concernant leur travail d'enquête. Il s'agit donc d'un double usage des mesures coercitives existantes avec, d'une part, moins de garanties et, d'autre part, davantage de garanties. En d'autres mots, c'est la gravité des crimes en question (les trois paradigmes) qui justifie **le redressement du glaive de la Justice ou le rabaissement du bouclier de la Justice**. Beaucoup de rapporteurs nationaux ont indiqué que le rapport entre le caractère «intrusif» de la mesure et le contrôle judiciaire a changé. Ainsi, les mesures les plus intrusives font face à un moindre contrôle judiciaire et à moins de garanties procédurales. Cependant, dans certains pays, comme en France ou en Roumanie, le maniement de l'épée de la

Justicia est contrebalancé par des garanties procédures spéciales redressant le bouclier de la Justicia.

De plus, en rabaisant les seuils de déclenchement des enquêtes pénales ou des mesures coercitives (passant de la suspicion raisonnable et du doute sérieux à l' «indice simple», au renversement de la charge de la preuve et la présomption simple de culpabilité), la garantie de présomption d'innocence est ébranlée et remplacée par des mesures objectives de sécurité. Dès lors, dans le système de justice pénale, les boucliers protégeant les citoyens contre le *ius puniendi* de l'Etat tombent. Cela a bien sûr des conséquences directes pour l'*habeas corpus*, *habeas data*, les droits du procès équitable, la redéfinition des règles de preuve, etc.

Ensuite, les rapporteurs nationaux ont indiqué que, dans le cadre du régime de criminalisation du financement du terrorisme et du support matériel au terrorisme, les avocats de la défense pénale sont mis sous pression. Leur privilège légal est remis en question et certaines de leurs activités de défense sont mises en examen en tant que support matériel à des organisations terroristes.

Enfin, dans beaucoup des pays ayant rendu un rapport, il est nécessaire de protéger le fonctionnement du système de justice pénale ainsi que ses participants. Le régime de protection des témoins a été converti en un régime de protection des témoins anonymes, incluant les autorités policières et les agences de renseignement impliquées dans des opérations d'infiltration. Le système de justice pénale protège de plus en plus ses agents contre les avocats de la défense adverse grâce à des procédures *ex parte*, des méthodes de rassemblement de preuves secrètes, et l'utilisation de preuves secrètes tant lors de la phase avant jugement que durant le jugement lui-même.

– Conséquences pour la dimension constitutionnelle du système de justice pénale (*trias politica*)

Les réformes mises en œuvre témoignent clairement d'une expansion de l'Etat punitif¹⁷ aux dépens de l'Etat de droit. L'attention mise sur la sécurité publique et sur l'enquête coercitive et préventive ébranle de façon claire le système de justice pénale et l'équilibre entre le glaive et le bouclier. Les formes administratives et préventives de la justice punitive ou rétributive sont étendues. Il en résulte un déséquilibre entre les trois branches du *trias politica*, penchant en faveur du pouvoir exécutif.

– Conséquences pour les objectifs du système de justice pénale

Le passage d'un système réactif de répression des crimes à un système proactif de prévention des crimes a eu des conséquences importantes, notamment en ce qui concerne la distinction entre l'enquête policière et l'enquête judiciaire. La communauté du renseignement devient un acteur clef dans la mise en exécution des mesures coercitives proactives pour les infractions graves. Le droit pénal préventif ne concerne ni les suspects ni la suspicion, mais le rassemblement de preuves ainsi que les procédures d'exclusion des personnes potentiellement dangereuses. Le système de justice pénale est de plus en plus utilisé comme un instrument régulant le présent et le futur et non la répression des comportements du passé. La procédure pénale devient de plus en plus une procédure dans laquelle les investigations préliminaires ne concernent plus la recherche de la vérité à propos du crime commis, mais la construction et la déconstruction de la dangerosité sociale.

17 J. Simon, *Governing through Crime*, 2007.

Groupe II Mesures spéciales en-dehors du système de justice pénale

Jetons un coup d'œil maintenant, concernant les pays ayant rendu un rapport, à ceux ayant introduit des mesures procédurales spéciales en-dehors de leur système de justice pénale ordinaire: la Colombie et les Etats-Unis. Ces deux pays ont opté pour des solutions qui redessinent complètement le modèle classique du *trias politica*. Ils n'ont certes pas suspendu leur constitution. Cependant, de nombreuses réformes ont été considérées par les juridictions supérieures et/ou constitutionnelles comme étant partiellement incompatibles avec les exigences constitutionnelles. Ces deux pays ont utilisé des procédures d'urgence constitutionnelle pour introduire des réformes.

La Colombie a introduit, en vertu de la Constitution de 1886, de nombreux décrets concernant la sécurité et l'ordre public ainsi qu'une législation d'urgence augmentant significativement la loi martiale et la compétence des juridictions militaires dans les matières pénales. Sous ce régime, la fameuse *Justicia sin rostro*, comprenant des juges anonymes, a également été introduite. Sous la nouvelle Constitution de 1991, l'utilisation régulière de la législation d'urgence a franchi un pas de plus. En 1997, le Loi 'Justicia y Paz' a été approuvé, mettant en place un système de justice pénale distinct pour les paramilitaires et la guérilla quittant le champ de bataille, confessant leurs crimes et contribuant au mécanisme de compensation. Cette procédure pénale spéciale est considérée comme particulièrement indulgente envers ses destinataires, tout particulièrement au regard de l'atrocité des crimes allégués.

Aux Etats-Unis, les réformes ont altéré de manière remarquable l'approche traditionnelle des actes en lien avec le terrorisme. Ainsi, on est passé d'un modèle pénal ordinaire, non pas à un modèle pénal militaire ordinaire (loi martiale), mais à un modèle extraordinaire basé sur l'intérêt de la sécurité nationale. Le Patriot Act de 2001, le Detainee Treatment Act de 2005 et le MCA de 2006 sont des législations d'urgence.

– Redéfinition des participants (autorités)

En réalité, le vocabulaire de la justice pénale a complètement changé. On ne parle plus du suspect, mais de l'ennemi. Les autorités judiciaires classiques ont été remplacées par de nouvelles autorités agissant sous des statuts spéciaux. L'exemple le plus édifiant étant bien entendu celui des enquêteurs de Guantanamo Bay.

En Colombie, c'est un peu plus compliqué. On y parle non seulement des ennemis, mais aussi des amis de l'Etat. Le dernier cas se réfère aux enquêtes et poursuites entreprises sous le Loi 'Justicia y Paz'.

– Redéfinition de leurs compétences et de leurs techniques

Aux Etats-Unis, les autorités en charge de l'enquête pénale disposent de pouvoirs particuliers pour combattre l'ennemi. Ces pouvoirs ont un fort caractère inquisitorial, se basent sur le renseignement et incluent des mesures coercitives telles que la torture. Le jugement est transféré aux commissions militaires exécutives.

En Colombie, quoique le rôle des tribunaux militaires dans les affaires pénales ait fortement diminué à la suite de nombreuses réformes, les déclarations successives sur l'état d'urgence ont largement militarisé les forces de police et des parties substantielles de l'enquête judiciaire. D'un autre côté, le Loi 'Justicia y Paz' a créé une catégorie de suspects pour laquelle un régime de procédure pénale très indulgent a été mis en place, transformant l'avocat de la défense en bureau du procureur et vice-versa. En réalité, le suspect a un intérêt légitime à augmenter la gravité de la mise en examen sous ce régime plus clément, afin d'éviter la mise en examen sous la procédure pénale ordinaire.

– Redéfinitions des garanties et des dimensions constitutionnelles et des droits de l’homme
Aux Etats-Unis, l’objectif principal de ces mesures spéciales est de contourner les garanties procédurales et les droits de l’homme (par exemple, les mesures d’urgence ont pour but d’éviter les standards de base constitutionnels et internationaux). Cependant, la Cour Suprême des Etats-Unis ainsi que plusieurs juges fédéraux ont été particulièrement dynamiques afin d’éviter de circonvenir à certaines garanties constitutionnelles, telles que l’*habeas corpus*, le procès équitable, etc.

En Colombie, la législation d’urgence avait pour objectif de suspendre certaines garanties constitutionnelles. Comme aux Etats-Unis, la Cour constitutionnelle colombienne a jugé inconstitutionnels plusieurs aspects de cette législation et a empêché l’adoption de la législation spéciale anti-terrorisme pour la même raison.

– Conséquences pour la dimension constitutionnelle (*trias politica*)

Aux Etats-Unis et en Colombie, les fonctions classiques de la branche législative et judiciaire ont été largement transférées vers la branche exécutive du *trias politica*. Celle-ci utilise la sanction comme machine de guerre et instrumentalise la justice pénale pour obtenir la victoire politique. Cependant, les juridictions suprêmes et constitutionnelles essaient de rééquilibrer le *trias politica*. En Colombie, cela a d’ailleurs mis en question l’avenir de la Cour constitutionnelle, en raison des très sérieux affrontements avec la branche exécutive.

– Conséquences pour les objectifs du système de justice pénale

Le résultat est une expansion massive de l’Etat punitif (loi pour la sécurité, enquête coercitive préventive, loi sur l’ennemi), contournant totalement le système de justice pénale ordinaire et son équilibre entre le glaive et le bouclier. En Colombie et aux Etats-Unis, les intérêts de la sécurité nationale prévalent sur ceux de la justice.

Partie II Transformation dans la nature et les principes généraux de la procédure pénale nationale

Cette partie ne concerne que les principales caractéristiques du système de justice pénale et de sa procédure criminelle. Certains aspects plus spécifiques seront discutés de manière plus détaillée dans les parties III-VI. Les questions 4 et 8 seront traitées dans la partie IV. La question 6 a déjà été examinée dans la partie I.

Questions générales sur les procédures criminelles

Q.3 Quels sont les principes généraux de votre procédure pénale (par exemple, principe de légalité, justice équitable, égalité des armes) et quelle est leur source juridique (par exemple, Constitution, loi)?

En général, dans tous les pays ayant rendu un rapport, les principes généraux de procédure pénale ont pris plus d’importance. Des réformes ont été introduites en faveur d’un régime procédural accusatoire, basé sur les principes d’oralité, d’égalité des armes, du procès équitable, de justice équitable et impartiale, etc. Cependant, parallèlement, d’autres réformes ont été introduites limitant le champ d’application de ces principes lorsqu’il s’agit d’enquêter, de poursuivre et de juger des infractions graves.

Les règles de base en matière de procédure pénale, en lien aux principes de bonne administration de la justice, de l'accès à la justice, du procès équitable etc. ne trouvent pas toutes leurs sources juridiques dans des normes constitutionnelles. Certains rapports nationaux indiquent une longue tradition de constitutionnalisation de la justice pénale, particulièrement concernant le principe de bonne administration de la justice et du procès équitable (y compris les garanties et droits procéduraux particuliers) grâce à la jurisprudence des cours constitutionnelles. Cet héritage constitutionnel est complété par d'autres règles de procédure pénale. C'est le cas, par exemple, des Etats-Unis, avec la Constitution américaine, la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis et les Federal Rules of Criminal Procedure. C'est également le cas de l'Espagne, depuis le rétablissement de la démocratie et de l'Etat de droit. La Cour Constitutionnelle espagnole a, en effet, développé une très importante jurisprudence constitutionnelle concernant la procédure pénale, en vertu de laquelle les standards en matière de droits de l'homme (CEDH) font désormais office de standards minimums. Par contre, dans certains autres pays, comme aux Pays-Bas, le cadre constitutionnel est plus faible, principalement en raison de l'absence de cour constitutionnelle et de l'incompétence pour les juges de vérifier la constitutionnalité des lois. Toutefois, le caractère auto-exécutoire de la CEDH compense dans une certaine mesure cette situation.¹⁸

La nature de la procédure pénale (inquisitoire, semi-inquisitoire ou accusatoire) est rarement indiquée dans la constitution, bien qu'elle résulte en grande partie des formes constitutionnelles du principe du procès équitable. De manière générale, nous pouvons affirmer que, dans tous les pays ayant rendu un rapport, les principes généraux de procédure pénale (même s'agissant du crime organisé et du terrorisme) sont constitutionnellement enchâssés et/ou enchâssés dans les traités relatifs aux droits de l'homme et sont appliqués dans les règles statutaires dans un strict respect des normes constitutionnelles et des standards en matière de droits de l'homme. Cette conclusion générale concerne le cadre légal en tant que tel. Cela signifie que ces standards demeurent le cadre légal obligatoire pour les trois paradigmes. Toutefois, dans certains pays, notamment en Colombie et aux Etats-Unis, les procédures punitives instaurées par l'exécutif ont mis à mal ce cadre légal obligatoire. Par ailleurs, des parts substantielles de ces nouvelles procédures ont été jugées inconstitutionnelles par leur juridiction supérieure et par leur cour constitutionnelle, ouvrant les hostilités (légales) entre la branche exécutive et la branche judiciaire et transformant la justice et le procès équitable en un champ de bataille politique.

On peut donc conclure, s'agissant du cadre légal des procédures pénales (en lien avec les normes constitutionnelles ou les traités relatifs aux droits de l'homme), que les paradigmes du crime organisé et du terrorisme n'ont eu qu'une influence mineure sur l'architecture principale et sur les principes de base de la procédure pénale. Nous verrons dans les parties III-VI comment les transformations ont changé l'étendue de ces principes et leur application *de facto*.

Procédure pénale, l'étendue ratione personae et une distinction

Q.5 Votre procédure pénale de droit commun ou d'exception prévoit-elle une distinction entre citoyens et non citoyens, nationaux ou non-nationaux, ou des catégories spécifiques de sujets (étrangers, ennemis, non-personnes)?

¹⁸ La CEDH ne contient que les standards minimums, et la Cour Européenne des droits de l'homme n'a pas développé de véritable protection en matière de droits de l'homme dans la phase préliminaire, quoique la Cour a eu plusieurs fois l'occasion de préciser que les garanties de l'article 6 de la Convention s'appliquent à l'ensemble de la procédure pénale, y compris aux phases de l'information préliminaire et de l'instruction judiciaire (CourEDH, arrêt *Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique* du 15 juillet 2002, § 39). D'autre côté la Cour laisse une large marge d'appréciation aux Etats dans les cas du contre-terrorisme.

Tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de la Colombie, ne font aucune distinction entre citoyens et non citoyens, nationaux ou non-nationaux, ou entre des résidents étrangers et non-étrangers. Toutefois, la plupart de ces pays disposent de juridictions pénales spéciales pour certains sujets, comme les Membres du Parlement ou le personnel militaire dans l'exercice de leur fonction.

L'Angleterre ne fait aucune distinction dans sa législation pénale quant au traitement des citoyens britanniques ou des citoyens non-britanniques, bien qu'elle ait reconnu entre 2001 et 2004 la détention sans procès pour les suspects étrangers, non expulsables. Toutefois, cette mesure a été déclarée incompatible avec les articles 5 et 14 de la CEDH par la Chambre des Lords. Le Gouvernement a alors remplacé cette mesure par un régime d'ordres de contrôle tombant au-delà du système de justice pénale classique et applicable aux citoyens britanniques et étrangers (voir *infra*).

Certains autres pays ayant rendu un rapport, en Colombie et aux Etats-Unis par exemple, opèrent une distinction plus importante entre des catégories spécifiques de sujets, comme les étrangers ennemis, les ennemis combattants, les combattants de guérillas désarmés/repentis ou les paramilitaires, etc. Pour plusieurs raisons, ces nouveaux systèmes ont été mis en place afin de contourner la procédure pénale ou même la procédure pénale militaire ordinaire.

Par ailleurs, les rapports nationaux ont indiqué la mise en place de procédures pénales d'urgence opérant une distinction dans l'étendue *ratione personae* de leurs systèmes punitifs. Ainsi, chaque procédure punitive d'urgence établit son champ de compétence *ratione personae* (insider/outsider). Certaines de ces procédures favorisent les «insiders» et sont relativement indulgentes (risque d'impunité) concernant des infractions très graves ayant été commises. C'est le cas, par exemple, de la Colombie. D'autres, au contraire, défavorisent les «insiders», comme c'est le cas aux Etats-Unis par exemple, et réduisent les individus tombant dans le champ d'application *ratione materiae* de la procédure spéciale à de simples objets d'enquêtes et refusant de les considérer comme sujets de droit.

Procédure pénale sub rosa

Q.7 Votre système permet-il l'utilisation du renseignement (par exemple renseignement policier, information émanant des services nationaux ou étrangers de renseignement) dans les procédures criminelles, telles que

- enquête préliminaire en vue de l'ouverture d'une investigation criminelle?*
- preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et sur les personnes (par exemple perquisition et saisie, arrestation, détention)?*
- preuve de responsabilité/culpabilité dans les poursuites pénales?*

Bien que la grande majorité des pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, n'ont pas, dans leur système de justice pénale, de procédure basée uniquement sur le secret, il ne fait aucun doute que, dans un groupe substantiel de ces pays, il y a eu, dans la dernière décennie, de profondes réformes augmentant les pouvoirs d'investigation de la communauté d'exécution de la loi et de la communauté du renseignement, rabaisant du même coup les garanties procédurales et introduisant le secret dans les procédures pénales.

Dans ce rapport, le terme 'secret' signifie que le fonctionnement principal du système de justice pénale ainsi que ces procédures demeurent secrets, non seulement aux yeux du public en général, mais aussi aux yeux des acteurs clés du système de justice pénale, tels que les juges et/ou les avocats de la défense.

Les rapports nationaux¹⁹ n'indiquent l'existence d'aucune législation secrète ou classée secrète en matière pénale, à l'exception des Etats-Unis. De même, aucune procédure pénale secrète ni d'acteurs secrets (tribunaux secrets) n'ont été rapportés, à l'exception des Etats-Unis et de l'Angleterre. Bien sûr, tous les systèmes de justice pénale connaissent des enquêtes judiciaires *ex parte* à certaines étapes de la procédure afin d'obtenir des preuves, mais c'est un autre problème en lien avec le caractère accusatoire des procédures pénales ordinaires (voir *infra* partie IV et V). En 1978, les Etats-Unis ont introduit la surveillance FISA,²⁰ qui rend possible, sans mandat, l'utilisation de techniques de surveillance physique et électronique afin de récolter des renseignements sur des puissances étrangères et leurs agents, sur des réseaux étrangers, des personnes ou des activités terroristes.²¹ Pour la surveillance physique ou électronique visant des citoyens ou des résidents américains, un mandat doit être émis par un tribunal secret établi par la FISA. Ainsi, les éléments de preuve concernant l'interdiction d'une organisation ou concernant les procédures introduites devant la Commission spéciale des recours en matière d'immigration peuvent être rendus secrets par le Gouvernement. Lorsque de telles éléments de preuves sont utilisés, un Avocat Spécial, travaillant dans l'intérêt de l'appelant mais non mandaté par celui-ci, regarde les preuves et construit les arguments au nom de l'appelant, bien que ne communiquant jamais avec lui.

Etonnamment, aucun rapport ne fait mention de procédures secrètes potentiellement illégales concernant l'arrestation, l'enlèvement et le kidnapping, la détention et l'interrogation de nombreuses personnes considérées par les Etats-Unis comme entretenant des contacts avec Al Qaeda. De nombreux rapports établis par le Parlement Européen et le Conseil de l'Europe contiennent des indications de surveillance secrète, d'arrestation secrète et d'enlèvement, de transferts secrets dans des centres de détention secrets, en Europe et à l'étranger.²² Dans plusieurs pays européens ainsi qu'au Canada, des enquêtes administratives et pénales sont en cours contre des agents de l'état civil et contre les autorités d'exécution de la loi européenne et américaine.²³ Pour de plus amples détails sur les preuves secrètes et l'utilisation des renseignements dans les procédures pénales voir partie IV, question 9.

Partie III Application pro-active (police ordinaire ou règles procédures de droit commun: procédures spéciales)

Exécution proactive et enquêtes coercitives

Q.9 Les services de renseignement, les forces de police régulières, ou les agences administratives d'exécution (telles que les douanes ou les services fiscaux) ont-ils dans votre pays compétence pour user de pouvoirs contraignants de manière pro-active? Si oui, – sous quelles conditions? – doit-il exister un soupçon basé sur une cause probable d'user de leur pouvoir de contrainte, ou y a-t-il des indications de dangerosité pour la sécurité nationale ou un intérêt public suffisant? La définition du soupçon a-t-elle été modifiée pour les crimes graves?

19 Il existe au Royaume-Uni des procédures secrètes pour les déportations d'immigrants illégaux.

20 Foreign Intelligence Surveillance Act.

21 Une cause probable n'est pas requise ici.

22 http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?CID=90&L=E, Avis sur les obligations juridiques internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers.

23 Le cas le plus célèbre est l'affaire *Milan Abu Omar*, toujours en cours à Milan.

- *ces pouvoirs de contrainte peuvent-ils être utilisés contre des personnes autres que les suspects/accusés de crimes (par exemple, les combattants ennemis, les ennemis étrangers, les personnes n’ayant pas droit à la protection de la procédure pénale ordinaire, etc.)?*
- *Comment la division du travail est-elle réglementée entre les autorités chargées de l’investigation?*
- *les informations obtenues de façon pro-active, au moyen de l’usage de mesures de contrainte peuvent-elles être partagées entre les services de renseignement, de police, ou administratifs, ou les autorités judiciaires?*

De manière générale, les rapports nationaux indiquent que les forces de police régulières ainsi que les agences administratives d’exécution ont compétence pour exécuter certaines mesures préventives ainsi que certaines mesures d’exécution. Toutefois, les systèmes légaux diffèrent entre les pays ayant rendu un rapport. Ils prévoient tous dans leur législation des compétences classiques pour les agences administratives d’exécution, telles que les douanes, mais aussi de nouvelles compétences, telles que les agences de police et du renseignement, leur permettant de collecter et de traiter des informations ainsi que de faire des enquêtes en lien avec certains objectifs (conformité avec les droits de douanes, prévention de la corruption, et protection de l’ordre public constitutionnel). Pour la communauté du renseignement, la tâche principale est de traiter les informations sur les personnes et les organisations suspectées de mettre en danger la sécurité nationale. Traditionnellement, les agences du renseignement, bien que n’appartenant pas à la communauté d’exécution de la loi, ne peuvent pas user des pouvoirs contraignants classiques de la procédure pénale (par exemple, la recherche et la saisie) ni des nouvelles mesures (par exemple, l’infiltration). Cependant, ils jouissent de pouvoirs généraux de surveillance et peuvent utiliser certaines mesures coercitives préventives (recherches physiques, saisie de biens dangereux). Traditionnellement, la poursuite des crimes, la collecte d’informations, le traitement d’informations et l’enquête judiciaire relèvent du domaine exclusif de la communauté d’exécution de la loi. Un groupe de pays ayant rendu un rapport utilisent toujours cette approche classique en excluant l’utilisation de pouvoirs coercitifs de manière proactive par la communauté d’exécution de la loi. Ce n’est que lorsqu’un crime a été commis, tenté ou, pour les crimes les plus graves, préparé, que la communauté d’exécution de la loi pourra user de pouvoirs contraignants.²⁴ Ces pays semblent adhérer à une distinction nette entre la législation pénale (réactive) et la législation policière/administrative (proactive). La collecte des renseignements est considérée comme une mesure préventive. Dès lors, seules les forces de police régulière et les agences administratives et du renseignement ont compétence. Il y a donc une séparation claire entre l’exécution de la loi pénale et la collecte de renseignements. Les agences sont strictement séparées et la collecte de renseignements par les agences préventives ou par les agences réactives d’exécution de la loi sert des objectifs différents. La communauté du renseignement est limitée dans ses pouvoirs et disposent de très peu de pouvoirs coercitifs. Le transfert de renseignement à la communauté d’exécution de la loi dans le cadre d’une enquête pénale est séparé par une muraille de Chine et/ou les informations transférées ne pourront être utilisées comme éléments de preuve que dans le cadre d’une procédure pleinement accusatoire. Les pays faisant partie du groupe en question, tels que l’Autriche, le Brésil, l’Argentine, et la Pologne, maintiennent une définition classique de l’enquête judiciaire pénale dans leur système de procédure pénale.

24 Voir le rapport général rédigé par Lorenzo Picotti, *L’élargissement des formes de préparation et de participation* (Section I).

L'enquête est déclenchée à la suite d'une suspicion raisonnable qu'une infraction pénale a été commise, va être commise, ou a été préparée. Cependant, lorsqu'un lien est établi entre ces actes préparatoires spécifiques et l'existence, par exemple, d'une organisation criminelle ou d'une organisation terroriste, il est évident que des objectifs particuliers de nature préventive feront partie de l'investigation criminelle, transformant ainsi l'enquête pénale réactive en une enquête proactive, quoique toujours sous un régime classique. La préparation sous forme de complot ou de recrutement rentre dès lors dans le cadre d'un système de justice pénale classique.

De l'autre côté de l'éventail, on retrouve bien sûr les Etats-Unis et le Royaume-Uni, tous les deux dotés d'une très forte communauté du renseignement. Aux Etats-Unis, par exemple, celle-ci ne se limite pas à la CIA, l'Agence de sécurité nationale, l'Agence du renseignement pour la défense et le Bureau national de reconnaissance, mais comprend également des services de renseignement du Département d'Etat, le FBI, le Département du Trésor, le Département de l'Energie et celui des forces armées. Toutefois, le fait qu'il n'existe aucune division structurelle entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi – la CIA et certains secteurs du FBI appartiennent à la communauté du renseignement – ne veut pas dire qu'aucune distinction n'est faite au regard des objectifs, des méthodes et des mesures de contrôle. Cependant, sous le coup de récentes législations anti-terroristes, la distinction entre les objectifs d'exécution de la loi et les objectifs de renseignement se superposent en partie.

Un groupe substantiel de pays ayant fait l'objet d'un rapport, n'incluant ni les Etats-Unis ni le Royaume-Uni, ont amendé leurs règles de procédure pénale, élargissant leurs méthodes d'enquête pénale classique pour y inclure désormais des enquêtes criminelles proactives (*Vorermittlung*). Ces mesures d'enquête pénale proactive incluent notamment les cas où aucun indice de suspicion raisonnable qu'un crime ait été commis, va être commis, ou ait été préparé, n'a été constaté, et pour lequel aucun suspect, légalement parlant, ne peut, par conséquent, avoir été désigné. L'objectif de ces mesures d'enquêtes proactives est de dévoiler les structures organisationnelles afin d'empêcher la préparation ou la perpétration de crimes graves et de permettre l'ouverture d'une enquête pénale contre l'organisation et/ou ses membres. Les agences du renseignement, les forces de police ou les autorités judiciaires peuvent user de pouvoirs contraignants dans le but de prévenir la criminalité. De ce fait ils appartiennent tous à la communauté du renseignement, même s'ils font normalement partie des autorités en charge de l'exécution de la loi (communauté d'exécution de la loi). Sous ce régime, ils peuvent collecter des renseignements et user de certains pouvoirs contraignants afin d'empêcher la préparation ou la perpétration d'une infraction pénale. Certaines de ces mesures coercitives nécessitent obligatoirement une autorisation préalable délivrée par le pouvoir judiciaire. Dans certains pays, cet élargissement de la procédure pénale a conduit à des scandales en raison de l'usage illégal des mesures coercitives par les autorités policières et/ou par le bureau du procureur. Les législateurs ont alors jugé utile d'inclure cet élargissement de la procédure pénale dans le code de procédure pénale afin de lui donner une base légale. Ainsi, non seulement les pratiques existantes ont été formulées légalement, mais les méthodes d'enquête proactive ont également été augmentées. Ce changement de mandat pour la communauté d'exécution de la loi, et particulièrement pour les forces de police, a également conduit à des changements dans leurs méthodes de travail. En effet, au lieu d'enquêter sur des crimes et de produire des rapports et des procès-verbaux, les objectifs des forces de police sont par ailleurs reliés à des enquêtes préventives en lien avec les tendances criminelles du moment et sur les personnes et les organisations considérées comme potentiellement dangereuses. Dans beaucoup de pays rapportés, les systèmes policiers du renseignement, rattachés à des bases de données spécialisées, augmentent de façon exponentielle, et changent la structure et la culture des organisations de police judiciaire.

D'un autre côté, de nombreux pays ayant rendu un rapport ont amendé le mandat des agences du renseignement ainsi que leurs pouvoirs. Leurs compétences d'enquête comprennent désormais des pouvoirs de contrainte, parallèlement à ceux définis dans le code de procédure pénale, et leurs objectifs incluent également la prévention de la criminalité grave, par exemple les infractions mettant en danger la sécurité nationale. Dans certains pays, l'utilisation de ces pouvoirs nécessite néanmoins une autorisation par le bureau du procureur (ou par le pouvoir exécutif). *De facto*, la communauté du renseignement utilise donc des pouvoirs coercitifs judiciaires sans être cependant une autorité judiciaire et sans garantie aucune de supervision judiciaire ou de mandat judiciaire. Certaines compétences des agences du renseignement et des forces de police, agissant comme un acteur de la communauté du renseignement dans les enquêtes avant jugement, se chevauchent. Les Etats-Unis ont évidemment eu une influence certaine dans l'organisation des enquêtes avant jugement.

Finalement, certains pays rapportent une augmentation substantielle de l'utilisation des mesures punitives, des mesures préventives de saisies, de détentions administratives, de gel, etc. durant les enquêtes proactives. Cette nouvelle phase d'enquête proactive gagne du terrain de manière évidente et substantielle dans le système de justice pénale.

Cette procédure pénale proactive étant nouvelle pour beaucoup de pays rapportés (à l'exception des Etats-Unis et du Royaume-Uni), attardons nous plus en détail sur sa mise en œuvre dans certains pays. La Belgique et les Pays-Bas ont introduit intégralement le nouveau concept d'enquête proactive dans leur code de procédure pénale. Prenons par exemple le cas de l'évolution de la loi pénale néerlandaise. Depuis 1999, les méthodes spéciales d'enquête, telles que l'observation, l'infiltration, la mise sur écoute et les surveillances systématiques et électroniques sont devenues parties intégrantes du code de procédure pénale afin de combattre le crime organisé.²⁵ En outre, très récemment, un changement a été introduit dans le code de procédure pénale selon lequel, dans le cas de l'enquête criminelle sur des infractions terroristes, le critère déclencheur pour appliquer légalement les mesures coercitives contre une personne, c'est-à-dire la suspicion raisonnable, a été remplacée par l'existence d'indices d'infraction terroriste. L'indice d'infraction terroriste est donc le troisième seuil dans le code de procédure pénale, à côté de la suspicion raisonnable qu'un crime a été commis et de la suspicion raisonnable que des crimes sont planifiés ou sont commis dans un contexte 'organisé'. Quelle peut-être la différence entre l'indice et la suspicion raisonnable? Des rumeurs telles qu'une conspiration pour commettre une infraction terroriste ou des informations anonymes découlant d'une analyse du risque générale mise en œuvre par les forces de police, les agences administratives ou les services secrets de renseignement peuvent très bien ne pas rencontrer le critère de suspicion raisonnable mais bien celui de l'indice. De plus, des indices concrets ne sont pas nécessaires. Il suffit que des faits et des circonstances semblent indiquer qu'une infraction a été ou va être commise. Dans le même temps, dans le code de procédure pénale néerlandais, en vertu de la décision-cadre européenne de 2002, les associations criminelles terroristes ont été criminalisées. Dès lors, l'indice de l'existence d'une association terroriste ou d'affiliation à un groupe terroriste, sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction soit commise ou soit en cours de préparation, est un élément déclencheur suffisant pour l'utilisation de mesures coercitives, telles que l'observation, la surveillance électronique ou l'infiltration. Pour une arrestation ou détention dans la phase avant jugement, la suspicion raisonnable demeure le seuil applicable, et donc l'existence d'un suspect

25 Voir N. Keijzer *et al.*, «Organized Crime & Criminal Procedure in the Netherlands», 1994 *Revue Internationale de Droit Pénal*, p. 957-986.

est nécessaire lorsqu'il s'agit d'utiliser ces mesures coercitives.²⁶ Autrement dit, les seuils applicables pour l'utilisation de mesures coercitives dans le domaine du contre-terrorisme, comprenant les méthodes d'enquête particulières, ont été, en outre, élargies et affaiblies. La communauté d'exécution de la loi est autorisée à user de pouvoirs contraignants sur des personnes non suspectes (criminellement) durant la phase proactive. Les méthodes disponibles dans l'enquête avant-jugement peuvent être utilisées à n'importe quel moment tant qu'elles permettent de collecter des informations nécessaires à la prévention d'infractions terroristes. Le changement de seuils indique également un changement des sujets de l'enquête. Ainsi, les enquêtes proactives sont utilisées contre des groupes de personnes plutôt que contre des suspects, et comprennent des méthodes de recherche préventive, tels que le matériel de recherche, les véhicules de recherches ou la recherche physiques. Dans certaines zones de sécurité (aéroports, zones à risque, etc.), ces trois méthodes de recherche préventive sont applicables à n'importe quel moment sans qu'il soit nécessaire d'avoir un indice d'une infraction terroriste. Dans ce cas, le label 'sécurité' remplace celui des seuils d'indice d'infraction terroriste. Finalement, la stratégie d'exécution proactive introduit également de nouvelles méthodes d'enquêtes telles que l'exploitation de données (*Rasterfahndung*) entre les banques de données de personnalités publiques et privées.

Depuis 1992, l'Allemagne a également introduit et/ou élargi ses méthodes particulières d'enquête (mise sur écoute, exploitation de données, surveillance, etc.) contre le crime organisé, sans en changer les mécanismes déclencheurs, mais en les utilisant dans le cadre d'une exécution proactive. Le paradigme du contre-terrorisme a eu une influence certaine, notamment quant à l'introduction des concepts d'exécution proactive préventive par les forces de police (*Vorbeugende Verbrechensbekämpfung* et *Vorfeldaufklärung*).²⁷ Quelques Länders ont introduit des mesures d'écoute préventive dans leur législation de police. En 2004, la Cour constitutionnelle a imposé une procédure d'autorisation judiciaire pour la protection de la vie privée,²⁸ et formulée dans la législation en 2005.

En Hongrie, les règlements du bureau du procureur ont changé, et celui-ci peut désormais collecter secrètement des renseignements. La collecte secrète d'informations peut maintenant être exécutée par cinq services secrets, par la police et par le bureau du procureur. Deux régimes distincts traitent de la collecte secrète d'informations. Un régime sans autorisation permet l'utilisation d'informateurs et d'enquêteurs sous couverture, la surveillance générale de personnes et de locaux ainsi que certaines formes de mise sur écoute. Ces mesures peuvent prendre place avant et pendant les enquêtes judiciaires (même de manière parallèle). Le deuxième régime nécessitant une autorisation du pouvoir judiciaire ou du pouvoir exécutif (par le ministre de la justice) inclut la surveillance et la recherche à l'intérieur de domicile privé ainsi que l'interception de télécommunications. La collecte secrète de renseignements peut continuer jusqu'à ce que l'investigation judiciaire ait été déclenchée. Dès cet instant, les autorités judiciaires peuvent secrètement obtenir des informations en interceptant les télécommunications, en conduisant des recherches, etc. Ces mesures nécessitent un mandat judiciaire. Le code de procédure pénale a récemment été amendé afin d'inclure l'utilisation de méthodes spéciales d'enquête, telles que la conservation des données secrètes.

26 Cependant, dans beaucoup de pays, nous assistons à une croissance exponentielle de détention administrative en tout genre, pour des périodes variées, et pas toutes en lien avec le statut de suspect (par exemple, dans le domaine du droit de l'immigration).

27 J. Kinzig, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, 2004.

28 BVerFG, 1 BvR 2378/98, 03.03.2004, Absatz-Nr. (1-373).

En Roumanie, le code de procédure pénale met en place une enquête préliminaire, en vertu de laquelle les autorités civiles du Ministre de l'Intérieur peuvent mener des opérations de police, telles que la collecte de renseignements et de données, l'interception et l'enregistrement de conversations, notamment les télécommunications, ainsi que l'utilisation d'enquêteurs sous couverture. Les services de renseignement disposent des mêmes pouvoirs. Toutefois, les deux doivent agir sous la supervision du bureau du procureur.

En Turquie également, des éléments d'enquête proactive ont été introduits par des législations particulières autres que le code de procédure pénale, permettant aux forces de police ainsi qu'à certaines agences administratives d'intercepter des télécommunications et même d'appliquer des méthodes de recherche et de saisies préventives (à l'exception des domiciles privés).

En Croatie, les services de renseignement ainsi que les forces de police et les autorités douanières sont compétents pour utiliser des pouvoirs coercitifs de manière proactive. Les pouvoirs proactifs des services de renseignement restent cependant les plus larges. Depuis 2006, leurs tâches incluent la prévention du terrorisme et du crime organisé. Ils ont des pouvoirs étendus pour collecter secrètement des renseignements. Toutefois, ils ne peuvent utiliser leurs pouvoirs qu'après avoir reçu un mandat spécifique émanant d'un juge de la Cour Suprême. Cependant, le seuil nécessaire pour obtenir ce mandat n'est pas basé sur la suspicion raisonnable. Il suffit que le service de renseignement indique les personnes et/ou les organisations devant faire l'objet d'une surveillance, les objectifs de cette surveillance, et les mesures de surveillance nécessaires.

L'Italie a un système à deux voies: la législation pénale ordinaire et la législation pénale spéciale contre la mafia. Ce pays a une gamme élaborée d'instruments criminels légaux proactifs. Les mesures préventives personnelles de 1956 ont été insérées, après 1965, dans le code de procédure pénale contre la mafia: la surveillance spéciale par les forces de police, la restriction à la liberté de mouvement et les assignations à résidence. Les mesures ne sont pas basées sur une suspicion raisonnable mais reliées à un listing d'organisations mafieuses. Depuis 1982, les mesures préventives ont été davantage élargies, incluant également les saisies préventives et les confiscations de biens. Des enquêtes financières préventives ont été introduites, en vertu desquelles les forces de police et les agences administratives obtiennent des pouvoirs de surveillance (mise sur écoute préventive et surveillance des communications (sneak and peak) et installation d'appareils de mise sur écoute) et peuvent conclure des accords avec des personnes condamnées afin de les encourager à coopérer avec la justice. La police judiciaire et les services de renseignement collaborent aussi étroitement. Les mesures préventives anti-mafia ont été étendues *rationae materiae* au terrorisme en 2001 et en 2005. Ces mesures préventives concernent la collecte de renseignements généraux visant la prévention d'infractions graves, et ne nécessitent pas d'autorisation, même concernant les domiciles privés (il ne faut pas d'indices sérieux que ce lieu ait été le théâtre d'infractions graves), et ne sont pas limitées dans le temps. Il suffit qu'elles soient nécessaires (et non absolument indispensables) pour atteindre les objectifs de prévention et de collecte de renseignements généraux. S'ils sont liés à la prévention de la criminalité, il suffit qu'il y ait des indices simples qu'une infraction ait été commise, et non des indices graves ni une suspicion raisonnable. D'un autre côté, les services secrets sont mandatés par le bureau du procureur de la cour d'appel afin d'intercepter les communications, contournant de la sorte les unités anti-mafia ou anti-terroristes du bureau du procureur et outrepassant la procédure de mandat judiciaire. Clairement, l'Italie a des pouvoirs proactifs très étendus, bien que les

renseignements obtenus ne puissent pas être utilisés dans la phase avant jugement ou pendant le jugement.²⁹

En Colombie, les services de renseignement ont un double-visage. Ils font office de service secret autonome chargé de la collecte de renseignements et du traitement des informations, ainsi que d'organe de police judiciaire s'occupant d'une série de crimes spécifiques visant l'ordre constitutionnel de l'Etat.

En ce qui concerne la Grande-Bretagne, le bureau du procureur n'a pas de pouvoir d'enquête. Ceux-ci sont détenus significativement entre les mains des forces de police, comparativement plus puissantes que les autres autorités, d'autant plus que les enquêtes s'orientent de plus en plus vers la collecte de renseignements (combiné à l'affaiblissement de la protection de la sphère privée). Les forces de police peuvent, par exemple, relever des échantillons d'ADN sans qu'aucune autorisation ne soit requise d'aucune institution.³⁰ La législation sur les pouvoirs d'enquête de 2000 (RIPA) régule les nombreuses méthodes de surveillance (malgré que certaines formes de surveillance de police sous couverture restent en dehors de la loi). La mise sur écoute de locaux a été réglementée par le Police Act de 1997 et n'est possible que pour la prévention ou l'enquête sur des infractions sérieuses. Le transfert de données n'est pas régulé et peut servir de preuve. Les forces de police ont le pouvoir d'arrêter (comme réglementé dans la législation SOCA) sans qu'aucune autorisation ne leur soit accordée. Il suffit qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que l'arrestation est nécessaire pour permettre une enquête rapide et efficace sur l'infraction commise par la personne en question ou sur son comportement. Cela ouvre également le droit de faire des recherches dans les locaux où l'arrestation a eu lieu (pouvoir d'arrestation de droit commun).

D'un autre côté, certains pays ayant rendu un rapport ont réformé substantiellement les statuts, les pouvoirs ainsi que les objectifs des agences du renseignement. Les Pays-Bas et la Belgique ont ainsi réformé leur législation respective sur les services secrets. Les agences du renseignement peuvent utiliser des mesures coercitives telles que l'observation, l'inspection, la surveillance digitale, la surveillance des communications (mais pas le contenu), l'infiltration, l'ouverture du courrier, la fouille d'ordinateurs, l'interception de télécommunications, etc. Ils disposent donc d'un large éventail de pouvoirs contraignants, largement similaire à ceux mis en place par le code de procédure pénale, mais ne nécessitant aucune autorisation.

Dans le premier groupe de pays ayant rendu un rapport, tels que les Etats-Unis, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, ces réformes ont eu pour conséquence de rendre imprécise la frontière entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi. De plus, l'élargissement des enquêtes judiciaires, intégrant dorénavant des enquêtes proactives, ainsi que le chevauchement croissant entre la communauté d'exécution de la loi et la communauté du renseignement, ont été accrus à la suite du développement technologique de méthodes d'enquête. En effet, la technologie a complètement modifié les méthodes de surveillance des communications, la surveillance physique des personnes, de leurs mouvements et de leurs activités ainsi que la surveillance de leurs transactions. Le comportement des citoyens a également été totalement modifié suite à l'apparition de ces nouvelles technologies, par exemple en utilisant les mises sur écoute, la vidéo surveillance, les appareils de repérage, les appareils de détection et les appareils pour voir à travers les murs, l'exploitation des données etc.

Dans le deuxième groupe de pays ayant rendu un rapport, on peut clairement conclure qu'une double réforme a été opérée: les autorités de la communauté d'exécution de la loi sont

29 Voir Partie IV.

30 Voir à cet égard, CourEDH, affaire *S. et Marper c. Royaume Uni*, Jugement du 4 décembre 2008.

devenues des autorités de la communauté du renseignement, et vice-versa. La distinction entre la mise en exécution administrative préventive et la mise en exécution pénale réactive est remplacée par un terrain d'activité commun avec, pour les acteurs d'exécution, de nouveaux pouvoirs et de nouvelles compétences qui se chevauchent. La troisième vague de réformes dépasse clairement les réformes des deux dernières décennies. Le paradigme du crime organisé a permis l'introduction dans les codes de procédure pénale de techniques spéciales d'enquête. Le paradigme du contre-terrorisme ne conduit pas simplement à l'élargissement du nombre d'infractions (*Vorfeldstrafbarkeit*) et à l'application de mesures particulières de procédure pénale (*Vorermittlung*), mais redéfinit également les objectifs, la nature ainsi que l'étendue de la justice pénale. La *Vorfeldkriminalisierung* en est le résultat, à la suite de laquelle la procédure pénale transforme radicalement l'objectif du code de procédure pénale (poursuite de la criminalité) pour se concentrer sur la prévention de la criminalité et le contrôle de l'ordre et de la sécurité publique. De plus, un phénomène qui prévaut en common-law et également dans les stratégies européennes de police fait aussi ses premières apparitions: une orientation du système pénal vers la collecte de renseignements. Dans tous les pays ayant rendu un rapport, la coopération entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi semble augmenter, non seulement au moment de la collecte de renseignements, mais aussi lors de leur traitement et du partage des données. Les rapports nationaux, à l'exception des Etats-Unis et des Pays-Bas, ne sont toutefois pas très éloquents quant à la séparation et à la coopération entre les procédures proactives et l'enquête pénale ainsi qu'entre les réseaux spécialisés dans ce domaine. Il semble qu'il y ait une grande différence non seulement au regard du rôle de la communauté du renseignement sous la législation pénale et, inversement, du rôle de la communauté d'exécution de la loi dans le domaine du renseignement. De grandes différences ont également été constatées en ce qui concerne le contrôle judiciaire (autorisation et mandat) et les garanties procédurales.³¹ Des pays tels que la Roumanie, la Hongrie et la Croatie ont mis en place un système de contrôle strict par les autorités judiciaires, alors que d'autres laissent cela à la discrétion des forces de police et des agences du renseignement. Les procédures spéciales restent toujours spéciales, mais certaines sont plus permissives et d'autres plus restrictives.

Finalement, dans notre ère digitale, les définitions de la vie privée, de l'autorité publique et des données doivent être renouvelées afin de protéger les citoyens contre les intrusions massives dans leurs libertés, non seulement par la communauté du renseignement mais aussi par la communauté d'exécution de la loi.

Torture

Q.10 Votre système juridique permet-il l'usage de formes graves de techniques d'investigation (torture ou traitement cruel, exceptionnel ou inhumain) au cours de la phase d'exécution proactive, et, dans l'affirmative, à quelles conditions?

Tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, excluent ces techniques d'enquête et de collecte de renseignements et se réfèrent au caractère absolu de l'article 3 de la CEDH, aux conventions de Genève et à la Convention Internationale contre la Torture. Seul les Etats-Unis n'appliquent pas les standards internationaux et ont élaboré une définition nationale

31 Voir Partie IV.

plus restreinte de la torture dans le MCA, en vertu de laquelle certaines techniques de torture, telle que la torture par l'eau (ou noyade), ont été institutionnalisées.

Habeas data et habeas corpus

Q.11 En cas de crimes graves, votre système juridique permet-il de limiter

- le droit aux données (habeas data), (*protection des données, vie privée*)?
- le droit à l'habeas corpus (*arrestation, détention, déportation, remise extraordinaire, infiltration...*)? (*Inclus également les sous-questions de Q.15*)

Les pays ayant rendu un rapport ont des approches très différentes quant aux questions relatives au droit aux données, telles que le caractère privé, la publicité interne des procédures, la publicité externe des procédures, etc. Les rapports nationaux semblent toutefois indiquer que les définitions classiques de l'*habeas data* et de la protection de la vie privée sont insuffisantes pour contrer le caractère intrusif des enquêtes coercitives actuelles entreprises par la communauté d'exécution de la loi et la communauté du renseignement dans les cas de criminalité grave. Cette situation a fait l'objet, par exemple, de nombreuses discussions en Allemagne et la jurisprudence des juridictions supérieures est riche d'enseignement à ce sujet. En 1983 déjà, la Cour constitutionnelle allemande a reconnu un droit constitutionnel à chaque individu de décider de la communication et de l'utilisation des informations concernant leur vie privée (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Certaines parties de la Loi Westphalie du Rhin-Nord sur les renseignements et sur la sécurité de l'Etat a été déclarée inconstitutionnelle en 2008.³² Celle-ci permettait la surveillance online et les enquêtes online par les services du renseignement de manière préventive et discrétionnaire. Elle a toutefois été jugée inconstitutionnelle en raison de son manque de clarté, du fait qu'elle n'était pas la plus appropriée ni la plus efficace, et du manque de contrôle judiciaire (*Vorbehalt richtlicher Anordnung*). En 2007, la cour constitutionnelle fédérale³³ a annulé une autorisation judiciaire autorisant une recherche online secrète (en vendant un programme informatique à un suspect et en l'installant sur son ordinateur) sur la base d'une simple suspicion qu'un groupe terroriste avait été créé. Cet acte a été fait en l'absence de l'intéressé et sans que lui soient notifiés les remèdes judiciaires disponibles. La cour a considéré ce stratagème comme ayant un caractère plus intrusif que la recherche, exécutée en présence du suspect et contre laquelle il existe certains remèdes légaux. Il découle clairement de la jurisprudence allemande que ces nouvelles techniques d'enquête ne peuvent être utilisées que lorsqu'aucune autre mesure ne semble plus appropriée et quand elles n'entrent pas en conflit avec des aspects fondamentaux de la vie privée (*unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung*). Certains auteurs soutiennent qu'un nouveau droit à la vie privée dans la sphère publique devrait être créé.³⁴

En ce qui concerne l'*habeas corpus*, souvent considéré comme le gardien principal de la liberté, tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, affirment appliquer le droit à l'*habeas corpus* pour toutes les infractions, y compris les crimes graves et les infractions terroristes. Aucune réglementation particulière concernant une éventuelle détention proactive n'a été rapportée, bien que certains pays indiquent utiliser des mécanismes administratifs de limitation de liberté ou d'autres mesures de privation de liberté. Par contre, ce

32 BVerfG, 1 BVR 370/07 du 27.02.2008, Absatz-Nr. (1-333).

33 Bundesgerichtshof, Beschluss du 31.01.2007, StB 18/06.

34 Voir à cet égard le jugement important de la CourEDH, affaire *Rotaru c. Roumanie*, Jugement du 4 mai 2000.

qui a changé, c'est le moment *ab quo* à partir duquel la procédure d'*habeas corpus* peut être déclenchée, autrement dit le délai entre la détention policière et l'examen judiciaire subséquent. Aux Pays-Bas, la détention préventive (14 jours) pour un individu suspecté de terrorisme peut actuellement être ordonnée sur simple base d'une suspicion raisonnable, alors que pour les crimes ordinaires, il faut des motifs sérieux avant de détenir un suspect et la détention peut durer 14 jours. La France a étendu la détention policière régulière (garde à vue) de 24 heures à 6 jours pour les infractions terroristes. En Espagne, le délai limite maximum pour des infractions terroristes est de 5 jours. En Grande-Bretagne, à la suite d'une opposition bruyante contre la proposition gouvernementale d'augmenter ce délai à 90 jours, une dérogation extraordinaire à la CEDH autorise maintenant un délai maximum de 28 jours. La proposition d'augmenter de 28 jours à 42 jours la détention des personnes suspectées de terrorisme mais n'ayant aucune charge retenue contre eux, est à l'origine aujourd'hui d'un vif débat.³⁵ La durée maximale de la détention préventive a également changé. Aux Pays-Bas, par exemple, la durée a été étendue de 110 jours à 2 ans, une période durant laquelle aucune révélation du dossier n'est faite aux avocats de la défense.

En Grande-Bretagne, bien que toutes les mesures de privation de liberté puissent être sujettes à un bref d'*habeas corpus* et qu'aucune disposition ne prévoit d'arrestation secrète ou de remise extraordinaire, une forme de détention sans jugement a été introduite par la loi sur la prévention du terrorisme en 2005. Le Secrétaire d'Etat peut, en effet, imposer des ordres de contrôle quand il/elle a des motifs raisonnables de suspecter l'implication dans des activités terroristes. Les ordonnances de contrôle, incluant les assignations à domicile et d'autres ordres contraignants, sont principalement basées sur des preuves secrètes et sur des auditions rapprochées. Seuls les avocats désignés par le Ministre de la Justice ont accès au dossier. La durée de l'ordonnance de contrôle est de 12 mois, mais elle peut être renouvelée indéfiniment. Certains ordres de contrôle requièrent toutefois une autorisation judiciaire. D'autres cependant ne nécessitent aucune autorisation du pouvoir judiciaire. Les ordres supervisés par le pouvoir judiciaire impliquent généralement du matériel confidentiel et des avocats spécialisés désignés par le Ministre de la Justice. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a critiqué le fait que les ordres puissent émaner d'une autorité exécutive avec un contrôle judiciaire limité, réduisant ainsi significativement les garanties procédurales. Il se souciait du fait qu'il n'existe aucune frontière claire entre un ordre de contrôle devant faire l'objet d'une supervision judiciaire et les ordres discrétionnaires.

Les rapports nationaux, à l'exception de celui des Etats-Unis, ne semblent indiquer l'existence dans leur système de justice pénale d'aucune législation ni pratique de remise extraordinaire, y compris les remises secrètes en lien avec la CIA. Cependant, plusieurs cas de remise extraordinaire ont été dévoilés et des enquêtes ou poursuites ont été ouvertes.³⁶

35 A l'heure où ce rapport est rédigé, la Chambre des Lords a rejeté la proposition gouvernementale.

36 M. Nino, «The Abu Omar Case in Italie and the effects of CIA extraordinary renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities», 2007 *Revue Internationale de Droit Pénal* 78 (1&2), p. 113-141.

Partie IV Transformation des dispositions avant jugement (procédure criminelle de droit commun, procédures spéciales)

Accroissement des pouvoirs d'investigation et des obligations de coopération

Q.12 Votre système juridique a-t-il connu un accroissement

- *des pouvoirs d'investigation et des pouvoirs de contrainte (perquisitions et saisies, interceptions et écoutes téléphoniques, décisions de gel des avoirs, ordres de production de preuves, arrestation et détention, infiltration, etc.) de la part des autorités?*
- *des obligations de coopération de la part des personnes poursuivies? Si oui, de quelle façon? Existe-t-il de nouvelles obligations de coopération prévues dans les dispositions transnationales (par exemple, production d'ordres transnationaux d'information)?*

Sous Q.2 et Q.9 nous avons analysés les effets substantiels que les réformes ont eus en matière de compétences d'enquête et les pouvoirs coercitifs applicables. En ce qui concerne les devoirs de coopération pour les suspects et/ou partie tiers nous avons signalé des changements très significatifs en ce qui concerne:

1. Le droit de garder le silence et ses conséquences. Voir question 4 (*infra*).
2. Les mesures introduites concernant les suspects. Voir question 20 (*infra*).
3. L'utilisation des fournisseurs de service internet, des agences de voyages, des compagnies aériennes et des compagnies de carte de crédit pour stocker des renseignements. Voir question 16 (*infra*).
4. L'utilisation extensive d'ordres de production par les services de renseignement, la police, les autorités administratives et l'utilisation de la surveillance transactionnelle (ordinateurs personnels, fournisseurs de services, et données publiques). Voir question 16 (*infra*).

Changement des pouvoirs d'enquête

Q.13 Un changement des pouvoirs s'est-il produit dans votre pays

- *de la part du pouvoir judiciaire (magistrats instructeurs, juges chargés de la phase préliminaire), vers le pouvoir exécutif compétent en matière d'investigation (police, procureurs, services de renseignements, agences administratives d'exécution, armée)? Si oui, comment et dans quelle mesure?*
- *des autorités de poursuite vers la police, etc.? Si oui, comment et dans quelle mesure?*

Comme indiqué dans les parties I-III, dans la plupart des pays ayant rendu un rapport, un changement de pouvoir s'est opéré de la part du pouvoir judiciaire vers le pouvoir exécutif. Ce changement est d'autant plus important qu'il s'est accompagné d'un développement de nouvelles techniques d'enquête proactive, telles que les surveillances électroniques sous couverture, et la surveillance physique électronique. On peut donc affirmer que les pouvoirs des forces de police deviennent, en règle générale, de plus en plus étendus (ou sont historiquement forts, comme en Finlande) et qu'il existe de fortes tendances au basculement des pouvoirs du judiciaire vers le bureau du procureur. Cependant, certains pays semblent suivre une trajectoire inverse. Ainsi, en Roumanie, en Pologne et en Colombie, la tendance est à plus de contrôle judiciaire, particulièrement quand les mesures coercitives traditionnelles sont concernées. En Colombie, le

nouveau code de procédure pénale (accusatoire) de 2006 a introduit un contrôle judiciaire plus fort de la part du juge de la phase préliminaire.

Les rapports nationaux ne donnent cependant que peu d'informations sur la relation entre la communauté d'exécution de la loi et les agences administratives d'exécution. Le rapport belge contient plusieurs indications indiquant une augmentation des pouvoirs des agences administratives d'exécution et une augmentation du partage d'informations entre toutes les agences d'exécution, particulièrement dans le domaine financier.

Procédure pénale et changement des garanties procédurales et des droits procéduraux

Q.4 A quel(s) stade(s) du procès pénal votre système juridique prévoit-il

- la présomption d'innocence?*
- le droit du suspect/accusé de garder le silence et le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable?*

Le mécanisme déclencheur permettant de définir le suspect et donc d'appliquer les garanties procédurales le concernant, est un point crucial. Il existe, dans les pays ayant rendu un rapport, des différences importantes quant à ce mécanisme déclencheur, certains pays adoptant des critères objectifs, d'autres préférant des critères subjectifs. En Pologne par exemple, les droits du suspect ne commencent qu'au moment de la phase d'accusation, dans la phase terminale de la procédure. La modification des critères pour l'application des mesures coercitives en abaissant les standards à appliquer en matière de suspicion raisonnable ou d'indices sérieux à un critère de simples indices sans réelle substance, a des conséquences importantes pour les garanties procédurales applicables. A quel moment une personne faisant l'objet d'une enquête par la communauté du renseignement/communauté d'exécution de la loi devient elle suspecte et à quel moment peut-elle jouir de ses droits du suspect (et les recours qui sont mis à sa disposition)? Certains pays concernés par cette étude tels que la Finlande, la Roumanie, les Etats Unis, les Pays Bas, l'Italie, L'Allemagne et le Royaume Uni ont adopté ces standards minimums dans leur droit pénal. L'UK Terrorism Act de 2000 prévoit des mécanismes d'arrestation et de fouille de la personne en l'absence de suspicion raisonnable. Les juridictions ont toutefois conclu qu'un tel mécanisme se doit d'être en rapport avec une potentielle menace terroriste. Aux Pays Bas, les techniques spéciales d'enquête peuvent être utilisées dans les cas d'infractions terroristes, sans même considérer l'existence d'une suspicion raisonnable, tout indice étant suffisant. Dans d'autres pays ayant rendu un rapport, un tel mécanisme tombe en-dehors de la législation pénale ordinaire et est d'ordre punitif. En conséquence, l'architecture classique du principe de la séparation du travail et des pouvoirs entre le droit administratif et le droit pénal a disparu. Des mesures coercitives sont utilisées de façon préventive et pas seulement par les autorités judiciaires. Ceci pose trois problèmes. Quel type de garanties procédurales doit être appliqué dans un régime proactif où la communauté du renseignement est active? Quel type de garanties procédurales devrait s'appliquer dans un régime proactif où la communauté d'exécution de la loi et/ou le bureau du procureur est/sont actif(s)? Quelles garanties procédurales doivent s'appliquer en ce qui concerne le partage d'information et l'utilisation des renseignements de la communauté du renseignement et/ou d'informations proactives dans les procédures criminelles?

Nous pouvons illustrer ce problème en considérant particulièrement la question de la présomption d'innocence. Traditionnellement, la présomption commence quand le suspect est inculqué pour la première fois et elle finit une fois que le prévenu a reçu un procès équitable et a été déclaré coupable. Cependant, la majorité des pays ayant rendu un rapport démontrent que les

définitions des notions d'inculpation et de mesures coercitives sont en train de changer. C'est également le cas concernant la définition de la notion de suspect et tout ce qu'elle implique pour la personne. Certains de ces changements ont été considérés comme inconstitutionnels et interprétés comme une violation de la présomption d'innocence. C'est le cas, par exemple, de l'investigation financière proactive en Italie concernant la possession illégale ou la détention de biens, basée sur le principe d'*onus probandi* dont bénéficie la personne. Les rapports nationaux indiquent clairement que les pays qualifient les techniques d'enquête et leur caractère contraignant de manière très différente. Cela a des répercussions concernant la compétence *ratione personae*, mais aussi concernant la nécessité d'une autorisation judiciaire ainsi que sur l'utilisation des informations obtenues comme élément de preuve (voir Q.15.).

La plupart des pays ayant rendu un rapport considèrent le droit du suspect de garder le silence comme une caractéristique importante de leur justice pénale. Les suspects sont informés de leur droit de garder le silence lors de leur arrestation ou, dans certains des pays en question, pendant leur interrogatoire. Néanmoins, dans les cas d'infractions graves, l'information devient l'objectif principal, même si elle provient du suspect ou de son avocat. De même, dans certains de ces pays, le silence du prévenu peut avoir des répercussions négatives et le refus de coopérer et de fournir des informations en rapport avec des actes terroristes est condamnable en soi comme une infraction. A cet égard, la Grande Bretagne est un cas intéressant. Dans le régime procédural anglais, le droit au silence est garanti du fait que tout témoignage émanant d'une personne inculpée ne peut être donné que sur une base volontaire (cf. *infra*). De manière controversée, ce droit est cependant sujet à d'importantes exceptions depuis le CJ&PO Act de 1994 qui permet aux jurés de tirer des conclusions négatives du silence du prévenu lors de l'interrogatoire par la police. Le juge doit néanmoins prudemment orienter le jury sur cette question sous peine d'aller à l'encontre ou d'enfreindre l'article 6 (1) de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Dans certains pays, tels que les Etats-Unis, le droit au silence est même considéré comme une prérogative constitutionnelle, mais la communication doit être une disposition incriminante et indisputable. La révélation de l'identité d'un individu à un membre de la police n'est pas protégée par cette prérogative et peut mener à une condamnation pénale en l'absence de révélation.

Le devoir de coopération d'une tierce personne peut sans aucun doute être utilisé afin de contourner le droit au silence. La Grande Bretagne inflige une lourde responsabilité pénale aux personnes qui détiennent des informations qu'ils savent être ou pouvant être d'une aide matérielle dans la prévention d'actes terroristes ou l'arrestation, la poursuite judiciaire ou la condamnation d'une autre personne impliquée dans la commission, la préparation ou l'investigation d'un acte terroriste, sans les rapporter à la police, et en ne fournissant seulement que les informations requises. Des devoirs d'information sur des personnes travaillant dans le secteur financier sont également compris dans l'Anti-Terrorism, Crime and Security Act en date de 2001.

Certains pays ayant rendu un rapport reconnaissent sans équivoque le droit du suspect de ne pas être contraint de témoigner contre lui ou de s'avouer coupable (*nemo tenetur*), même en dehors du système de justice pénale. C'est le cas notamment des Etats-Unis. D'autres pays, comme les Pays Bas, ne reconnaissent pas le caractère général de ce principe et vont jusqu'à restreindre l'application des normes DHH à cet égard. L'Allemagne, entre autre, reconnaît ce principe mais en limite son application dans le cadre des procédures pénales.

La plupart de ces pays ont limité les privilèges des professions libérales lors des procédures pénales, tels que les privilèges légaux ou journalistiques. En Belgique, un juge d'instruction peut obliger des journalistes à révéler des informations concernant des affaires de prévention du terrorisme. En raison des dispositions communautaires européennes, le privilège légal a été limité

dans des cas de blanchiment d'argent et d'enquêtes sur le financement du terrorisme. Les avocats de la défense ne peuvent pas compter sur le privilège légal lorsqu'ils tiennent le rôle de conseillers financiers-légaux; ils ne peuvent compter sur ce privilège que dans leur rôle d'avocat à la cour.

Spécialisation dans l'administration de la justice pénale

Q.14 Une spécialisation et/ou une centralisation des autorités judiciaires d'investigation ont-elles eu lieu dans votre pays?

Une spécialisation des autorités judiciaires d'enquête a eu lieu dans la majorité des pays ayant rendu un rapport. La plupart des pays disposent en effet d'agences spécialisées dans le domaine de l'enquête policière. Certains pays, comme la Belgique, les Pays-Bas, la Croatie, la Pologne, la Roumanie, l'Italie, le Brésil, l'Allemagne, etc. ont également des bureaux du procureur exerçant principalement des compétences nationales, tels que le bureau de procureur antimafia et antiterrorisme en Italie, le *Bundesstaatanwaltschaft* en Allemagne ou la Direction d'investigation des infractions de criminalité organisée et de terrorisme. En 2005, le gouvernement britannique a créé une agence spécialisée et centralisée (SOCA) chargée de la lutte contre la criminalité grave et organisée. Toutefois, des spécialisations et centralisations ne sont pas nouvelles dans le système de justice pénale anglais. En effet, les enquêtes sur le terrorisme ont toujours été centralisées entre les mains de l'Autorité de police métropolitaine qui, à cet égard, dispose d'une compétence nationale. Le bureau (SFO) de fraude grave est un autre exemple d'agence spécialisée dans l'investigation des infractions graves au sein d'une institution centralisée.

Des pays tels que la Belgique ou l'Espagne ont également des magistrats spécialisés en charge des investigations. L'Espagne, la Croatie et la France ont même une magistrature spécialisée pour les infractions graves, bien que cela reste exceptionnel. Une telle spécialisation est bien sûr une évolution positive, mais signifie aussi, dans certains cas, qu'il existe des règles exceptionnelles. La *Audiencia Nacional* espagnole est un bon exemple de justice pénale spécialisée chargée de la criminalité grave, notamment le terrorisme.

Utilisation du renseignement

Q.8 Votre système permet-il l'utilisation du renseignement (par exemple, renseignement policier, information émanant des services nationaux ou étrangers de renseignement) dans les procédures criminelles, telles que

- *enquête préliminaire en vue de l'ouverture d'une investigation criminelle?*
- *preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et sur les personnes (par exemple perquisition et saisie, arrestation, détention)?*
- *preuve de responsabilité/culpabilité dans les poursuites pénales?*

Le «renseignement» est ici défini comme une information obtenue par les agences du renseignement et/ou obtenue par la communauté du renseignement de manière proactive. Il n'existe aucun accord international encadrant l'utilisation de ce type de renseignement en matière pénale. Les systèmes juridiques pénaux des pays ayant rendu un rapport diffèrent en la matière. Comme nous l'avons vu dans la Partie III, il existe d'importantes différences, non seulement concernant, d'une part, le rôle de la communauté du renseignement au regard de la législation

pénale et, d'autre part, le rôle de la communauté d'exécution de la loi dans le domaine du renseignement. La plupart des pays, comme l'Autriche, l'Italie, l'Espagne et la Finlande, ont préféré utiliser la procédure classique. D'autres pays, comme les Etats-Unis, le Royaume-Uni et les Pays-Bas disposent de procédures spéciales concernant l'utilisation des renseignements en matière pénale.

La majorité des pays ayant rendu un rapport considère les renseignements comme des informations générales pouvant être utilisés de manière ordinaire dans le procès pénal, et non comme des éléments de preuve et encore moins comme seule et unique preuve. Cependant, les procédures pénales étant de plus en plus orientées vers la collecte et les enquêtes préliminaires d'informations, des réformes législatives majeures ont été menées et la jurisprudence a augmenté en la matière. De plus, les renseignements étant principalement classés, il en résulte des procédures pénales *ex parte* dans la phase préliminaire et dans la phase du jugement.

Une distinction doit être faite entre les différents types d'utilisation des renseignements:

- l'utilisation des informations comme éléments directeurs et l'utilisation pour le partage de données;
- utilisation en vue de l'ouverture d'une enquête judiciaire;
- utilisation comme preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et les personnes;
- utilisation comme preuve de responsabilité/culpabilité dans les poursuites pénales.

Tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception de la Turquie, et dans lesquels les renseignements ne sont utilisés que pour répondre à des objectifs de prévention, acceptent l'utilisation des renseignements comme éléments directeurs et comme éléments déclencheurs en vue de l'ouverture d'une enquête judiciaire par la police ou par le procureur. Cela signifie que le renseignement secret peut faire office de point de départ de l'enquête judiciaire. Il en résulte un flux transparent de renseignements entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi. On peut aussi clairement parler d'un transfert d'information entre la communauté d'exécution de la loi et la communauté du renseignement, dans un sens comme dans l'autre. Les rapporteurs nationaux de certains pays indiquent également la mise en place de «banques de données» partagées (telles que le Anti-Terror File en Allemagne, le CT Info box aux Pays-Bas) et des centres spécialisés pour les infractions graves: OCAM en Belgique, le NCT et le FEC aux Pays-Bas ou le Joint Terrorism Analysis Center aux Royaume-Uni. Le centre de coordination anti-terroriste est un centre spécialisé traitant des informations relatives au terrorisme et s'occupant d'analyser la menace et le risque terroriste, quoique dans certains cas, comme en Belgique, il existe également des tâches d'enquêtes (par exemple l'équipe commune d'enquête responsable de la surveillance d'individus et d'organisations spécifiques). Dans la plupart des cas, ces centres ont accès aux données informatiques des services du renseignement, des agences administratives (migration, transport) et des autorités judiciaires.

Les pays ayant rendu un rapport diffèrent largement quant à l'utilisation des renseignements comme preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et les personnes. Dans la plupart des pays, comme en Croatie, cela dépend du type de mesure coercitive. L'information est exclue comme élément déclencheur pour la suspicion raisonnable et pour l'arrestation ou la détention avant jugement. Au Royaume-Uni, l'information peut valoir comme preuve d'une «cause probable» afin de justifier des mesures contraignantes. Dans une récente affaire, les juridictions ont explicitement abordé la question et ont autorisé l'utilisation des renseignements comme preuve d'une cause probable, même lorsque le

renseignement a pu être obtenu sous la torture, bien que cela reste discutable dans le cas où les renseignements obtenus de cette façon l'ont été en connivence avec les autorités britanniques. En Italie, aucune utilisation procédurale des déclarations des informateurs n'est autorisée, même pas comme mécanisme déclencheur afin d'utiliser des mesures coercitives (par exemple, la présence d'indices sérieux autorisant la mise sur écoute). De plus, la Cour Suprême italienne a décidé que la mise sur liste noire de terroristes ou d'organisations terroristes ne pouvait pas être utilisée comme preuve dans la phase avant jugement ou durant le procès pénal.

Les pays ayant rendu un rapport ont des positions complètement antagonistes quant à l'utilisation des renseignements comme preuve de responsabilité / culpabilité dans les poursuites pénales. Très peu de pays excluent explicitement l'utilisation d'informations comme élément de preuve (par exemple, la Croatie). Cependant, leurs régimes légaux sur les règles de preuve (par exemple, en Espagne) ou sur la procédure accusatoire (par exemple, en Italie et en Allemagne) rendent difficile pour les renseignements d'être considérés comme preuve légale dans les matières pénales. En Italie, par exemple, le code de procédure pénale n'exclut pas l'utilisation des renseignements comme preuve devant la cour, mais cette utilisation est soumise à la stricte condition que la source de renseignement (incluant les agents secrets et leurs informateurs) puisse être entendue et contre-interrogée au procès durant les auditions. Une telle condition concernant l'utilisation des renseignements dans un procès de nature accusatoire est relativement unique en Europe. Le code de procédure pénal italien stipule également que les résultats obtenus grâce aux mesures préventives, incluant la mise sur écoute préventive, ne peuvent jamais être inclus dans le dossier avant jugement ou celui du jugement. Ils ne peuvent être utilisés qu'en tant que mécanismes déclencheurs en vue de l'ouverture d'une enquête judiciaire. La révélation d'une telle information est lourdement condamnable par la loi. Bien que le système accusatoire soit appliqué en Allemagne, il est possible d'utiliser des dépositions filmées par caméra vidéo ou fondées sur la foi d'un tiers dans les cas où la sécurité nationale est mise en danger. C'est pourquoi la Oberlandesgericht d'Hambourg a décidé d'utiliser certaines informations fournies par les services secrets des Etats-Unis dans l'affaire terroriste *Motassadeq*, malgré l'absence des agents comme témoins au procès.³⁷ Il est étonnant que les pays qui ont une longue tradition d'utilisation des situations d'urgence ou spéciales, tels que l'Italie ou la Colombie, ont cependant des règles très strictes concernant leur procédure accusatoire, notamment s'agissant de l'utilisation des renseignements dans de telles procédures d'urgence.

A l'autre extrême, on retrouve l'Angleterre, les Etats-Unis et récemment les Pays-Bas. Aux Etats-Unis, la CIPA régule l'utilisation des «informations classées» dans le procès pénal ordinaire. Essentiellement, il est décidé à l'occasion d'une conférence avant-jugement (par caméra) quelle information sera utilisée pendant l'audition, et un ordre protectif (secret) est imposé à la défense, qui a accès à l'information. La CIPA stipule que la procédure sera *ex parte* pour les deux parties quand elles utilisent des informations classées. Cependant, l'intérêt du pouvoir exécutif, en protégeant les informations classées, ne doit pas triompher des droits du défendant de défendre son cas. Si la juridiction de jugement estime l'information classée pertinente et matérielle dans le cas d'espèce, elle doit être autorisée, à moins que le gouvernement ne fournisse une substitution adéquate. Le cas échéant, c'est le gouvernement qui décidera de la dévoiler ou de la taire.

Au Royaume-Uni, la possibilité d'une audition dans la phase préliminaire du procès a été étendue considérablement en vertu de la nouvelle législation antiterroriste. Sous le Terrorism Act

37 OLG Hamburg, decision du 14 Juin 2005, IV-1/04.

de 2006, des auditions préparatoires deviennent obligatoires dans beaucoup d'affaires terroristes. En principe, durant la phase préliminaire du jugement, des témoins peuvent être entendus, y compris des agents du renseignement. Le contre-interrogatoire est toutefois présumé obligatoire. Celui-ci est conduit par des avocats spécialisés chargés de traiter les affaires impliquant du matériel classé secret. Ils sont spécialement désignés pour représenter les intérêts d'une personne, lorsque du matériel est gardé secret aux yeux de cette personne et de ses avocats ordinaires. Quand les agents du renseignement agissent en tant que témoin dans ces auditions préliminaires, leur témoignage et les informations sur lequel ils fondent leur témoignage seront vraisemblablement classés comme étant du matériel (très) sensible. Sous la CPIA, les informations peuvent être classées sensibles ou même très sensibles. Ces informations ne seront pas dévoilées à la défense. Seul le procureur a accès à la preuve ainsi qu'à l'agenda de divulgation. Bien que la règle d'or générale concernant la divulgation, stipulée uniquement dans les législations en vigueur de 1992 et 1996 et dans la jurisprudence, dispose que le procureur doive en principe divulguer toutes les informations à la défense, celui-ci fera une demande d'immunité d'intérêt public quand il voudra utiliser ces informations durant les procédures pénales. Une telle couverture sous le régime d'immunité d'intérêt public est une décision qui doit être prise par une juridiction, et non pas par un agent du renseignement. Quand la demande a été faite dans l'intérêt de l'enquête pénale ou des poursuites pénales, elle n'est admissible que si la juridiction estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de la prendre en considération. Pour ce faire, le juge examinera la pertinence de la preuve, la crédibilité du témoin ainsi que sa valeur probatoire.

La législation néerlandaise a adopté un nouveau projet de loi sur l'utilisation des renseignements dans les procédures pénales, les incluant comme élément de preuve dans les procès pénaux. Une procédure distincte *ex parte* est introduite pour l'interrogation des agents secrets considérés comme témoins anonymes protégés. De même que pour les témoins menacés, le témoin protégé ne doit plus apparaître durant l'audition. La décision est prise par le magistrat d'instruction à la requête du département des poursuites publiques, du témoin, du juge du principal ou *ex officio*. Le magistrat d'instruction doit être avisé de l'identité du témoin. Il organise l'interrogatoire *ex parte*. Les juges du principal ne reçoivent que le transcrit du témoignage de l'agent du renseignement et seulement après avoir reçu son consentement. Les rapports établis par des services du renseignement néerlandais et étrangers peuvent alors servir de preuve légale dans les procédures pénales, et non plus seulement comme des documents ne pouvant servir de preuves qu'en rapport avec le contenu d'autres preuves.

D'autres pays, comme la Belgique, ont élaboré une nouvelle solution intéressante à mi-chemin entre les autres. La procédure pénale belge (voir *supra*) a augmenté ses enquêtes basées sur la collecte de renseignements et sur la coopération entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi. La procédure pénale belge crée un double dossier, c'est-à-dire, d'une part, un dossier classé avec le *modus operandi* (le mandat, l'identité, etc.) des méthodes proactives et/ou spéciales d'enquête (comme l'observation ou l'infiltration) et, d'autre part, un dossier non classé contenant la substance et les résultats des méthodes proactives et/ou spéciales d'enquête. Il est intéressant de noter qu'il existe un contrôle judiciaire complet du dossier classé par la chambre de l'instruction préliminaire. L'audition devant la chambre de l'instruction préliminaire est *ex parte*, mais la chambre peut entendre le bureau du procureur, le magistrat en charge de l'investigation, les officiers de police impliqués, les agents du renseignement, et l'avocat de la défense. Chaque partie est entendue séparément. La chambre de l'instruction préliminaire décide de la légalité de la procédure préliminaire, y compris du rassemblement des preuves. Les juges du principal n'ont pas accès à ce dossier, étant donné que

le dossier classé leur est tenu secret. Ils ne décident pas des éléments qui doivent être divulgués aux parties. Le deuxième dossier (procès-verbal) est une partie des procédures accusatoires du procès. Par conséquent, le contenu du dossier peut également être utilisé comme élément de preuve, mais jamais comme élément décisif ou exclusif. En effet, la Cour constitutionnelle a exclu les renseignements comme éléments de preuve per se, mais ils peuvent constituer des éléments additionnels (dans ce cas, des témoignages anonymes) afin de corroborer les autres éléments de preuve.

Changement dans les règles de base de la procédure pénale: mesures coercitives, preuve et divulgation

Q.15 Les règles de votre système juridique ont-elles changé en ce qui concerne:

- les conditions d’approbation des mesures de contrainte (mandat) de la part des autorités judiciaires?*
- la compilation du dossier d’investigation ou la révélation de la preuve en vue de la conserver ex parte, et par conséquent non accessible à la défense?*
- la preuve destinée à inclure l’accusé comme source de preuve?*
- les conditions de l’arrestation et de la détention? Votre système juridique dispose-t-il de possibilités d’arrestation et de détention secrètes, de déportation, et de reddition extraordinaire sans habeas corpus? Voir question 11.*

La plupart des pays ayant rendu un rapport semble adhérer aux conditions d’approbation des mesures de contrainte, c’est-à-dire au mandat judiciaire préalable et au principe de suspicion raisonnable. La plupart des pays s’arrange également pour qu’il y ait des obligations de notification a priori et a posteriori. Cependant, de nombreux rapports ont signalé certains problèmes survenant en raison de ce devoir de notification et de la recherche de garanties procédurales. C’est notamment le cas concernant les nombreuses techniques de surveillance digitale. En effet, certains pays considèrent de nombreux cas de surveillance digitale comme équivalant à une recherche; d’autres, cependant, peuvent être utilisées sans qu’aucun mandat ne soit délivré, lorsqu’il s’agit de confirmer des indications ou d’utiliser des appareils d’écoute. L’augmentation des enquêtes proactives ainsi que le chevauchement entre la communauté du renseignement et la communauté d’exécution de la loi ébranlent davantage les conditions d’approbation des mesures de contrainte (mandat judiciaire). Au Royaume-Uni, le Regulation of Investigatory Powers Act 2000 stipule que l’interception de communications et des données de facturation requièrent l’émission d’un mandat judiciaire par le secrétaire d’état. De même, dans certains pays, ce sont les juridictions supérieures qui conditionnent l’exercice de techniques spéciales d’enquête à l’obtention de mandats judiciaires. C’est le cas, par exemple, du Conseil Constitutionnel français, qui insiste sur le fait que les restrictions aux libertés publiques doivent être non-discriminatoires, proportionnées et nécessaires pour découvrir la vérité. En Belgique, en 1994, la Cour d’Arbitrage (aujourd’hui appelée Cour constitutionnelle) a jugé inconstitutionnelles plusieurs parties de la réforme sur les techniques spéciales proactives d’enquête. En 2005, une nouvelle loi sur l’exécution proactive a été adoptée, bien qu’en 2007, certaines parties de celle-ci aient été, encore une fois, déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle. Celle-ci visait alors des éléments essentiels de l’état de droit. L’argument de la cour était que les méthodes d’enquête susceptibles d’interférer avec les droits de l’homme requièrent un contrôle judiciaire effectif. L’absence d’un tel contrôle sur les méthodes d’enquête permettant au bureau du procureur et aux autorités judiciaires de collecter les preuves

accusatrices affecte la notion du procès et de la justice équitable. Par conséquent, l'observation et l'utilisation d'appareils d'écoute dans des domiciles privés ne peuvent être effectuées sans autorisation judiciaire, ces techniques pouvant être comparées aux recherches, à la mise sur écoute ainsi qu'à l'enregistrement de communications d'ordre privé. La Cour n'a pas accepté le contournement des garanties judiciaires via l'enquête préliminaire ou proactive, tout du moins lorsqu'elles interfèrent avec les droits de l'homme concernant le respect de la vie privée. L'accès aux comptes bancaires et les ordres de gel ne peuvent pas être comparés à la recherche dans un domicile privé, ce qui explique pourquoi elles peuvent être exécutées par le bureau du procureur sans mandat judiciaire. Dans le cas d'un examen judiciaire a priori ou a posteriori au moyen d'un mandat judiciaire, il existe, dans certains pays ayant rendu un rapport, par exemple aux États-Unis, un vif débat concernant les standards d'examen par les juridictions. Dans certains pays, comme en Angleterre, le système d'autorisation judiciaire qui permet l'utilisation de mesures coercitives n'a pas changé récemment, bien que les conditions de détention des personnes suspectées d'infraction terroristes (n.b.: cette définition est très large, et ne couvre pas seulement les «terroristes»; l'inclusion d'infractions substantielles relatives à la divulgation d'informations étend largement le champ d'application de la définition) ont changé dramatiquement en raison du fait que de nouvelles mesures et procédures pénales hors du système de justice pénale ont été développées (par exemple, les ordres de contrôle et les récupérations de biens).

Dans beaucoup de pays ayant rendu un rapport, les règles de divulgation de la preuve n'ont pas tellement changé. Dans certains pays, par exemple en Angleterre, elles sont contournées par des procédures alternatives relatives à l'interdiction de certaines organisations (et, par conséquent, l'infraction pénale d'association à une telle organisation) ou aux Special Immigration Appeals comprenant des informations classées ne pouvant pas être dévoilées (bien que ces informations soient révélées en totalité aux avocats spécialisés agissant au nom de l'«accusé»). Dans les procédures pénales, la divulgation complète au début du procès devrait être la règle et est d'ailleurs la règle dans beaucoup de pays ayant rendu un rapport. Cependant, dans certains de ces pays, la divulgation est limitée dans le cas d'infractions terroristes, et certaines informations et certaines preuves sont rendues inaccessibles aux avocats de la défense dans les procédures *ex parte* (comme aux Pays-Bas avec les témoins anonymes). Des restrictions à la divulgation totale sont possibles sur base de motifs divers (principalement la protection de la vie des témoins, mais aussi dans l'intérêt d'une enquête en cours ou dans l'intérêt de la sécurité nationale). De nombreuses questions persistent néanmoins: qui décide de la compilation du dossier; quelle sorte de contrôle est mise en place; quelles options sont ouvertes à la défense pour leur permettre d'ajouter des éléments au dossier ou pour tester les preuves; quelles limites, sur quels motifs et jusqu'à quand?

Certains pays ayant rendu un rapport soulignent la difficulté pour les avocats de la défense d'avoir accès au dossier. Le rapporteur turc a indiqué l'existence de réels problèmes d'accès au dossier, principalement quand celui-ci est entre les mains de la police. A ce stade, l'accès est impossible sans autorisation du bureau du procureur. Aux Pays-Bas, c'est la même chose quand les périodes spéciales de détention avant jugement de deux ans sont appliquées pour les infractions graves.

Concernant les *règles de preuve*, les réformes sur les procédures accusatoires ont de toute évidence renforcé les règles de preuve. Cependant, beaucoup de rapports indiquent non seulement que les procédures pénales semi-inquisitoires, mais également les procédures accusatoires, connaissent de nombreuses exceptions aux règles de preuve orale ainsi qu'à l'immédiateté et l'interdiction de la preuve par ouï-dire ou des preuves *de auditu*. En Angleterre, les règles de preuve par ouï-dire qui sont utilisées pour exclure des déclarations nonsubstantielles

dans les procédures pénales sont adoucies par le Criminal Justice Act 2003. Celui-ci stipule que certaines règles sont respectées et que certaines déclarations sont admissibles particulièrement si elles ont été faites par quelqu'un en-dehors du Royaume-Uni. Les juridictions doivent décider s'il est dans l'intérêt de la justice d'admettre ou de rejeter des arrangements à l'amiable ou des preuves documentaires. Les règles en matière de preuve sont cependant relativement sévères. Les informations provenant, en particulier, des services secrets étrangers sont par conséquent susceptibles d'être sujettes à un contrôle approfondi. Certains pays ayant rendu un rapport excluent certaines preuves obtenues de manière proactive. La Croatie, grâce à sa jurisprudence, excluait comme élément de preuve les conversations entre les défendeurs et les agents sous couverture. Cependant, depuis 2005, le législateur autorise l'utilisation de ces conversations comme preuve pour les infractions de crime organisé et de corruption. L'Italie exclut comme preuve devant les juridictions pénales tous les renseignements provenant de mesures proactives ou préventives. La Cour constitutionnelle belge a interdit l'utilisation des renseignements (dans ce cas, des déclarations ou témoignages anonymes) comme élément de preuve, bien qu'ils puissent servir pour corroborer d'autres éléments de preuves.

Ordres de production

Q.16 Des ordres de production spécifiques (subpoena ou non) ont-ils été introduits dans votre pays pour stocker de l'information à la disposition des fournisseurs de services (fournisseurs internet, agences de voyage, compagnies aériennes, compagnies de cartes de crédit)?

Dans beaucoup (mais pas la totalité) de pays ayant rendu un rapport, les pouvoirs de requérir des renseignements à la disposition des compagnies publiques et privées durant une enquête préliminaire ont été élargis, tant qu'ils concernent la préparation de l'enquête pénale sur des infractions terroristes. Il est évident que font désormais parmi des enquêtes pénales, la collecte de renseignements «en temps-réel» (communication), de renseignements sur des transactions (cartes de crédit) ou des informations sensibles (race, religion), combinée avec des obligations de conservation des données et une obligation de décryptage. Toute cette collecte de renseignements peut être entreprise dans la phase préparatoire des investigations criminelles sur le terrorisme. Cependant, il ne ressort pas clairement des rapports nationaux qu'il existe une plus grande obligation de coopération de la part des personnes investiguées. En général, les critères pour exiger la production de documents et la divulgation d'informations, particulièrement s'agissant de suspects, n'ont pas été rabaissés. On constate toutefois que les tierces personnes ou organisations sont devenues l'objet de nouvelles obligations de coopération. Les rapports nationaux ne disent rien sur les ordres transnationaux de production, tels que, par exemple, dans l'affaire *Swift*.

Contrôle judiciaire de la preuve avant jugement

Q.17 La preuve avant jugement, recueillie par les autorités policières ou judiciaires, est-elle soumise au contrôle judiciaire (admissibilité de la preuve avant jugement) dans votre pays? Existe-t-il des mesures spéciales en matière de crimes graves?

La plupart des pays ayant rendu un rapport disposent de mécanismes procéduraux ou de juridictions spéciales avant jugement grâce auxquelles un contrôle des preuves (divulgation) entre

les parties ainsi qu'un contrôle juridique de la régularité et de la légalité de la preuve obtenue est exercé. Ces mécanismes de filtres n'ont pas tellement changé s'agissant d'infractions graves telles que le terrorisme. Cependant, les preuves illégales ne signifient pas automatiquement qu'elles seront exclues, étant donné qu'une balance doit toujours être faite entre les intérêts en jeu. En effet, dans les cas d'infractions graves, les questions de sécurité ou d'intérêt public ont un certain poids. Dans la plupart des pays ayant rendu un rapport, les preuves illégales ne seront exclues que si elles s'avèrent être une incursion sérieuse dans les droits de l'accusé.³⁸

Les preuves obtenues à l'étranger

Q.18 Votre pays autorise-t-il l'usage de la preuve obtenue à l'étranger (usage extraterritorial de la preuve)? Si oui, sous quelles conditions?

Les pays ayant rendu un rapport n'ont donné aucune information quant à l'existence de législations spécifiques à ce sujet. La plupart des pays utilisent la règle *lex loci*, selon laquelle la légalité du rassemblement de preuves est régulée par la loi du pays où la preuve a été obtenue. Bien sûr, des problèmes peuvent survenir en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve étrangère (par exemple, le principe de reconnaissance mutuelle, la règle locus, ou le principe d'immédiateté). Une complication supplémentaire est celle concernant le rassemblement et l'utilisation des renseignements étrangers.³⁹ La recherche d'un remède légal dans les affaires de coopération transnationale s'avère être parfois difficile, particulièrement concernant les étrangers, tels que dans le cas des Etats-Unis. Tous les rapports sont silencieux quant aux possibilités pour la défense de rassembler des renseignements étrangers *in bonam partem*.

Mesures coercitives et procès équitable

Q.19 Des mesures de contrainte ont-elles été introduites de telle sorte qu'elles puissent définitivement faire obstacle aux règles du procès équitable?

Les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, répondent clairement négativement à cette question. Cependant, la jurisprudence révèle des situations problématiques intéressantes à cet égard. L'augmentation des techniques d'enquête spéciale et proactive empêche de connaître l'identité des enquêteurs, de leur modus operandi et, dans certains pays, des renseignements obtenus et des preuves secrètes, dans la phase préliminaire au jugement et durant le jugement. Il est évident que ces procédures par caméra et/ou *ex parte* et diverses autres mesures protectives limitent les droits de la défense et mettent en danger le principe du procès équitable. Plusieurs pays ont recherché des arrangements procéduraux spéciaux pour combiner les notions de procès équitable et la protection d'intérêts spécifiques (protection des témoins, sécurité publique, protection de l'intérêt public, etc.). Certains l'ont fait à la suite des décisions des juridictions supérieures ou des tribunaux supranationaux en matière de droits de l'homme, à la lumière des affaires *Doorson*, *van Mechelen*, *Kostowski* rendues par la Cour européenne des droits de l'homme concernant les témoins anonymes. Certains des pays ayant rendu un rapport ont mis en place certains arrangements concernant la phase avant jugement afin de protéger l'identité des témoins en question. Toutefois, beaucoup de pays utilisent la phase préliminaire

³⁸ Voir à cet égard CourEDH, affaire *Bykov c. Russie*, Jugement du 10 mars 2009.

³⁹ Ce fut le cas aux Etats-Unis (affectant le principe du procès équitable – Salah).

au procès pénal ou les juges d'instruction comme filtres ou comme bras-long pour protéger certaines informations. Les solutions apportées varient largement entre les pays et certaines d'entre elles sont certainement à la limite de se conformer aux standards en matière de droits de l'homme. La question demeure donc de savoir si ces solutions, qui limitent substantiellement les droits de la défense, offrent suffisamment de compensations durant le jugement afin d'assurer le procès équitable, fondée sur l'égalité des armes. En 1990, la CourEDH⁴⁰ a reproché à la France d'avoir violé l'article 6 en rendant impossible l'interrogatoire d'agents infiltrés durant la phase avant jugement ou pendant la procédure principale. La législation française a dès lors été amendée et il est devenu possible sous la loi française d'interroger des agents infiltrés, mais sans révéler leur identité. Sous la loi belge, le juge du principal peut demander au juge d'instruction d'enquêter et d'interroger les témoins anonymes et de faire un rapport. Le Président de la cour peut être présent pendant l'interrogatoire.

En Allemagne, des exceptions à la règle d'or du caractère oral et accusatoire des procédures pénales ont été autorisées afin de protéger les agents sous couverture, les informateurs et les collaborateurs, ainsi que dans le cas où l'interrogatoire risque de mettre en péril les hauts intérêts de l'Etat. Le code de procédure autorise un interrogatoire spécial par un juge, par caméra, mais non *ex parte*. Cette procédure n'est toutefois pas tellement utilisée. En pratique, la police ou le Ministère de l'Intérieur soumet une déclaration (*Sperrerklärung*) selon laquelle, pour protéger le témoin, l'interrogatoire est opéré par caméra. Les résultats seront utilisés comme preuves *de auditu* durant le procès.

La procédure pénale belge prévoit un double-dossier, c'est-à-dire, d'une part, un dossier classé avec le *modus operandi* (le mandat, l'identité, etc.) pour les méthodes d'enquêtes proactives et/ou spéciales (comme l'observation et l'infiltration) et, d'autre part, un dossier non-classé avec la substance et les résultats des méthodes d'enquête proactive et/ou spéciale. Il existe un contrôle judiciaire complet par la chambre de l'instruction préliminaire du dossier classé. Les juges du principal n'ont pas accès à ce dossier. Ils ne décident pas des éléments qui doivent être divulgués aux parties. Le deuxième dossier (procès-verbal) contient une partie de la procédure accusatoire du jugement. Par conséquent, le contenu peut également être utilisé comme preuve, mais jamais comme élément décisif ou exclusif.

Il existe en France, comme en Belgique, un double dossier. Cependant, le code de procédure pénale donne à l'avocat de la défense le droit d'interroger à distance les témoins, en utilisant un mécanisme qui change la voix du témoin. Le témoin peut aussi être interrogé par le juge d'instruction ou par le juge du principal, en utilisant le même mécanisme (un témoin sans visage et à la voix déformée).

Aux Pays-Bas, seul l'avocat de la défense a la possibilité d'interroger indirectement les témoins anonymes à travers les magistrats d'instruction, et les juges du principal ne reçoivent que le transcrit du témoignage de l'officier de renseignement. Ils peuvent également faire appel au magistrat d'instruction comme 'témoin'.

En Italie, généralement, les témoins anonymes ne sont pas autorisés en raison du caractère accusatoire et oral des procédures pénales, ainsi que de la nécessité d'un contre-interrogatoire durant le procès. Le code de procédure pénale interdit les déclarations *de auditu*. Des exceptions sont toutefois prévues pour protéger les témoins lorsqu'ils sont sérieusement menacés. Ils font donc partie de l'interrogatoire accusatoire, mais ne doivent pas révéler leur identité.

40 CourEDH, 19 décembre 1990, *Delta c. France*, A191-A, Rn. 37.

Protection des témoins

Q.20 Des mesures spéciales ont-elles été introduites dans votre pays pour la protection des témoins anonymes, des victimes, des juges, etc.?

Les rapports nationaux indiquent une réelle tendance à protéger le fonctionnement du système de justice pénale en lui-même. La protection des témoins et des victimes devient fonctionnelle pour la sécurité du système. Les motifs pour les mesures protectrices sont variés: protection de la sécurité des témoins; protection des moyens d'enquêtes (criminelle); protection de la sécurité nationale. Le motif de sécurité nationale a été récemment introduit aux Pays-Bas. Plusieurs pays ayant rendu un rapport ont introduit, durant la dernière décennie, des mesures spéciales pour protéger les témoins, notamment le statut de témoins anonymes. C'est le cas, par exemple, de la législation belge de 2002, reconnaissant, partiellement ou totalement, la protection des témoins anonymes par le juge d'instruction dans les cas d'infractions graves et de menace sérieuse pour les témoins. Ces témoins incluent les officiers de police qui ont infiltré des organisations criminelles. Aux Pays-Bas, ils incluent même les officiers du renseignement. Grâce à la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, dans les pays européens, les preuves qui ont été récoltées ne peuvent jamais être utilisées comme seul élément de preuve. Dans certains pays, comme en Italie, ces preuves ne peuvent être utilisées que comme preuves corroboratives.

Les pays ayant rendu un rapport n'ont rapporté aucune protection spéciale pour les juges, à l'exception de la Colombie sous l'ancien code de procédure pénale.

J'aimerais inclure ici le problème des témoins royaux ou des témoins judiciaires. Plusieurs pays ayant remis un rapport, tels que les Pays-Bas et la France, ont introduit des formes de coopération particulière avec certains suspects (pentiti, repentis, kroongetuige, Kronzuges, supergrass) tels que les témoins royaux, les témoins judiciaires ou les collaborateurs de justice. D'autres pays, comme l'Italie, ont une longue tradition à cet égard, bien qu'ils aient introduit, dans la dernière décennie, certaines conditions plus strictes (pour moins de crime et dorénavant sans la possibilité de se soustraire totalement à la condamnation). Dans certains pays, comme aux Pays-Bas, le *pentiti* ne peut obtenir qu'une réduction de peine. L'Allemagne a commencé à utiliser le *pentiti* après 1982, mais cette pratique s'est éteinte en 1999 et n'a pas été renouvelée en raison de son inutilité pratique. Quant à savoir quelle autorité est la plus appropriée pour autoriser ces formes spéciales de coopération avec la justice, les pays ayant rendu un rapport offrent des solutions très contrastées. En France, cela doit être fait par un juge du principal, alors qu'en Belgique et aux Pays-Bas par un juge d'instruction, et en Allemagne et en Italie, une décision du bureau du procureur est suffisante.

Partie V Phase de jugement (procédure criminelle, procédures spéciales)

Q.21 En matière de crimes graves, votre système juridique prévoit-il des règles spéciales concernant

- la compétence? Si oui, quelle est la compétence ratione materiae?*
- le déroulement du procès, y compris les dispositions relatives aux tribunaux spéciaux?*
- la protection des témoins anonymes, des victimes, des juges, etc.?*
- la preuve (evidence and proof) lors du procès. La preuve anonyme/protégée ou secrète peut-elle être utilisée dans les procédures ex parte? Y a-t-il une exception d'intérêt*

public à la révélation de la preuve et au contre-interrogatoire? La preuve en faveur du suspect peut-elle être écartée dans des circonstances spéciales?

- *l'évolution de la preuve?*

Juste une remarque à propos des interrogatoires classiques et de l'évaluation de la preuve durant la phase du jugement: aucun pays ayant rendu un rapport n'a indiqué de changements substantiels à ce propos, à l'exception des Etats-Unis. L'affaire *Moussaoui* indique clairement à quel point il peut être difficile pour les juges de combiner le principe du procès équitable avec les informations classées, les résumés édités et l'exclusion du contre-interrogatoire. Dans une affaire, un juge d'un tribunal d'instance a choisi de rejeter une partie des inculpations en lien avec le 9/11 car, selon lui, il ne peut y avoir aucun procès équitable dans ces circonstances. Sa requête a toutefois été déboutée en appel.

Les rapports nationaux ne donnent aucune indication quant à d'éventuels changements fondamentaux dans l'évaluation des preuves par les juridictions.

Q.22 En matière de crimes graves, votre système juridique assure-t-il complètement

- *le droit du suspect/accusé/détenu à un tribunal indépendant et impartial?*
- *la présomption d'innocence lors du procès ou prévoit-il des dispositions spéciales (présomption de responsabilité ou de culpabilité, renversement du fardeau de la preuve)?*
- *le droit d'être jugé sans retard injustifié et le droit d'avoir la légalité de sa détention déterminée dès que possible (habeas corpus)?*
- *la maxime in dubio pro reo?*
- *les droits procéduraux des parties (égalité des armes, procès équitable)?*
 - *le droit à la publicité des débats avec présence du public?*
 - *le droit à des débats oraux, d'être entendu loyalement et contradictoirement?*
 - *le droit d'assister à son procès?*
 - *le droit à son conseil d'avoir accès à toutes les pièces du dossier?*
 - *le droit d'être informé sans délai des charges dont il est accusé?*
 - *le droit à la révélation complète de l'état de la procédure et à un temps approprié pour préparer sa défense?*
 - *le droit à la publicité interne (entre les parties concernées) et externe des actes de procédure?*
 - *le droit d'examiner les témoignages à charge et d'obtenir la présence et l'interrogatoire du témoin à décharge dans les mêmes conditions que le témoin à charge, des mesures spéciales concernant les témoins anonymes ou protégés (agents sous couverture, agents des services de renseignement)?*
 - *le droit d'avoir l'assistance gratuite d'un interprète?*
 - *le droit de ne pas témoigner contre lui-même?*
 - *le droit à un conseil (commis d'office ou non), aux changements de privilèges légaux. Libre choix ou imposés ou désignés par l'Etat?*
 - *le droit de garder le silence (existe-t-il des limites à l'obligation d'informer l'accusé de ce droit? Existe-t-il des limites au droit de garder le silence)?*
 - *est-il permis de tirer des conclusions préjudiciables du fait que l'accusé refuse de témoigner? Voir Q.4.*

Beaucoup d'aspects de cette question ont déjà été mentionnés auparavant. Il n'est pas inutile cependant de rappeler un aspect particulièrement marquant, c'est-à-dire celui du renversement de la charge de la preuve pour certaines procédures, telles que la procédure de confiscation, mais aussi, comme en Hongrie, pour la participation à des organisations criminelles. La présomption légale d'innocence est clairement augmentée, mais est compensée par un renversement de la charge de la preuve.

Beaucoup de rapports nationaux indiquent l'existence d'exceptions à la notion d'audition publique.⁴¹ Les procédures avec caméra pour protéger les témoins, la sécurité nationale, l'intérêt public etc. ont été augmentées. Dans certains de ces pays, nous avons vu une augmentation des procédures *ex parte* ou des procédures avec caméra où seul sont présents des avocats de la défense présélectionnés.

Partie VI Dispositions après jugement (procédures criminelles et spéciales)

Q.23 En matière de terrorisme et de crimes graves, votre système a-t-il modifié

- *le droit d'une haute cour de réviser la sentence (appel, cassation, révision constitutionnelle)?*
- *la prohibition de la double poursuite, soit après un acquittement ou après une reconnaissance de culpabilité et une sanction?*

Les rapports nationaux n'ont indiqué l'existence d'aucune procédure spéciale de révision de la sentence ni de la prohibition de la double poursuite pour les infractions graves. Cependant, on constate une exception aux Etats-Unis, où un droit d'appel est limité dans le cas des décisions des commissions militaires spéciales, non seulement dans la portée (s'agissant de tester la cohérence des standards et des procédures) mais aussi dans la mise en œuvre (seulement pour les causes capitales ou quand un étranger est condamné à une peine dépassant les 10 ans d'emprisonnement).

Liste des abréviations

CC	Code de droit pénal ou législation pénale
CPP	Code de procédure pénale
CIPA US	Classified Information Procedures Act
CPIA	Criminal Procedure and Investigations Act
CT INFO BOX	Banque de données néerlandaise sur le contre-terrorisme
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'homme
CourEDH	Cour Européenne des Droits de l'homme
UE	Union Européenne
FEC	Dutch Financial Expertise Centre
FISA	US Foreign Intelligence Surveillance Act
DH	Droits de l'homme
IACHR	Inter-American Convention on Human Rights
IC	Communauté du renseignement (agences du renseignement et unité de police du renseignement)

41 En ce qui concerne les video-conférences, voir CourEDH, affaire *Marcello Viola c. Italie*, Jugement du 5 Octobre 2006.

PIRDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
CEL	Communauté d'exécution de la loi (police judiciaire, procureur public, juridictions)
MCA	Military Commission Act (US)
NCT	Dutch Counter-terrorism Coordination Centre
OCAM	Organe de coordination pour l'analyse de la menace
PACE	UK Police and Criminal Evidence Act
SOCA	UK Serious Organised Crime Agency
ONU CCT	Comité contre le terrorisme des Nations-Unies