



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING
NETHERLANDS COMPARATIVE LAW ASSOCIATION

Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé*

Jean Pradel

Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.

Si le concept de crime organisé est ancien, l'expression est récente. De longue date et depuis le Moyen-Age, des bandes de malfaiteurs parcouraient les campagnes çà et là et c'est pourquoi des législateurs avaient créé un délit original, celui d'association de malfaiteurs réprimant le simple fait d'être membre d'un groupe tendant à commettre des infractions, même si aucune exécution n'avait eu lieu. Par exemple, le Code pénal français de 1810 incriminait déjà ce comportement (art. 265) et le Code italien dit Zanardelli, de 1889, la reprendra en son article 248, puis le second Code italien, de 1930, dit Rocco fera de même (*associazione per deliquere*). Le Code pénal roumain de 1865 avait également repris cette incrimination.

Cependant il est bien évident que des formes graves de criminalité ne se développent vraiment que depuis quelques décennies. Il s'agit pour l'essentiel du terrorisme, du trafic de drogue et du blanchiment, du trafic d'enfants, de la traite, de la corruption ... toutes infractions commises à plusieurs avec une hiérarchie au sein du groupe et souvent à caractère international, génératrices de profits considérables et ébranlant nos sociétés. Les criminologues ont analysé le phénomène apparu après le second conflit mondial et ils l'ont appelé 'criminalité organisée'. Un auteur québécois, Maurice Casson, y a vu une 'notion surchargée' tant sont nombreux les traits caractérisant le nouveau concept criminologique.

Bientôt le phénomène et son analyse par les criminologues allait être suivi de réactions des pouvoirs publics. Ces réactions devaient se traduire par la constitution ici et là de commissions officielles, souvent parlementaires, et par l'édiction de lois particulières en droit

* Session VA1. Rapports nationaux reçus des: Allemagne, J. Kinzig; Belgique, P. Traest; Espagne, M. A. Boldova Pasamar; France, J. Y. Chevallier; Grèce, I. Chamilothis; Italie, G. Licci; Israël, S. Eldar; Japon, T. Imai; Roumanie, F. Streteanu; Suisse, I. Augsburg-Bucheli & B. Perrin. Que leurs auteurs en soient chaudement remerciés.

de fond et en procédure. Ces travaux nombreux utilisent l'expression de criminalité organisée ou de délinquance organisée et s'efforcent d'en bâtir un statut. On va s'efforcer de le montrer, en ne considérant toutefois que le droit pénal de fond.

En Italie, la notion et l'expression de criminalité organisée font leur entrée à partir des années 1970, en référence aux faits de séquestration de personnes, de diffusion de drogues et d'actions terroristes. En Israël, en 1978, une commission est créée, avec mission d'analyser la criminalité organisée et elle est placée sous la présidence de l'Attorney general d'Israël. En Suisse, à partir de 1985, le crime organisé est devenu un thème de politique criminelle: la police est réorganisée, un nouveau partage des compétences est opéré entre la Confédération et les cantons et deux lois sont adoptées, l'une en 1990 sur le blanchiment d'argent et l'autre en 1994 sur le délit d'organisation criminelle, sans oublier une réforme de la peine de confiscation. En Belgique, une commission d'enquête sur le banditisme est créée en 1988 par la Chambre des représentants. Peu après deux commissions d'enquête sénatoriales déposent un rapport, la première en décembre 1997 et la seconde en décembre 1998. Le Parlement belge adopte une grande loi le 10 janvier 1999 sur les organisations criminelles, modifiée d'ailleurs par une autre en date du 12 septembre 2005. En droit grec, c'est la loi 1916 de 1990 qui pour la première fois parle du crime organisé, son intitulé étant exactement "protection de la société contre le crime organisé." La loi espagnole du 13 janvier 1999, qui s'intègre dans l'article 282 bis du Code de procédure pénale (*Ley de enjuiciamiento criminal*) parle expressément des infractions de délinquance organisée pour leur conférer un statut procédural original. La législation roumaine se fait aussi l'écho de l'idée de criminalité organisée et par exemple une loi de 1996 a institué une nouvelle forme aggravée de l'infraction de trafic de stupéfiants applicable lorsque que les faits ont été 'commis de façon organisée'. Et peu après, une loi importante du 21 janvier 2003 a été prise concernant la prévention et la répression de la criminalité organisée. Au Japon, à la suite des actions des Boryokudou, groupes adonnés à la violence, plusieurs lois ont été prises à partir de 1991. La France, par une loi du 9 mars 2004 s'est doté de structures de lutte contre la criminalité organisée, avec des dispositions de fond et de procédure. On pourrait multiplier les exemples.

Si la conscience législative du phénomène de la criminalité organisée est donc manifeste, un grave problème se pose non seulement en procédure, mais aussi en droit de fond. En clair, le danger que fait courir les malfaiteurs à la sécurité – l'exposé des motifs de la loi espagnole de 1999 précitée voit dans ce phénomène un grave danger "tant par son importance que par le *modus operandi* des auteurs" – autorise-t-il à incriminer les premières manifestations de la criminalité, en amont du commencement d'exécution qui en droit commun est nécessaire pour la répression, les actes préparatoires échappant à la répression? Si l'on raisonne par analogie avec le droit pénal européen du terrorisme, la CEDH, à propos de l'article 5 §1 a Conv. EDH admet que "les raisons plausibles" de soupçon de commission d'une infraction

peuvent être moindres en cas d'infraction terroriste qu'en cas d'infraction ordinaire. Mais peut-on raisonner pareillement en droit de fond et considérer en conséquence que de simples actes préparatoires, voire une résolution affirmée sont susceptibles d'incrimination quant les faits peuvent être considérés comme faisant partie de la famille des infraction de criminalité organisée? La question se pose aussi pour les sanctions: s'il est raisonnable de prévoir des peines particulièrement fortes pour les infractions de criminalité organisée, plus fortes que pour les comportements ordinaires, jusqu'où peut-on aller? Peut-on par exemple prévoir, sinon la peine de mort, du moins des peines de réclusion criminelle à perpétuité obligatoires si certaines conditions sont remplies? C'est tout le droit pénal général qui est en cause puisque sont concernés plusieurs de ses grands principes, notamment ceux de nécessité et de proportionnalité de la répression, ces principes que consacrent aujourd'hui l'immense majorité des droits internes et le droit pénal international, notamment le droit pénal européen à travers les arrêts de la CEDH. Plus généralement, c'est le concept d'Etat de droit qui est en cause.

Un autre problème général est de celui du rapprochement des droits internes, terme consubstantiel au droit comparé. Il paraît évident que pour assurer une lutte contre la criminalité organisée – qui, rappelons-le, est un phénomène transfrontière – une grande proximité des incriminations et des sanctions est absolument indispensable. Imaginons un grave délit contre l'environnement très puni dans un Etat A et peu puni dans un Etat B. Il est certain que les délinquants préféreront agir dans le pays B. Et la question se pose aussi sur le plan des éléments constitutifs des infractions. On peut certes imaginer que dans certaines parties du monde, une proximité existe: songeons à l'Europe où par l'effet de conventions et décisions-cadre de l'Union européenne, les droits nationaux se rapprochent. Mais qu'en est-il exactement?

Pour répondre à ces questions, il faut rechercher comment les législateurs des pays sur lesquels nous disposons d'un rapport national conçoivent en droit pénal de fond la criminalité organisée, tant dans sa notion (1) que dans son régime (2).

1. La notion de criminalité organisée

D'emblée, il convient de rappeler, fût-ce brièvement, quelques grands textes internationaux car les instruments, le plus souvent ratifiés par les Etats signataires, obligent ceux-ci à modifier leur législation en conséquence. Il faut évidemment citer la fameuse convention de Palerme sur la criminalité organisée adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 8 janvier 2001, ainsi que plus anciennement la Convention de Vienne du 20 décembre 1988

sur le trafic de drogue et le blanchiment et les deux Conventions de New-York du 15 février 1997 (sur la répression des attentats terroristes) et du 9 décembre 1999 (pour la suppression du financement du terrorisme).

On mentionnera aussi, le Traité d'Amsterdam de 1997 dont les articles 29 et suivants prévoient des règles concernant certaines infractions graves, recommandant notamment l'adoption progressive de "mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue" (art. 31e). La criminalité organisée n'est certes pas définie et elle est distinguée du terrorisme. A vrai dire, cette distinction est peu naturelle car les terroristes sont des individus particulièrement bien organisés et aussi car l'article 29 al. 2 du même Traité parle de la criminalité organisée et notamment du terrorisme, de la traite des êtres humains et des crimes contre les enfants, du trafic de drogue et d'armes, de la corruption et de la fraude. L'énumération fait apparaître ce que les auteurs du Traité mettent dans l'enveloppe de la criminalité organisée. Cela dit, le Traité d'Amsterdam sert de substrat à de nombreux instruments, surtout des décisions-cadre qui, sur des points particuliers de la criminalité organisée, proposent aux Etats des rédactions d'incriminations et de sanctions.

Cependant à considérer les droits internes, on découvre un certain désordre. Les législateurs ont parfois anticipé les textes européens (la France pour le terrorisme avec le Code pénal de 1994 et l'Italie pour le blanchiment avec une loi de 1978) ou, en les transposant, ne leur sont pas restés totalement fidèles. Malgré tout, ces droits internes laissent apparaître deux lignes de force au regard de la criminalité organisée. D'abord, certaines infractions dites de résultat – en ce qu'elles supposent une atteinte effective à des valeurs sociales comme la vie ou le patrimoine – deviennent des infractions de criminalité organisée si certaines conditions sont réalisées. Ensuite, allant plus loin, les législateurs en sont venus à incriminer de simples actes préparatoires parce que les auteurs de ceux-ci sont susceptibles de commettre des infractions de criminalité organisée. Ainsi font partie de la criminalité organisée des incriminations à résultat effectif commis dans certaines conditions (1.1) et des incriminations se réduisant à de simples actes préparatoires (1.2).

1.1. Incriminations à résultat effectif et commises dans certaines conditions

Le principe est celui-ci: une infraction donnée, ne causant à la société qu'un dommage relatif, tombe dans la catégorie des infractions de criminalité organisée quand certaines conditions de sa réalisation sont remplies. Par exemple le vol peut être, au gré des circonstances, un acte

banal de soustraction de la chose d'autrui ou un vol caractérisant une criminalité organisée. Il nous faut décrire ces circonstances et rappeler ensuite les conceptions des législateurs nationaux.

1) Ces *circonstances* faisant basculer un banal délit dans la famille des actes de criminalité organisée sont particulièrement bien illustrées par la définition élaborée dans les années 1991-1992 en Allemagne par les ministres et les sénateurs de la justice et de l'intérieur des 16 Lander de la République. Son contenu est le suivant:

La criminalité organisée est la perpétration planifiée d'infractions dans le but de gagner de l'argent ou du pouvoir, infractions qui, individuellement ou dans leur ensemble, sont de grande importance, lorsque plus de deux personnes se mettent ensemble sur une durée assez longue ou indéterminée et agissent ensemble, chacune avec une tâche spécifique:

- a) en se prévalant de structures industrielles ou de type commercial;
- b) en utilisant la violence ou d'autres moyens de menaces ou d'intimidation;
- c) ou en exerçant une influence sur la politique, les médias, l'administration publique, la justice ou l'économie.

De cette définition – qui notons le de suite n'a pas valeur normative – il apparaît qu'une incrimination peut être de criminalité organisée qu'à deux conditions essentielles. Il faut d'abord une pluralité d'agents, le chiffre 3 étant, comme dans la Convention de Palerme, le chiffre minimum. L'idée est qu'à partir de 3, le groupement est plus dangereux car plus efficace dans la poursuite de ses entreprises criminelles. La seconde condition est la gravité des actes: le texte parle d'infractions "de grande importance" et ces infractions le sont d'autant plus que les moyens utilisés paraissent être d'une efficacité redoutable (utilisation de structures économiques, appel à la violence ...).

2) Précisément, l'examen de quelques législations fait apparaître que les circonstances faisant qu'une infraction appartient à la criminalité organisée sont bien la *pluralité (assez souvent)* et la *gravité de l'acte (systématiquement)*.

a) Cette pluralité est une première caractéristique. Mais elle n'est pas toujours entendue de la même manière. On en donnera trois exemples. Le droit espagnol exige systématiquement 3 participants. Une loi du 13 janvier 1999 (art. 282 bis du Code de procédure pénale) énumère une liste d'infractions en leur donnant le qualificatif "d'activités propres à la délinquance organisée" (pour les soumettre à un régime procédural spécial). Or le 3 §4 dudit article 282 bis décide expressément que "la délinquance organisée est l'association de trois ou plus personnes ..." Le droit allemand est d'une moins grande netteté: le législateur considère qu'une infraction fait partie de la criminalité organisée notamment si elle est commise en bande, étant cependant observé que si la bande est composée normalement de 3 personnes selon la jurisprudence rendue à partir de 2001, il y a beaucoup de décisions qui se contentent de 2 participants. Le Tribunal fédéral a même considéré qu'un couple non marié constituait une bande, notamment en matière de trafic de drogue. Enfin en droit français, où le plus souvent une infraction devient de criminalité organisée si elle est commise en bande organisée (art. 706-73 du Code de procédure pénale), celle-ci est définie à l'article 132-71 du Code

pénal comme “tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation ... d’une ou plusieurs infractions.” On aura observé que nul chiffre n’est prévu et l’on admet dans la pratique que la bande commence à 2.

b) La criminalité organisée dans ses manifestations suppose aussi des infractions graves.

Parfois le législateur établit une liste des infractions de criminalité organisée. A cet égard il est intéressant de comparer les Codes de procédure pénale de France et d’Espagne qui, l’un et l’autre, posent une longue liste.

Le Code français (art. 706–73) énumère quinze comportements:

- meurtre en bande organisée;
- tortures et actes de barbarie commis en bande organisée;
- trafic de stupéfiants;
- enlèvement et séquestration commis en bande organisée;
- traite des êtres humains;
- proxénétisme;
- vol commis en bande organisée;
- extorsion;
- destruction, dégradation et détérioration d’un bien commis en bande organisée;
- fausse monnaie;
- actes de terrorisme;
- délits en matière d’armes commis en bande organisée;
- aide à l’entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d’un étranger en France commis en bande organisée;
- blanchiment;
- association de malfaiteurs (qui sera examiné plus bas).

De son côté le Code espagnol (art. 282 bis) liste seize comportements:

- séquestration de personnes;
- délits relatifs à la prostitution;
- délits contre le patrimoine et contre l’ordre socio-économique;
- délits relatifs à la propriété intellectuelle et individuelle;
- délits contre les droits des travailleurs;
- délits de trafic portant sur des espèces de flore et de faune menacées;
- délits de trafic de matériel nucléaire et radioactif;
- délits contre la santé publique;
- délits de falsification de monnaie;
- délits de trafic et détention d’armes, munitions ou explosifs;

- délits de terrorisme;
- délits contre le patrimoine historique.

On aura constaté que les deux listes ne coïncident guère et que le texte espagnol a un accent plus orienté vers la qualité de vie.

D'autres fois, le législateur, sans dresser une liste à un endroit du Code, crée la circonstance aggravante de pluralité dans un ordre dispersé, c'est-à-dire à l'occasion de tel ou telle incrimination. De la sorte, le comportement stigmatisé par la loi devient plus grave et entre dans la famille de la criminalité organisée. Le droit allemand fournit un bon exemple de cette méthode.

Ce qui est intéressant dans le droit allemand, c'est la tendance du législateur à multiplier, par le biais de lois successives, le nombre des infractions pour lesquelles est instituée la circonstance aggravante de bande. Jusqu'en 1992, cette circonstance n'était prévue que pour quatre incriminations (vol en bande, brigandage en bande, contrebande en bande et trafic de drogue en bande). Par la suite la bande a été ajoutée à vingt autres incriminations. Citons à titre d'exemples le racket en bande, la violation de la réglementation sur les étrangers et sur l'asile, la corruption active ou passive, la falsification de monnaie et de cartes de crédit, le trafic d'enfants, l'escroquerie aux subventions ... Le but du législateur – notamment celui du 15 juillet 1992 (loi sur les stupéfiants et autres formes de criminalité organisée) – est “d'augmenter l'effet préventif par l'insertion de peines plus élevées et de faciliter la confiscation de l'argent provenant de la criminalité organisée par l'adoption de nouvelles normes” (exposé des motifs du projet de loi).

On a l'impression nette qu'au fil des années, les législateurs se font de plus en plus sévères. La notion d'infractions de criminalité organisée se fait plus précise (voire notamment avec le procédé de la liste) et plus envahissante. Ce point de vue se confirme si l'on songe que les législateurs incriminent souvent et de plus en plus des comportements se réduisant à de simples actes préparatoires.

1.2. Incrimination de comportements se réduisant à des actes préparatoires

Nous touchons ici au point extrême de la prise en compte de la criminalité organisée. En droit commun, faut-il le rappeler, les actes préparatoires échappent à la répression: ce sont en effets des actes qui ne sont pas dangereux pour la société et qui sont parfois équivoques (l'achat d'une arme n'est pas forcément dicté par le désir de tuer un tiers); en outre, en n'incriminant pas les actes préparatoires, le législateur incite l'agent à ne pas aller au delà dans l'*iter criminis*, et donc à abandonner son projet criminel.

Ces raisons cependant ne valent plus en matière de criminalité organisée car les individus qui s'assemblent en vue de commettre une infraction (grave par hypothèse) ne vont pas

s'arrêter en chemin. Leur détermination à franchir tous les obstacles de l'*iter criminis* éclate aux yeux. Dès lors, la mansuétude du législateur ne se comprend plus et c'est pourquoi en matière de criminalité organisée les législateurs incriminent des comportements dès leurs premières manifestations, indépendamment de la réalisation du projet criminel. Ce sont donc des actes préparatoires qui sont incriminés en eux-mêmes et cette incrimination, soulignant plusieurs rapports est un délit à la fois continu (supposant une répétition constante de l'intention) et collectif (supposant une pluralité d'acteurs à titre d'élément constitutif). Cette figure pénale existe en *common law* sous l'appellation de *conspiracy*, dans le droit de l'Union européenne et dans beaucoup de législations nationales décrites par les rapporteurs nationaux.

1) Tout d'abord, le *Conseil de l'Union européenne* a publié une action commune en date du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle. Son article 1 voit dans "l'organisation criminelle l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté et d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, que ces infractions constituent une fin en soit ou un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux et, le cas échéant, influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques." Et l'article 2 de l'action commune décide que chaque Etats, "pour faciliter la lutte contre les organisations criminelles", s'engage à incriminer le comportement de ceux qui sont membres d'une telle organisation criminelle. On aura noté que, selon le droit pénal européen, l'organisation criminelle comporte les caractères suivants:

- Elle doit comporter au moins 3 membres;
- Elle doit être organisée en ce sens que les membres agissent dans l'intérêt du groupe, ce qui n'implique pas forcément une hiérarchie entre eux;
- L'intégration d'un membre dans le groupe a un effet criminogène;
- Peut s'ajouter un caractère international ou transfrontière comme il apparaît par exemple en matière de trafic de drogue, de terrorisme ou de blanchiment.

Importante également est la définition du groupe criminel organisé donnée par la Convention de Palerme, du 8 janvier 2001. Celle-ci définit ce groupe comme "un groupe structuré de trois personnes ou plus, existent depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ... pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel." Le texte ajoute que "l'infraction grave" désigne un acte punissable d'une peine au moins égale à quatre ans d'emprisonnement.

2) Les *législateurs nationaux, du moins ceux de l'Union européenne*, s'inspirent plus ou moins du modèle européen qui vient d'être rappelé.

a) L'article 515 du Code pénal espagnol s'attache à la nature du groupement. Il est ainsi écrit, apparemment assez éloigné de l'action commune européenne:

Sont punissables les associations illicites, étant considérées comme telles:

- 1° Celles qui ont pour objet de commettre un délit ou, après leur constitution, de promouvoir une telle commission;
- 2° Les bandes armées, organisations ou groupes terroristes;
- 3° Celles qui, bien qu'elles aient pour objet un fin licite emploient pour sa réalisation des moyens violents ou qui entraînent une alternation ou un contrôle de la personnalité;
- 4° Celles qui provoquent la discrimination, la haine ou la violence contre des personnes, groupes ou associations, en raison de leur idéologie, leur religion ou croyances, l'appartenance de leurs membres ou de l'un d'eux à une ethnie, race ou nation, leur sexe, leur orientation sexuelle, leur situation familiale, leur maladie ou leur invalidité, ou qui incitent à cela.

Un arrêt important du Tribunal suprême espagnol, en date du 28 septembre 1997 a apporté certaines précisions à ce texte: l'association doit avoir une certaine consistance, loin de toute situation sporadique, avec une certaine organisation hiérarchique, il faut un concert des volontés.

b) L'article 450-1 du Code pénal français s'attache au taux de la peine prévue pour l'infraction recherchée: "Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement ...". On retrouve en écho la définition de la bande organisée (art. 132-71 du Code pénal). Dès lors si le groupement ou entente n'a pas été à l'origine d'une infraction effective (effet criminogène potentiel), il y a association de malfaiteurs et si, au contraire, ce groupement ou entente est à l'origine d'une infraction effective (effet criminogène actuel), la poursuite retiendra cette infraction commise avec circonstance aggravante de bande organisée.

c) Le Code pénal allemand (§129 St GB) s'attache au but des membres du groupement, ce but devant être de nature politique: "Celui qui crée une association dont le but ou l'activité vise la commission d'infraction ou celui qui est membre d'une telle organisation, agit pour elle ou la soutient, sera puni de ...". Le texte est peu précis et surtout présente un caractère politique prononcé car le Tribunal fédéral en rejette l'application lorsque l'association dont les membres étaient poursuivis n'avait pas de caractère politique, même s'il y a de rares arrêts divergents, l'un ayant appliqué § 129 à une organisation de vendeurs d'héroïne.

d) Le Code pénal grec, en son article 187 (loi n° 2928-2001), considère le type d'infraction que les membres du groupe entendent réaliser: "Est puni ... le fait de constituer ou d'adhérer en tant que membre dans un groupe structuré, à une activité continue, composé au moins de trois personnes, dans le but de commettre ...". Suit une longue énumération d'infractions où l'on trouve par exemple la contrefaçon, l'incendie, l'explosion, l'enlèvement, les actes de débauche, les actes de brigandage, l'escroquerie ...

e) Restent, pour les Etats de l'Union européenne, deux droits riches en ce qu'ils ont deux délits, proches l'un de l'autre d'ailleurs.

– C'est d'abord l'Italie. L'article 416 du Code pénal décrit le délit d'association en vue de délinquance: "Lorsque trois personnes ou plus s'associent pour commettre plusieurs délits, pour promouvoir ou constituer ou organiser une association, elles sont punies ...". La

doctrine a souligné un déficit de précision et un souci prétorien de permettre aux magistrats de saisir les formes les plus variées de la criminalité. C'est d'autant plus vrai que le droit italien ignorant le complice applique l'incrimination à tous ceux qui interviennent dans la commission de l'infraction, l'article 110 du Code pénal étant utilisé, qui prévoit l'application de la peine prévue pour un délit à toutes les personnes ayant concouru à ce délit, même à celles qui n'apportent qu'une aide ponctuelle et non régulière et qui de la sorte ne sont pas membre du groupement. A l'ombre de l'article 416, une loi du 13 septembre 1982 a créé un article 416 bis sur les associations de type mafieux. Ce second texte est plus précis et aussi plus fidèle aux données de criminologie. Selon l'article 416 bis, quiconque fait partie d'une association de type mafieux formé de trois personnes ou plus est puni de "L'association est de type 'mafieux' lorsque ses membres profitent de la force d'intimidation provenant du lien associatif, de la condition d'assujettissement et de la loi du silence qui en dérive pour commettre des délits, pour acquérir directement ou indirectement la gestion ou le contrôle d'activités économiques, de concession, d'autorisations ou pour réaliser des profits ou encore pour obtenir des avantages injustes pour soi-même ou pour autrui afin d'empêcher ou de faire obstacle au libre exercice du droit de vote ou de procurer des votes à l'occasion de consultation électorales." On le voit, l'article 416 bis prévoit des moyens et des buts spécifiques recherchés par les associés, à l'inverse de l'article 416, texte beaucoup plus sec et pauvre.

– La Belgique connaît elle aussi deux délits. Le premier historiquement est celui des articles 322 et suivants du Code pénal sur l'association de malfaiteurs et qui consiste dans le fait de faire partie d'une "association formée dans le but d'attenter aux personnes ou aux propriétés." Le second délit résulte d'une loi du 10 janvier 1999, modifiée par une autre du 10 août 2005. C'est celui de l'organisation criminelle qui a son siège à l'article 324 bis ainsi rédigé: "Constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux." Et après avoir défini ainsi l'organisation criminelle, le législateur belge crée un article qui énumère les comportements commis au sein de cette organisation et constituant des infractions: 1° fait d'être membre de l'organisation; 2° participation à la préparation ou à la réalisation de toute activité licite de l'organisation en sachant que cette participation contribue aux objectifs de l'organisation (cas du garagiste qui entretient le parc automobile de l'organisation); 3° participation à toute prise de décision dans le cadre des activités de l'organisation; 4° fait de diriger l'organisation. Pour rédiger ce texte, le législateur belge s'est longuement inspiré de l'action commune précitée du 21 décembre 1998. Evidemment la participation à une telle organisation constitue un délit dès lors que cette participation a été opérée "sciemment et volontairement" (art. 324 ter).

On pourra s'étonner de cette dualité d'incriminations (association de malfaiteurs et participation à une organisation criminelle). Mais lors des travaux préparatoires des articles 324 bis et 324 ter, il a été dit que l'ancien délit devait subsister à côté du nouveau. C'est que le nouveau délit d'organisations criminelles couvre une réalité sociologique différente. Les organisations criminelles sont plus complexes que les associations de malfaiteurs, mieux structurées et s'intègrent mieux dans la société. Le nouveau délit vise en fait les organisations mafieuses, comme par exemple celle qui sont implantées en Italie, en Russie ou au Japon. Mais il est vrai qu'une association criminelle, qui tombe sous le coup de l'article 324 bis pourrait aussi être poursuivie également sur la base des articles 322 et suivants tandis que d'un autre côté, certaines associations de malfaiteurs pourraient être considérées comme des organisations criminelles. Le choix de la bonne qualification sera dictée par l'article 65 du Code pénal selon lequel lorsqu'un fait unique tombe sous le coup de plusieurs qualifications, la peine la plus sévère sera appliquée; c'est alors le délit de l'article 324 bis qui sera préféré, étant plus puni que l'autre.

Il a été soutenu que l'article 324 bis sur la définition de l'organisation criminelle était assez flou, susceptible de donner lieu à une application arbitraire. La question a été résolue par la Cour d'arbitrage belge. Dans son arrêt du 30 juin 2005, celle-ci a considéré que l'article 324 bis est compatible avec les articles 12 et 14 de la Constitution, qui énoncent le principe de légalité. En effet, précise-t-elle, l'infraction d'appartenance à une organisation criminelle est assez précise pour permettre à toute personne d'en connaître l'élément matériel et l'élément moral. Cette formulation fait écho à la jurisprudence de la CEDH, qui, à propos de l'article 7 Conv. EDH ("pas de peine sans loi") rappelle que la condition de légalité se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé du texte, et au besoin de l'aide de son interprétation judiciaire, ce qui engage sa responsabilité pénale et ce qui ne l'engage pas.

3) On retrouve l'incrimination des actes préparatoires dans des *pays extérieurs à l'Union européenne*. Mais les formulations là encore varient selon les législations.

Le Code pénal suisse, en son article 260 ter (loi du 18 mars 1994) connaît lui aussi le délit d'organisation criminelle: "Celui qui aura participé à une organisation qui tient sa structure et son effectif secrets et qui poursuit le but de commettre des actes de violence criminels ou de se procurer des revenus par des moyens criminels, celui qui aura soutenu une telle organisation dans son activité criminelle sera puni de ..." Le texte paraît être peu appliqué, moins de trente fois entre 1995 et 2004. Dans une décision de 1996, le Tribunal fédéral définit ainsi l'organisation criminelle: "Il s'agit d'une notion plus étroite que celle de groupe au sens de l'article 275 ter CP ou de bande au sens des articles 139 et 140 CP. Elle implique l'existence d'un groupe structuré de trois personnes au minimum, généralement plus, conçu pour durer indépendamment d'une modification de la composition de ses objectifs et se caractérisant, notamment, par la soumission à des règles, une répartition des tâches, l'absence

de transparence ainsi que le professionnalisme qui prévaut aux différents stades de son activité criminelle; on peut notamment songer aux groupes qui caractérisent le crime organisé, aux groupements terroristes.” La définition ‘colle’ de près à la réalité criminologique. La difficulté reste dans la délimitation de la bande et de l’organisation criminelle. On aura noté l’exigence du secret car c’est semble t-il le seul texte qui prévoit cette exigence.

Le droit roumain, avec une loi du 21 janvier 2003 connaît lui aussi un délit assez proche. L’article 7 de cette loi punit le fait d’engager ou de créer un groupement criminel organisé, d’adhérer à un tel groupement ou de le soutenir. Détail important, ce groupe n’est répréhensible que s’il vise à la commission d’infractions graves dont la liste figure dans le texte et l’on y trouve par exemple le meurtre, la séquestration arbitraire, l’esclavage, la falsification de monnaies, le proxénétisme ou le blanchiment, dix neuf infractions en tout. Curieusement ne figure pas dans la liste l’association de malfaiteurs qui fait l’objet d’un texte spécial, l’article 328 du Code pénal. Les juges doivent donc choisir entre la loi de 2003 et l’article 328, le seul élément de difficulté étant le taux de la peine, plus élevée dans la loi de 2003 que dans le texte du Code pénal.

Israël, avec la loi sur la lutte contre les organisations criminelles, de juin 2003, définit ces organisations comme un “ensemble de personnes, incorporé ou non incorporé, agissant de façon organisée, systématique et continue” pour commettre toutes infractions punies de plus de trois ans d’emprisonnement. Et le texte, dans une optique répressive, ajoute qu’il importe peu que les membres du groupement se connaissent les uns les autres, que la composition du groupement soit constante ou variable dans le temps, que les délits projetés soient commis en Israël ou à l’étranger, que le groupement agisse ou non à des fins légales.

Disons enfin quelques mots sur le droit japonais. Une première loi de 1991 définit les Boryokudan comme des groupes ayant tendance à s’engager à commettre des actes de violence soit collectivement, soit habituellement. Ces groupements sont désignés comme potentiellement dangereux par une commission locale de sécurité publique. Cette commission leur donne l’ordre de ne pas commettre d’infractions et la transgression de l’ordre constitue un délit. Ce système est original car la répression n’intervient qu’après violation de l’ordre de l’autorité administrative. Plus classique est la seconde loi, de 1999, qui définit l’organisation criminelle comme un groupement composé de dirigeants donneurs d’ordre et d’individus qui obéissent et agissent avec un but commun. Les délits susceptibles d’être commis sont ceux du Code pénal, mais avec des peines plus fortes en raison de l’organisation elle-même qui est une entité potentiellement dangereuse.

En résumé, toutes ces dispositions sur l’incrimination des actes préparatoires dans un certain contexte appellent quelques remarques. D’abord elles sont plus ou moins inspirées des modèles internationaux de l’ONU ou de l’Union européenne. Ensuite, les groupements sont en général composés d’au moins trois personnes. En outre, les délits projetés sont le

plus souvent des délits graves, cette gravité résultant d'une énumération ou d'un taux de peine, le maximum étant au moins de trois ou quatre ans. Les législateurs font ressortir aussi le caractère structuré, organisé des groupements. Et n'oublions pas que les membres du groupement sont réprimés par leur seule participation, qu'un délit projeté ait été ou pas commise les législateurs frappent la potentialité criminelle.

Il convient dès lors maintenant de rechercher comment s'exerce la répression à l'égard des membres du groupement, voire à l'égard du groupement lui-même, qu'une infraction ait été ou non commise. C'est la question du régime de la criminalité organisée.

2. Le régime de la criminalité organisée

Les questions relatives au régime de cette forme de criminalité ont de tout temps été complexes. Mais avec l'apparition dans des législations toujours plus nombreuses des personnes morales (juridiques, dit-on parfois, notamment dans les droits d'expression hispanique), des problèmes spécifiques apparaissent. Le pénaliste est donc conduit aujourd'hui à distinguer entre le statut des personnes physiques (2.1) et celui des personnes morales (2.2).

2.1. Le statut des personnes physiques

Se pose d'abord la question de la responsabilité et plus précisément celle des moyens en défense utilisables par l'accusé. Se pose ensuite et surtout la question des sanctions pénales.

1) Quels *moyens de défense* peut opposer la personne poursuivie au ministère public ? On peut se poser la question car le particularisme et plus précisément la gravité des faits peut conduire les autorités à admettre plus facilement la responsabilité de l'accusé lorsque les faits témoignent d'une grande dangerosité et que, par ailleurs, la preuve est malaisée.

a) On observera d'abord que l'élément moral de l'infraction ne présente pas de différences notoires par rapport aux infractions de droit commun. Toutes les infractions de criminalité organisée sont intentionnelles, jamais d'imprudence sauf à titre tout à fait exceptionnel. En revanche, on peut admettre que l'infraction de criminalité organisée comporte un dol éventuel. Le rapport suisse explique que l'infraction doit être réalisée intentionnellement ou à tout le moins par dol éventuel: l'auteur accepte l'éventualité que les faits caractérisant une organisation criminelle soient réunies et, en quelque sorte, il suffit que l'auteur se rende compte que les activités de l'organisation tendent à la commission d'infractions violentes ou visant à l'obtention d'avantages patrimoniaux, ces infractions dépassant le stade des simples contraventions.

Les causes d'impunité se présentent ici comme en droit commun. Le rapport belge indique toutefois que dans le délit d'organisation criminelle, la contrainte morale et l'erreur invincible peuvent se concevoir. On pourrait généraliser cette observation à tous les autres droits.

b) A côté de la consistance de l'élément moral, se pose le problème de la charge de la preuve de cet élément. Sans doute ce point appartient-il principalement à la procédure pénale où l'on enseigne que par l'effet de la présomption d'innocence, c'est au poursuivant de démontrer l'élément moral. Pourtant la doctrine de droit pénal substantiel s'intéresse aussi à la charge de la preuve qui touche de très près à la consistance de l'élément moral. Il faut donc en dire quelques mots, d'autant plus que la matière est souvent traitée dans le code pénal.

L'idée générale est celle-ci: les faits étant si graves et surtout étant si difficiles à démontrer, le fardeau de la preuve se partage entre poursuivant et poursuivi. Deux variantes de ce principe se retrouvent:

– En Belgique, c'est le ministère public qui prouve l'infraction. Mais pour déterminer l'origine des avantages patrimoniaux découlant du délit, le ministère public peut se contenter de rapporter l'existence d'indices sérieux que ces avantages proviennent du délit. C'est à l'accusé de rapporter la preuve contraire (art. 324 ter du Code pénal, loi du 19 décembre 2002). La situation est la même dans d'autres droits européens et même dans la jurisprudence de la CEDH;

– En France, toute la preuve pèse sur l'accusé dès lors que certains faits ont été rapportés par le ministère public. Par exemple, est 'réputé' proxénète l'individu qui vit habituellement avec une prostituée et qui ne dispose pas de ressources provenant d'une profession déclarée (art. 225-6 du code pénal). Au ministère public donc de prouver le lien entre l'accusé et la prostituée ainsi que l'absence apparente de profession et à l'accusé de prouver qu'il possède un emploi licite et rémunérateur, correspondant à son train de vie. Si l'accusé ne démontre pas l'existence de cet emploi, c'est évidemment qu'il tire ses revenus des produits de la prostitution et qu'il est donc un proxénète.

Ce raisonnement a été étendu aussi à plusieurs autres infractions de criminalité organisée comme le trafic de drogue (art. 222-39-1 du Code pénal) et l'association de malfaiteurs (art. 450-2-1 du Code pénal).

2) *La matière des sanctions* est également très riche, sinon plus riche. On ne parlera ici que des sanctions les plus importantes.

a) La première place revient évidemment à la *privation de liberté*. Les infractions de criminalité organisée sont si graves que cette peine est systématiquement prévue.

Les maxima prévu par la loi sont élevés.

On peut en premier lieu le montrer à propos des infractions de comportement se réduisant à des actes préparatoires (association de malfaiteurs, organisation criminelle). Parfois le législateur détermine les plafonds en fonction du rôle joué par l'auteur. Ainsi en Belgique, l'article 324 ter du Code pénal (loi du 10 janvier 1999) distingue entre:

- la simple participation à une organisation criminelle même sans l'intention de commettre une infraction, passible d'une peine d'un à trois ans;
- la participation à une prise de décision dans le cadre des activités de l'organisation criminelle en sachant que cette participation contribue aux objectifs de celle-ci, passible d'une peine de cinq à dix ans;
- la direction d'une organisation criminelle, passible d'une peine de dix à quinze ans.

En droit israélien, le *Combatting Criminal Organizations Act 2003* (CCO de juin 2003), le principe est un peu le même:

- Encourent dix à vingt ans d'emprisonnement ceux qui sont à la tête d'une organisation criminelle, c'est-à-dire ceux qui: 1° directement ou indirectement organisent, dirigent ou supervisent les activités d'une telle organisation; 2° directement ou indirectement financent les activités d'une telle organisation ou reçoivent un financement en vue d'assurer ses activités ou décident de la distribution des sommes (art. 2-a); la peine est la même pour toute personne fournissant une consultation à une organisation criminelle en vue de promouvoir les activités (art. 2-b);
- Encourent dix ans d'emprisonnement les agents publics qui abusent de leurs fonctions ou pouvoir afin de promouvoir l'activité criminelle de l'organisation (art. 4). L'agent public, tout comme l'organisation criminelle, sont entendus très largement.

En revanche, dans un certain nombre d'autres législations, comme celles de la France, de la Suisse ou de l'Allemagne, il n'y a pas de distinction selon le rôle des participants. L'article 450-1 du Code pénal français prévoit une peine uniforme de cinq ou de dix ans selon la gravité de l'infraction envisagée. L'article 260 ter du Code pénal suisse prévoit la réclusion pour cinq ans ou l'emprisonnement. Enfin selon le §129 St GB allemand, une peine de cinq ans ou plus est prévue à l'encontre de "celui qui fonde une association dont le but ou l'activité est la commission d'infractions, de celui qui est membre d'une telle association, de celui qui recrute pour elle des membres ou des auxiliaires, de celui qui la soutient." Ce texte énumère pratiquement tous les rôles concevables dans le cadre d'une association criminelle, mais ne prévoit pas des peines différentes selon le rôle joué par les acteurs.

Evoquons en second lieu les infractions à résultat effectif et commis dans certaines conditions. L'idée générale est que si une infraction a été commise avec une circonstance telle que la bande organisée ou dans le cadre d'une organisation criminelle, il y a une augmentation du maximum légal prévu normalement pour cette infraction. La technique est donc celle des circonstances aggravantes. On peut donner plusieurs exemples caractéristiques.

Le premier est tiré du droit espagnol. Il existe d'abord un certain nombre de délits pour lesquels la peine maximale est augmentée d'un grade quand l'auteur appartient à une organisation ou association, même de caractère transitoire: tel est le cas des délits relatifs à la prostitution et la corruption de mineurs (art. 187 et 189 du Code pénal), relatifs à la propriété intellectuelle (art. 271 et 276 du Code pénal) et relatifs au trafic de drogues (art. 369 et 370 du Code pénal). Pour d'autres délits, la peine est augmentée quand l'auteur est membre d'une organisation criminelle ou bande armée, sans allusion à son caractère transitoire: c'est le cas du blanchiment de capitaux (art. 302 du Code pénal) et du terrorisme (art. 571 à 576, 579 et 580 du Code pénal).

Le second exemple est fourni par le droit français. La loi du 9 mars 2004 a prévu que certaines infractions graves, listées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale, deviennent des infractions de criminalité organisée lorsqu'elles sont commises avec la circonstance aggravante de bande organisée. Les peines passent au minimum pour certaines infractions à dix ans d'emprisonnement et, pour d'autres, à une peine de réclusion criminelle.

Le droit israélien, dans la loi précitée de 2003, dispose que si un délit est commis dans le cadre d'une organisation criminelle, la peine est doublée avec un plafond de vingt cinq ans (sauf évidemment si d'emblée une peine perpétuelle obligatoire est déjà prévue pour ce délit).

On peut donner un ultime exemple, mais d'ampleur moindre. Il s'agit de la Suisse: le fait d'être reconnu membre d'une organisation criminelle est une circonstance aggravante, mais seulement pour le délit de blanchiment d'argent au sens de l'article 305 bis, ch. 2 litt a du Code pénal. L'infraction devient alors un crime.

Si les maxima légaux sont élevés, comme il vient d'être dit, les législateurs pour la plupart, prévoient une possibilité judiciaire d'individualisation: d'abord par l'application de circonstances atténuantes fondées sur la nécessité de personnaliser la peine, mais aussi et surtout par l'application d'une réduction de peine fondée sur les services que le criminel peut rendre à la justice. C'est ceci qui est de loin le plus important car le mécanisme en est propre à la criminalité organisée. L'idée de principe est que l'individu engagé dans un processus de criminalité organisée et qui se désengage d'une certaine façon rend un service évident à la société et 'mérite un salaire' sous la forme d'un abandon de la poursuite. Cette technique, dite des repentis (les *pentiti* en droit italien) est très souvent utilisée en législation et l'on peut même dire qu'elle est utilisée de façon variée dans les dix législations qui ont fait l'objet d'un rapport national.

Le droit italien donne l'exemple d'une réglementation particulièrement élaborée avec sa trilogie du dissocié, du témoin de justice et du collaborateur de la justice. Le dissocié est celui qui admet sa responsabilité et qui s'éloigne de l'organisation criminelle en adoptant une conduite incompatible avec la persistance du lien associatif. Le concept du dissocié apparaît pour la séquestration de personne avec un but terroriste (art. 289 bis du Code pénal),

l'extorsion (art. 630 du Code pénal) et la conspiration (art. 305, 307 et 308 du Code pénal). Echappent à toute punition ceux qui avaient connaissance du délit, abandonnent l'association elle-même ou ceux qui empêchent, de quelque façon que ce soit, l'exécution d'un délit pour lequel un accord était intervenu ou l'association constituée. Le témoin de justice est celui qui, ayant confessé sa responsabilité, fournit à la police ou à la justice des éléments utiles pour limiter les conséquences dommageables des infractions perpétrées par l'association criminelle. Enfin le collaborateur de justice est celui qui se met à la disposition de la justice pour toutes infractions qu'il connaît, en vue de désarticuler l'organisation criminelle grâce à une coopération globale et organique. Ces deux dernières figures sont liées au comportement de l'accusé pendant le procès (ou même après la condamnation). Les collaborateurs de la justice (témoins de justice et collaborateur de justice au sens strict) entraînent une atténuation de la peine (voire la commutation au stade de l'exécution). Ces collaborateurs ont un véritable statut fait à la fois de mesures d'indulgence quant à la peine et de mesures de protection contre les menaces ou violences (loi n° 82 de 1991).

Le droit français connaît un double système d'indulgence judiciaire, applicable à certaines infractions graves désignées pas la loi. Si aucune infraction n'a été commise, le fait de se séparer du groupe et de collaborer avec la police et/ou la justice vaut exemption de peine (art. 132-78 al. 1er du Code pénal). Si une infraction a déjà été commise, le fait de se séparer du groupe et de collaborer avec les autorités et ainsi d'éviter la commission d'autres infractions entraîne une réduction de la moitié de la peine encourue (art. 132-78 al. 2 et 3 du Code pénal). La jurisprudence assez pauvre, entend que la collaboration soit déterminante de l'arrêt de l'activité pénale du groupement.

Le système français est quasiment repris par le législateur roumain: exemption de peine en faveur de celui qui, engagé dans un groupe criminel organisé, le dénonce avant qu'il soit connu des autorités et avant exécution ou commencement d'exécution d'une infraction qui était le but du groupe; réduction de la peine de moitié en faveur de la personne qui au cours de la procédure aide la justice dans l'identification et la poursuite d'un ou plusieurs membres du groupe (art. 9 de la loi n° 39-2003). Le droit belge ne connaît que le premier versant du système d'indulgence. Selon l'article 326 du Code pénal, le fait, avant toute tentative de crime ou de délit faisant l'objet de l'association et avant toute poursuite de révéler aux autorités l'existence d'une organisation criminelle ou d'une association de malfaiteurs constitue une excuse absolutoire: aucune peine ne sera donc prononcée.

Plus vagues sont les droits allemand et suisse, qui, faut-il le rappeler, sont souvent très proches. Ces deux droits ne contiennent pas de dispositions explicites prévoyant une réduction de peine pour les dénonciateurs ou collaborateurs de la justice. Mais ils connaissent des dispositions qui s'en rapprochent. En droit allemand, le §129 St GB sur le repentir actif est utilisé de façon extensive et selon deux de ses dispositions: si l'auteur fait spontanément et en

temps utile des révélations à une autorité de sorte que les infractions dont il connaît le projet peuvent être empêchées, le tribunal peut atténuer la peine selon son pouvoir d'appréciation (§49 al. 2 St GB) ou même ne pas en prononcer du tout (§129 al. 6 n° 2 St GB); si l'auteur, sans faire de révélation aux autorités, s'emploie cependant sérieusement et spontanément à empêcher la continuation de l'association ou la commission d'une infraction la situation est la même pour les juges. En outre, et c'est plus important car comme il a déjà été dit, le §129 St GB a une portée pratique réduite, les magistrats allemands usent volontiers du §46 al. 2 St GB qui permet une réduction de peine en fonction de la conduite de l'auteur d'une infraction après commission de celle-ci. C'est ainsi que les 'témoins de la Couronne' (*Kronzeuge*), auteurs dénonçant des faits auxquels ils avaient participé bénéficièrent d'une peine réduite. De son côté, l'article 260 ter du Code pénal suisse, sur l'organisation criminelle décide que "le juge pourra atténuer librement la peine (art. 66) à l'égard de celui qui se sera efforcé d'empêcher la poursuite de l'activité criminelle de l'organisation." Il s'agit là, selon le Conseil fédéral suisse, surtout d'empêcher de nouvelles infractions plus que de confondre des tiers ayant déjà délinqué.

Seul le Japon ne connaît aucune disposition en faveur de ceux qui, d'une façon ou d'une autre, aident la justice. Mais en pratique, indique le rapport national japonais, ceux qui aident les autorités d'investigations semblent bien avoir un avantage pour la suite de la procédure.

b) A côté de la privation de liberté, il faut réserver quelques lignes à la *confiscation*. Elle est particulièrement nécessaire en matière de criminalité organisée car le profit y est très important (notamment en matière de trafic de drogue et proxénétisme) alors que le crime ne doit pas permettre l'enrichissement. Précisément, dans tous les droits analysés, la confiscation des produits de la criminalité organisée donne lieu à des dispositions précises. Plusieurs techniques juridiques sont utilisées pour donner pleine efficacité à la confiscation des produits de ces infractions.

– La première technique consiste à rendre la confiscation obligatoire pour le juge. C'est le cas pour certaines infractions en France. De même en Belgique, selon l'article 43 quarter §4 du Code pénal (loi du 19 décembre 2002), le patrimoine de l'organisation criminelle doit obligatoirement être confisqué, sous la seule réserve des droits des tiers de bonne foi et le rapporteur belge note que souvent, en pratique, cette confiscation obligatoire se confondra avec celle du patrimoine des dirigeants. De même en droit israélien, le CCO Act 2003 impose au juge pénal, sauf décision contraire dûment motivée, d'ordonner la confiscation de tout bien en rapport avec le délit ; la demande de confiscation doit être mentionnée dans l'acte d'accusation.

– La seconde technique visée à permettre la confiscation de biens ou valeurs même de provenance non délictueuse. Selon l'article 59 du Code pénal suisse, le juge prononcera la confiscation de toutes les valeurs sur lesquelles une organisation criminelle exerce un pouvoir

de disposition. Les valeurs appartenant à une personne ayant participé ou apporté son soutien à une organisation criminelle (art. 260 ter) sont présumées soumises, jusqu'à preuve du contraire, au pouvoir de disposition de l'organisation.

– La troisième technique est celle de la confiscation en valeur. Si le bien à confisquer est impossible à retrouver, le tribunal condamne le délinquant à verser à l'Etat une somme équivalente à la valeur de ce bien. Ainsi en est-il en France, en Israël, en Roumanie où l'article 13 de la loi n° 39–2003 décide que “si le produit du crime a été mêlé à des biens acquis légitimement, ces biens peuvent être confisqués à concurrence de la valeur estimée du produit qui y a été mêlé.”

– Une dernière technique – mais s'agit-il bien de la dernière? – est celle de la confiscation *praeter delictum* que connaît le droit italien en matière de lutte contre la mafia (loi du 31 mai 1965). La loi de 1965 concerne des personnes dont le patrimoine est si disproportionné à leur activité économique que l'on peut considérer qu'il est le fruit d'activités illicites dès lors que ces personnes ne sont pas capables de démontrer l'origine licite d'un tel patrimoine. En somme, le législateur présume l'origine mafieuse de ces sommes. La confiscation ne suppose pas une condamnation pénale et elle présente un caractère préventif. Elle se fonde sur des indices qui seraient insuffisants pour permettre une poursuite pénale.

c) On touche déjà, avec cette dernière sorte de confiscation, aux *mesures de sûreté*. Bien que le concept soit un peu flou, on admettra que ces sanctions ont une finalité uniquement préventive, qu'elles cherchent à soigner ou à éliminer. Il est certain qu'en matière de criminalité organisée, c'est la finalité éliminatrice qui est prédominante.

On peut citer l'interdiction de séjour et celle d'occuper certains emplois. Une loi belge de 1934, réformée par une loi du 2 juin 1998, permet au juge pénal, en cas de condamnation au titre des articles 324 bis et 324 ter du Code pénal (participation à une organisation criminelle), de prononcer pour une période de trois à dix ans, l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur, de commissaire ou de gérant dans une société commerciale ou coopérative. Cette sanction est très utile quand une organisation criminelle avait pris part à la vie économique et si ses dirigeants avaient joué un rôle dans la vie des affaires.

A côté des mesures personnelles, existent des mesures patrimoniales comme la congélation des capitaux et des ressources financières des entreprises liées à des groupes terroristes (lois italiennes des 27 novembre 2001, 14 décembre 2001 et 27 juillet 2005). De telles mesures conviennent aussi aux personnes morales.

2.2. Le statut des personnes morales

La responsabilité pénale des personnes morales, là où elle existe, n'est certes pas propre à la criminalité organisée. Mais pour lutter contre cette dernière, cette responsabilité est

particulièrement utile et c'est bien pourquoi certaines lois sur la criminalité organisée l'évoquent. Le droit européen encourage d'ailleurs cette attitude: on peut en être convaincu à la lecture du second protocole additionnel à la Convention PIF (juillet 1997) et de nombreuses décisions-cadre adoptées ces dernières années. Des différences selon les législations existent cependant.

1° Il existe d'abord certains droits qui *consacrent expressément la responsabilité pénale des personnes morales*. Ainsi en est-il de la France, de la Suisse, de la Belgique et de la Grèce.

a) La France et la Belgique n'ont pas de dispositions propres à la criminalité organisée. La loi belge du 4 mai 1999, en introduisant la responsabilité pénale des personnes morales ne comporte aucune limitation quant aux infractions susceptibles d'engager l'être moral. La France, dès 1994, avait adopté des dispositions générales, pas propres déjà à la criminalité organisée. L'article 121-3 du Code pénal français rappelle que, pour toutes infractions – donc de criminalité organisée ou non – les personnes morales peuvent être responsables de celles qui ont été commises en leur nom par leurs dirigeants ; les dirigeants eux-mêmes sont punissables aussi.

b) La Suisse en revanche, connaît des dispositions spécifiques à la criminalité organisée. L'article 100 quater du Code pénal suisse est assez complexe car il consacre deux modèles de responsabilité. Le premier, dit subsidiaire, consiste dans le fait que l'entreprise n'est punissable que s'il est impossible de découvrir l'auteur de l'infraction et que si cette impossibilité est imputable à un manque d'organisation de l'entreprise. Le premier paragraphe de l'article 100 quater en posant cette règle ne vise aucune infraction particulière et n'est donc pas propre à la criminalité organisée tout en pouvant la concerner. Le second modèle, consacré au paragraphe 2, en revanche est propre à certaines infractions de criminalité organisée, comme la participation à une organisation criminelle (délit de l'article 260 ter) le financement du terrorisme, le blanchiment et la corruption: c'est le modèle direct ou primaire puisque "l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction"; rien n'empêche cependant de punir également des personnes physiques.

2) D'autres législations connaissent certes une responsabilité des personnes morales, *mais pas de nature pénale*.

C'est le cas de la Grèce qui n'admet la responsabilité pénale que pour les personnes physiques, mais qui connaît un régime de sanctions administratives en matière d'organisation criminelle. Selon l'article 8 de la loi 2928-2001, cette responsabilité non pénale obéit aux conditions suivantes:

- commission d'une infraction énumérée à l'article 187 du Code pénal visant des infractions de criminalité organisée (v. supra, I B, 2, d);
- gain financier directement réalisé par une personne morale du fait de cette infraction;

- connaissance par les dirigeants de la personne morale de la provenance du gain.

Dès lors, par décision commune du ministre de la justice et du ministre compétent (de l'industrie, du commerce ...), une sanction administrative peut être imposée à la personne morale. Sont prévues l'amende administrative, jusqu'à dix fois le montant de la valeur du gain (ce qui consacre l'idée d'amende proportionnelle), la révocation définitive ou pour une durée maximale de deux ans du droit de l'entreprise à continuer à exister, voire l'exclusion définitive ou pour deux ans du droit d'obtenir des subventions.

Si l'ignorance des dirigeants s'explique par leur faute (par leur imprudence), l'amende ne peut plus dépasser deux fois le montant de la valeur du gain et la révocation ainsi que l'exclusion tombent à deux ans.

Enfin la loi de 2001 donne des directives à l'autorité administrative pour la fixation de la sanction: sont pris en considération la gravité de la contravention et la culpabilité des dirigeants, l'état financier de la personne morale et les circonstances concrètes de l'affaire.

L'Italie s'est engagée prudemment dans la même voie avec le décret législatif du 8 juin 2001 instaurant une responsabilité para-pénale de certaines personnes morales ou groupement de fait. L'intitulé du texte est d'ailleurs révélateur: "Discipline de la responsabilité administratives des personnes morales et des associations même sans personnalité juridique." Ces groupements au sens large peuvent ainsi être responsable en matière de fraude, concussion, corruption, faux, délits sociétaires et terrorisme international. La structure de ces incriminations est fondée sur le non-empêchement des infractions commises au profit de l'organisme. La sanction est prise par le juge pénal, ce qui rend assez délicate la détermination de la nature de cette responsabilité.

L'embarras est au moins aussi grand avec l'article 129 du Code pénal espagnol: d'abord car ce texte ne vise qu'implicitement la criminalité organisée et ensuite car il parle des "conséquences accessoires d'une infraction" en visant notamment la fermeture d'établissement, la dissolution de la société ou la suppression de ses activités ... Il s'agit de mesures préventives, mais pas vraiment d'une responsabilité pénale des personnes morales.

L'Allemagne, la Roumanie et le Japon ignorent pour l'instant toutes formes de responsabilité des personnes morales.

Tout ce panorama, limité à une dizaine de législations, montre que la diversité est encore considérable. Il est trop tôt pour dire si les rapprochements entre droits nationaux seront significatifs dans un délai rapproché. Mais il est sûr que de telles analyses comparées peuvent enrichir les droits nationaux. Il faut le souhaiter comme l'écrivait déjà le comparatiste français Ortolan au milieu du 19^{ème} siècle.

Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3 (December 2007), <http://www.ejcl.org>

Cite as: Jean Pradel, *Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé*, vol. 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-32.pdf>>.