



ONUDC

Office des Nations Unies
contre la drogue et le crime

Dispositions législatives types contre la criminalité organisée

OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME
Vienne

Dispositions législatives types contre la criminalité organisée



NATIONS UNIES
New York, 2014

© Copyright © Nations Unies, novembre 2014. Tous droits réservés pour tous pays.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

Table des matières

	<i>Pages</i>
Introduction	v
Chapitre premier. Dispositions générales	1
Article premier. Objet des dispositions législatives types	1
Article 2. Champ d'application	2
Article 3. Définitions et terminologie	4
Chapitre II. Coordination et prévention relatives à la criminalité organisée	17
Article 4. Comité national de coordination	19
Article 5. Collecte et analyse de données	21
Chapitre III. Infractions	25
Article 6. Compétence	25
Section A. Infractions relatives à la participation à un groupe criminel organisé	30
Article 7 (option 1). Entente délictueuse	30
Article 7 (option 2). Association de malfaiteurs	33
Article 8. Favoriser, encourager, organiser ou diriger la commission d'une infraction grave ..	40
Article 9. Preuve du caractère intentionnel de l'acte grâce à des éléments de preuve indirects	42
Section B. Infractions relatives à l'entrave au bon fonctionnement de la justice	43
Article 10. Entrave au bon fonctionnement de la justice	43
Section C. Considérations relatives aux peines et aux condamnations	49
Article 11. Considérations relatives aux peines et aux condamnations	49
Article 12. Responsabilité des personnes morales	51
Chapitre IV. Enquêtes	
Article 13. Livraison surveillée	63
Article 14. Identités d'emprunt	69
Article 15. Infiltration	71

	<i>Pages</i>
Article 16. Surveillance électronique	84
Article 17. Coopération internationale entre les services de détection et de répression.	87
Article 18. Enquêtes conjointes	89
Article 19. Attribution de pouvoirs aux agents des services de détection et de répression étrangers dans les enquêtes conjointes	96
Chapitre V. Poursuites relatives aux infractions visées par la Convention	101
Article 20. Opportunité des poursuites	101
Article 21. Clémence et immunité de poursuites	102
Chapitre VI. Règles spéciales de procédure et de preuve	105
Article 22. Prescription	105
Article 23. Transfert des procédures pénales	107
Article 24. Éviter que les auteurs d'infractions ne prennent la fuite pour des infractions visées par la Convention	112
Article 25. Preuves concernant des condamnations antérieures pour des infractions visées par la Convention	113
Chapitre VII. Protection des témoins	115
Article 26. Sécurité des témoins	116
Article 27. Protection judiciaire des témoins	117
Chapitre VIII. Réparation ou restitution accordée aux victimes des infractions visées par la Convention	119
Article 28. Réparation ou restitution assurée par l'auteur de l'infraction	119
Chapitre IX. Transfèrement des personnes condamnées	123
Article 29. Objet	125
Article 30. Définitions et terminologie	125
Article 31. Conditions du transfèrement	127
Article 32. Notification du droit de demander un transfèrement	129
Article 33. Demande de transfèrement	129
Article 34. Protection des personnes condamnées pendant leur transfèrement	132
Article 35. Exécution ou application de la peine pour laquelle une personne condamnée a été transférée	132

Introduction

Les dispositions législatives types contre la criminalité organisée ont été élaborées par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) pour répondre à la demande de l'Assemblée générale, qui a prié le Secrétaire général d'encourager et de faciliter les efforts accomplis par les États Membres pour devenir parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et aux Protocoles s'y rapportant¹ et pour les appliquer.

Ces dispositions législatives types faciliteront et contribueront à systématiser la fourniture d'une assistance législative par l'ONUDC et aideront les États Membres à examiner et à modifier les législations existantes ou à en adopter de nouvelles. Elles se veulent adaptables aux besoins de chaque État, indépendamment de sa tradition juridique et de sa situation sociale, économique, culturelle et géographique.

Des lois types existent déjà pour certaines des obligations définies par la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, en particulier concernant l'extradition, l'entraide judiciaire en matière pénale, la protection des témoins et le blanchiment d'argent. Il existe aussi des lois types qui portent sur l'application des Protocoles additionnels à la Convention. Par conséquent, les présentes dispositions législatives types se consacrent à l'application des articles de la Convention contre la criminalité organisée qui ne sont pas traités par les lois types existantes (articles 2, 3, 5, 10, 11, 15, 17 et 19 à 31). Les correspondances entre les dispositions de la Convention et les lois types spécifiques sont récapitulées dans le tableau 1 à la page 4.

Le commentaire se rapportant aux présentes dispositions législatives types établit une distinction entre les dispositions impératives et les dispositions facultatives, selon ce qui est prévu par la Convention contre la criminalité organisée. Cette distinction n'est pas effectuée pour les dispositions générales (chapitre I^{er}) ni les définitions (article 3), qui, si elles font partie intégrante des dispositions législatives types, ne sont pas prescrites par la Convention elle-même. Par ailleurs, les dispositions recommandées peuvent s'inspirer également d'autres instruments internationaux, notamment ceux qui concernent le droit relatif aux droits de l'homme, le droit humanitaire ou le droit des réfugiés. Chaque fois que cela est approprié ou nécessaire, plusieurs variantes de dispositions sont proposées afin de tenir compte de la diversité des systèmes juridiques.

¹Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, 2237, 2241 et 2326, n° 39574.

Le commentaire indique la source juridique de chaque disposition et, dans certains cas, donne des exemples de lois nationales de divers pays. Il s'appuie également sur les *Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*² et sur les *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*³.

Toute législation nationale relative à la criminalité transnationale organisée doit être élaborée en respectant les principes constitutionnels de l'État concerné, les concepts fondamentaux de son système juridique, sa structure juridique et les mécanismes qu'il utilise pour appliquer la loi. En outre, les lois nationales relatives à ce type de criminalité doivent opérer de manière cohérente avec les lois nationales existantes qui portent sur des questions connexes. Par conséquent, les dispositions législatives types ne sont pas censées être intégrées telles quelles dans le droit interne sans un examen minutieux de l'ensemble du cadre législatif de l'État concerné.

Les présentes dispositions législatives types contre la criminalité organisée sont le fruit du travail du Service de la criminalité organisée de l'ONUDC et ont été élaborées en étroite coordination avec la Section de la justice de l'ONUDC⁴. Un groupe d'experts de la criminalité transnationale organisée ayant différentes expériences juridiques et venant de divers pays s'est réuni à deux reprises pour examiner le projet de dispositions et en débattre⁵.

Logique et structure des dispositions législatives types

Les dispositions législatives types portent sur l'application des articles de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

²*Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.06.V.5).

³*Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.2).

⁴Membres du personnel qui y ont participé: Mounia Ben Hammou, Celso Coracini, Estella Deon, Marie Grandjouan, Simonetta Grassi, Karen Kramer, Johan Kruger, Gioacchino Polimeni, Riikka Puttonen, Stephen Thurlow et Olga Zudova. L'ONUDC a été aidé dans ce travail par deux consultantes: Fiona David, la principale rédactrice, et Marlene Hirtz, qui a apporté ses connaissances sur les systèmes de droit romano-germanique.

⁵Des experts des pays suivants ont contribué à l'élaboration des dispositions législatives types à titre personnel: Australie, Brésil, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Italie, Jamaïque, Mexique, Nouvelle-Zélande et Ouganda. De plus, des représentants des organisations et bureaux suivants ont participé aux réunions: Département des opérations de maintien de la paix du Secrétariat, Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) et Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE).

qui ne sont pas traités par les lois types existantes, c'est-à-dire les articles 2, 3, 5, 10, 11, 15, 17 et 19 à 31 de la Convention. Ils sont répartis en chapitres selon la logique suivante.

Chapitre premier. Dispositions générales

Le chapitre premier contient les dispositions censées figurer d'une manière générale dans la législation d'application de la Convention contre la criminalité organisée, dispositions qui portent sur l'objet de la législation, les principes à appliquer pour interpréter la loi, les définitions essentielles et la compétence.

Chapitre II. Coordination et prévention

Le chapitre II contient des dispositions concernant la création d'un comité national de coordination pour surveiller l'application de ces dispositions et d'autres politiques et programmes de prévention de la criminalité organisée.

Chapitre III. Infractions

Le chapitre III définit précisément quels sont les actes pénalement répréhensibles, traite la question des peines pour les personnes physiques comme pour les personnes morales et présente les facteurs que le tribunal peut prendre en compte au moment de la condamnation.

Chapitre IV. Enquêtes

Le chapitre IV offre un cadre juridique de base pour les techniques d'enquête spéciales qui peuvent contribuer à lutter efficacement contre les infractions transnationales complexes. Il donne également un fondement légal aux mesures destinées à améliorer la coopération opérationnelle et technique entre les services de détection et de répression des États parties, et en particulier aux enquêtes conjointes.

Chapitre V. Poursuites relatives aux infractions visées par la Convention

Le chapitre V aborde certaines des questions de procédure qui se posent en cas de poursuites concernant des infractions visées par la Convention, et notamment l'opportunité des poursuites et l'octroi de l'immunité dans certaines circonstances.

Chapitre VI. Règles spéciales de procédure et de preuve

Le chapitre VI donne un fondement légal aux règles spéciales de procédure et de preuve qui peuvent faciliter le succès des poursuites engagées pour lutter contre la criminalité transnationale organisée, comme l’allongement du délai de prescription et l’admissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à des techniques d’enquête spéciales.

Chapitre VII. Protection des témoins

Le chapitre VII donne une base légale aux mesures qui peuvent être prises, au tribunal comme en dehors du tribunal, pour assurer la sécurité et la dignité des victimes et des témoins des infractions visées par la Convention.

Chapitre VIII. Réparation ou restitution accordée aux victimes des infractions visées par la Convention

Le chapitre VIII donne un fondement légal aux mesures qui peuvent être prises pour assurer une réparation ou restitution aux victimes des infractions visées par la Convention.

Chapitre IX. Transfèrement des personnes condamnées

Le chapitre IX offre une base légale pour le transfèrement, vers un autre État partie, des personnes condamnées pour une infraction visée par la Convention.

Relation avec les lois types existantes

Les présentes dispositions législatives types concernent l’application des articles de la Convention contre la criminalité organisée qui ne sont pas traités par les lois types existantes, à savoir:

- a) La Loi type contre le trafic illicite de migrants (2010);
- b) La Loi type contre la fabrication et le trafic illicites d’armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions (2011);
- c) Le Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, établi par l’Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et le Fonds monétaire international (2005);

d) Les *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)*, établies par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, le Secrétariat du Commonwealth et le Fonds monétaire international (2009);

e) Les *Model Legislative Provisions against Terrorism* (disponibles sur demande);

f) La Loi type sur l'extradition (2004);

g) La Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale (2007);

h) Justice dans les affaires impliquant les enfants victimes et témoins d'actes criminels: Loi type et commentaire (2009);

i) La *Model law on witness protection* établie par l'ONUUDC (disponible sur demande);

j) Les *Model legislative provisions on drug control* (disponibles sur demande).

Le tableau 1 présente la liste de tous les articles de la Convention contre la criminalité organisée en renvoyant pour chacun à la (aux) loi(s) type(s) concernée(s).

Tableau 1. Correspondance entre les articles de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et les lois et dispositions législatives types

<i>Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</i>	<i>Thème</i>	<i>Loi ou dispositions législatives types correspondantes</i>
Article premier	Objet	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 2	Terminologie	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée, Loi type contre le trafic illicite de migrants, Loi type contre la traite des personnes et Loi type contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions
Article 3	Champ d'application	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 4	Protection de la souveraineté	
Article 5	Incrimination de la participation à un groupe criminel organisé	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée

Tableau 1. (suite)

<i>Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</i>	<i>Thème</i>	<i>Loi ou dispositions législatives types correspondantes</i>
Articles 6 et 7	Incrimination du blanchiment du produit du crime	Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, établi par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et le Fonds monétaire international (2005, pour les systèmes de droit romano-germanique) <i>Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)</i> , établies par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, le Secrétariat du Commonwealth et le Fonds monétaire international (2009)
Article 8	Incrimination de la corruption	
Article 9	Mesures contre la corruption	
Article 10	Responsabilité des personnes morales	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 11	Poursuites judiciaires, jugement et sanctions	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 12	Confiscation et saisie	Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, établi par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et le Fonds monétaire international (2005, pour les systèmes de droit romano-germanique)
Article 13	Coopération internationale aux fins de confiscation	
Article 14	Disposition du produit du crime ou des biens confisqués	<i>Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)</i> , établies par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, le Secrétariat du Commonwealth et le Fonds monétaire international (2009) Loi type contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions Model Legislative Provisions against Terrorism

Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

	<i>Thème</i>	<i>Loi ou dispositions législatives types correspondantes</i>
Article 15	Compétence	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 16	Extradition	Loi type sur l'extradition (2004)
Article 17	Transfert des personnes condamnées	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 18	Entraide judiciaire	Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale (2007)
Article 19	Enquêtes conjointes	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 20	Techniques d'enquête spéciales	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 21	Transfert des procédures pénales	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 22	Établissement des antécédents judiciaires	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 23	Incrimination de l'entrave au bon fonctionnement de la justice	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 24	Protection des témoins	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée et <i>Model law on witness protection</i> établie par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
Article 25	Octroi d'une assistance et d'une protection aux victimes	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée et <i>Model law on witness protection</i> établie par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
Article 26	Mesures propres à renforcer la coopération avec les services de détection et de répression	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 27	Coopération entre les services de détection et de répression	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 28	Collecte, échange et analyse d'informations sur la nature de la criminalité organisée	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 29	Formation et assistance technique	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 30	Autres mesures: application de la Convention par le développement économique et l'assistance technique	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée
Article 31	Prévention	Dispositions législatives types contre la criminalité organisée

Table 1. (continued)

<i>Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</i>	<i>Thème</i>	<i>Loi ou dispositions législatives types correspondantes</i>
Article 32	Conférence des Parties à la Convention	
Article 33	Secrétariat	
Article 34	Application de la Convention	
Article 35	Règlement des différends	
Article 36	Signature, ratification, acceptation, approbation et adhésion	
Article 37	Relation avec les protocoles	
Article 38	Entrée en vigueur	
Article 39	Amendement	
Article 40	Dénonciation	
Article 41	Dépositaire et langues	

Chapitre premier.

Dispositions générales

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

Le présent chapitre contient les dispositions censées figurer d'une manière générale dans la législation d'application de la Convention. Ces dispositions correspondent aux articles 1^{er} (objet), 2 (termes essentiels), 3 (champ d'application) et 15 (compétence) et à l'article 34, paragraphe 2 (les infractions visées par la Convention, lorsqu'elles sont établies dans le droit interne, n'ont pas besoin de l'élément de transnationalité ni de l'implication d'un groupe criminel organisé sauf lorsque ceux-ci constituent des éléments essentiels de l'infraction elle-même).

Certaines de ces questions sont parfois déjà traitées dans la législation nationale existante. Il est par exemple possible qu'une définition d'"agent public" ou d'"agent des services de détection et de répression étrangers" figure déjà dans d'autres lois nationales. Il peut aussi exister des lois nationales concernant le droit des tribunaux de connaître des infractions dans le cadre de dispositions de droit interne qui s'appliquent d'une manière générale. Enfin, des lois particulières visant à mettre en œuvre les Protocoles additionnels à la Convention contre la criminalité organisée peuvent également avoir été adoptées. Il importe que les rédacteurs recensent toutes les lois préexistantes et veillent à préserver la cohérence tout en assurant la mise en application des obligations de la Convention.

Article premier. Objet des dispositions législatives types

1. Les présentes dispositions législatives types visent à [faciliter l'application de] [mettre en application] la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.
2. Les présentes dispositions ont pour objet:
 - a) De prévenir et combattre la criminalité organisée;
 - b) De faciliter les enquêtes et les poursuites relatives à la criminalité organisée; et

c) De promouvoir et de faciliter la coopération nationale et internationale afin d'atteindre ces objectifs conformément aux [droits fondamentaux de l'homme et à l'état de droit] [aux obligations juridiques internationales, y compris celles qui concernent les droits de l'homme].

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 1^{er}.

Certains systèmes juridiques n'exigent pas que l'objet de la loi soit énoncé. Toutefois, il peut être utile de préciser cet objet dans certains systèmes, notamment lorsque le fait de mentionner directement le traité dans la loi nationale correspondante permet aux tribunaux de se reporter audit traité pour résoudre les questions d'interprétation.

Il importe que les rédacteurs étudient les liens entre les obligations de la Convention contre la criminalité organisée et d'autres obligations internationales essentielles, en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme et l'administration de la justice. Aussi l'article premier contient-il une mention ("conformément aux [droits fondamentaux de l'homme et à l'état de droit] [aux obligations internationales, y compris celles qui concernent les droits de l'homme]") indiquant que les obligations visées par la Convention ne doivent pas être exécutées au détriment d'autres obligations internationales de première importance.

Article 2. Champ d'application

Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la prévention et à la lutte concernant:

- a) Les infractions graves lorsqu'un groupe criminel organisé y est impliqué; et
- b) Les infractions établies au chapitre III des présentes dispositions législatives types.

COMMENTAIRE

Disposition impérative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 3 (champ d'application) lu conjointement avec l'article 34, paragraphe 2.

L'article 3 de la Convention contre la criminalité organisée prévoit que la Convention s'applique, sauf disposition contraire, à la prévention, aux enquêtes et aux poursuites concernant les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 et aux infractions graves (telles que définies

à l'article 2) lorsque ces infractions sont de nature transnationale et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué.

L'article 3 doit être lu conjointement avec l'article 34, en particulier le paragraphe 2:

Les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention sont établies dans le droit interne de chaque État partie indépendamment de leur nature transnationale ou de l'implication d'un groupe criminel organisé comme énoncé au paragraphe 1 de l'article 3 de la présente Convention, sauf dans la mesure où, conformément à l'article 5 de la présente Convention, serait requise l'implication d'un groupe criminel organisé.

Comme l'indiquent les notes interprétatives sur la Convention:

L'objet de [...] [l'article 34, paragraphe 2] est, sans modifier le champ d'application de la Convention décrit à l'article 3, d'indiquer clairement que l'élément transnational et l'implication d'un groupe criminel organisé ne doivent pas être considérés comme des éléments constitutifs de ces infractions aux fins d'incrimination⁶.

En d'autres termes, même si la Convention porte sur la criminalité transnationale organisée, les rédacteurs nationaux doivent veiller à ce que les lois nationales qui incriminent le blanchiment du produit du crime (article 6), la corruption (article 8), l'entrave au bon fonctionnement de la justice (article 23) et les diverses infractions visées par les Protocoles n'imposent pas que l'acte soit de nature transnationale ou qu'un groupe criminel organisé y soit impliqué, sauf si la définition de l'infraction l'exige. Les lois nationales qui incriminent la participation à un groupe criminel organisé (article 5) ne doivent pas exiger que l'acte soit de nature transnationale.

L'article 34, paragraphe 2, a des conséquences pour l'application de nombreux articles de la Convention. Il est donc très important d'insérer une disposition "Champ d'application" similaire à celle qui figure ici. La Convention prévoit par exemple plusieurs mécanismes pour faciliter la coopération internationale (entraide judiciaire, extradition, confiscation, coopération entre services de police). Ces mécanismes doivent être opérationnels pour toutes les "infractions visées par la présente Convention". De l'article 34, paragraphe 2, il résulte que les "infractions visées par la Convention" comprennent par exemple la corruption, le blanchiment d'argent et l'entrave au bon fonctionnement de la justice, infractions qui sont établies en droit national sans qu'il soit fait référence à l'élément de transnationalité ni à l'implication d'un groupe criminel organisé.

Les Protocoles additionnels à la Convention, qui concernent le trafic illicite de migrants, la traite des personnes et les armes à feu agissent, de fait, comme des prolongements de la Convention. Les dispositions de celle-ci s'appliquent *mutatis mutandis* aux Protocoles (comme l'indiquent l'article 37 de la Convention et l'article premier de chacun des trois Protocoles). Il importe donc que les rédacteurs recensent toutes les lois nationales qui portent sur ces questions et s'assurent que toute loi nationale destinée à donner effet à la Convention s'applique également aux lois nationales destinées à mettre en application les Protocoles.

⁶Note interprétative se rapportant à l'article 34 (voir A/55/383/Add.1, par. 59), citée dans *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 339.

Article 3. Définitions et terminologie

Aux fins des présentes dispositions:

a) Le terme “confiscation” désigne la dépossession permanente de biens sur décision [d’un tribunal ou d’une autre autorité compétente];

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa g.

Les notes interprétatives qui figurent dans les *Travaux préparatoires* à la Convention précisent que:

Lorsque le droit interne d’un État partie exige que la confiscation se fasse sur décision d’un tribunal, ledit tribunal sera considéré comme la seule autorité compétente aux fins de cette définition⁷.

Comme l’indiquent les *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)* établies par l’Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, le Secrétariat du Commonwealth et le Fonds monétaire international⁸, l’autorité qui rend les décisions de confiscation (ou les décisions équivalentes de récupération des avantages obtenus) n’est pas nécessairement un tribunal. Il existe des pays où certaines décisions, comme les mandats de perquisition ou les ordonnances de production, peuvent être rendues par un juge agissant à titre personnel, auquel cas le pouvoir exercé est exécutif plutôt que judiciaire⁹.

Toutefois, les notes interprétatives qui figurent dans les *Travaux préparatoires* à la Convention précisent que:

Lorsque le droit interne d’un État partie exige que la confiscation se fasse sur décision d’un tribunal, ledit tribunal sera considéré comme la seule autorité compétente aux fins de cette définition¹⁰.

Il peut exister différents types de décisions de confiscation. Une décision de confiscation peut être rendue lorsque des biens ou des avoirs particuliers peuvent être individualisés. Une décision de récupération des avantages obtenus peut être rendue lorsqu’aucun bien n’est individualisable, par suite d’une conversion ou d’une substitution. De plus, dans certains systèmes juridiques, il existe un régime de confiscation sans condamnation (confiscation civile).

⁷Notes interprétatives se rapportant à l’article 2 (voir A/55/383/Add.1, par. 6), citées dans *Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s’y rapportant*, p. 20 et 21.

⁸Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Secrétariat du Commonwealth et Fonds monétaire international, *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)* (2009). Disponible à l’adresse suivante: www.unodc.org/documents/money-laundering/Model_Provisions_2009_Final.pdf (dernière consultation le 17 février 2014).

⁹Ibid., sect. 43, par. 5, p. 68.

¹⁰Notes interprétatives se rapportant à l’article 2 (voir A/55/383/Add.1, par. 6), citées dans *Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s’y rapportant*, p. 20 et 21.

Exemples

L'article 1.3 du Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (pour les systèmes de droit romano-germanique) propose une définition légèrement différente, plus restrictive:

P. Le terme "confiscation" signifie la privation permanente de biens sur décision d'un tribunal¹¹.

La Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale (2007)¹² contient la définition suivante du terme confiscation:

Confiscation, terme qui recouvre notamment la perte de droit s'il y a lieu, et désigne la privation définitive de biens par ordonnance prise par un tribunal ou par une autre autorité compétente (art. 22, par. 2).

b) L'expression "avantage financier ou autre avantage matériel" s'entend de tout type d'incitation financière ou non financière, de paiement, d'avantage indu, de récompense, d'avantage, de privilège ou de service (y compris services sexuels ou autres);

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa a.

L'expression "avantage financier ou autre avantage matériel" fait partie intégrante de la définition du "groupe criminel organisé" qui figure à l'article 2, alinéa a, de la Convention. Comme l'indiquent les notes interprétatives se rapportant à l'article 2 (voir A/55/383/Add.1, par. 3) qui figurent dans les *Travaux préparatoires* à la Convention:

Les termes "pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel" devraient être interprétés dans un sens large de manière à inclure, par exemple, des infractions pouvant avoir pour mobile essentiel une gratification sexuelle, telles que la réception ou le commerce de matériels pornographiques par les membres de cercles pornographiques impliquant des enfants, le commerce d'enfants par les membres de cercles pédophiles ou le partage des frais entre les membres de ces cercles¹³.

Par souci de cohérence, la définition de l'"avantage financier ou autre avantage matériel" qui figure ici est identique à celle que l'on trouve dans la Loi type contre le trafic illicite de migrants publiée par l'ONU DC.

¹¹ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et Fonds monétaire international, *Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme* (2005), p. 12. Disponible à l'adresse suivante: www.unodc.org/documents/legal-tools/AML_MLawFrench.pdf (dernière consultation le 17 février 2014).

¹² Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale* (2007), p. 15. Disponible à l'adresse suivante: https://www.unodc.org/tldb/pdf/UN_Model_Law_MLA_Translation_FR.pdf.

¹³ *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 20.

Exemple

Les *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)*, dans leur section 45, paragraphe 5, disposent que:

Le terme “avantage” désigne un avantage, un gain, un profit ou un versement de toute nature et les avantages qu’une personne tire ou obtient ou qui lui reviennent comprennent ceux qu’une autre personne tire ou obtient ou qui lui reviennent, lorsque cette dernière est sous l’emprise de la première personne ou agit sur ses ordres ou à sa demande.

c) Un “service de détection et de répression étranger” d’un autre État désigne [le service] compétent chargé [de la prévention, des poursuites] des enquêtes concernant la criminalité dans un autre État;

COMMENTAIRE

Source: La nécessité de définir cette expression résulte de l’article 27 de la Convention contre la criminalité organisée, article qui impose aux États parties une coopération internationale entre les services de détection et de répression.

Comme l’indiquent les *Guides législatifs*, les États parties à la Convention sont tenus, par l’article 27, d’assurer une coopération étroite entre leurs services de police. Dans certains systèmes juridiques, il peut être nécessaire d’autoriser expressément les services de détection et de répression nationaux à travailler avec leurs homologues étrangers de cette manière. En pareil cas, il peut également être nécessaire d’insérer une définition de l’expression “service de détection et de répression étranger”.

d) Les termes “gel” ou “saisie” désignent l’interdiction temporaire du transfert, de la conversion, de la disposition ou du mouvement de biens, ou le fait d’assumer temporairement la garde ou le contrôle de biens sur décision d’un tribunal ou d’une autre autorité compétente;

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa *f*.

La Convention impose aux États parties d’instaurer des mécanismes de gel et de saisie du produit du crime à l’échelle nationale et sous forme de coopération internationale (voir, par exemple, les articles 12 et 13). De plus, le gel ou la saisie du produit du crime peut également permettre au juge de jugement de s’assurer que les criminels ne conservent pas les profits obtenus grâce à leurs infractions. Il peut donc être utile que les rédacteurs vérifient qu’il existe une définition du “gel” et de la “saisie” en droit interne. Les définitions proposées ici reposent sur la définition qui figure à l’article 2, alinéa *f*, de la Convention.

Les notes interprétatives sur la Convention précisent que:

Les termes “gel” ou “saisie”, tels que définis à l’alinéa *f* de l’article 2, figurent aux articles 12 et 13 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Les termes

“perquisition et saisie” qui apparaissent à l’article 18 ne devraient pas être confondus avec le terme “saisie” qui figure à l’article 2. “Perquisition et saisie” se rapporte au recours par les autorités de détection et de répression à des mesures d’intrusion ordonnées légalement pour obtenir des éléments de preuve aux fins d’utilisation dans une affaire pénale. Le terme “gel”, à l’article 18, couvre la notion de “gel” ou “saisie” telle que définie à l’article 2 et devrait être interprété dans un sens plus large de manière à viser non seulement les biens, mais également les éléments de preuve¹⁴.

Exemple

L’article 1.3 du Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (pour les systèmes de droit romano-germanique) définit séparément les termes “gel” et “saisie” comme suit:

N. Le terme “gel” désigne l’interdiction de transférer, de convertir, de céder ou de déplacer des fonds ou autres biens par suite d’une décision prise par une autorité judiciaire ou autre autorité compétente et ce, pour la durée de validité de ladite mesure. Les fonds ou autres biens gelés restent la propriété de la ou des personnes/entités détenant des intérêts dans lesdits fonds ou lesdits biens au moment du gel et peuvent continuer d’être administrés par l’institution financière.

O. Le terme “saisie” désigne l’interdiction de transférer, de convertir, de céder ou de déplacer des fonds ou autres biens par suite d’une décision prise par une autorité judiciaire ou autre autorité compétente et ce, pour la durée de validité de ladite mesure. Les fonds ou autres biens gelés restent la propriété de la ou des personnes/entités détenant des intérêts dans lesdits fonds ou lesdits biens au moment de la saisie et peuvent continuer d’être administrés par l’institution financière¹⁵.

e) L’expression “groupe criminel organisé” désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s’appliquent, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel;

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa a.

La définition du groupe “groupe criminel organisé”, qui figure à l’article 2, alinéa a, de la Convention, joue un rôle central dans sa mise en œuvre. Par conséquent, il est essentiel que les rédacteurs nationaux étudient comment retranscrire au mieux cette définition en droit interne.

¹⁴Notes interprétatives se rapportant à l’article 2 (voir A/55/383/Add.1, par. 5), citées dans les *Travaux préparatoires des négociations en vue de l’élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s’y rapportant*, p. 20 et 21.

¹⁵Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et Fonds monétaire international, *Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*, p. 11.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, la définition du "groupe criminel organisé" n'inclut pas les groupes qui ne cherchent pas à obtenir un "avantage financier ou un autre avantage matériel"¹⁶. En d'autres termes, les groupes terroristes ou insurgés ne rentrent pas dans cette définition, à condition que leurs objectifs n'aient pas de rapport avec un avantage financier ou matériel. Néanmoins, cette définition peut quand même englober un groupe de ce type lorsque, par exemple, une organisation terroriste vend de la drogue pour financer ses activités.

Les notes interprétatives sur la Convention expliquent également que:

Les termes "pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel" devraient être interprétés dans un sens large de manière à inclure, par exemple, des infractions pouvant avoir pour mobile essentiel une gratification sexuelle, telles que la réception ou le commerce de matériels pornographiques par les membres de cercles pornographiques impliquant des enfants, le commerce d'enfants par les membres de cercles pédophiles ou le partage des frais entre les membres de ces cercles¹⁷.

En pratique, certains États peuvent vouloir être plus précis concernant certains éléments de cette définition ou ont besoin de l'être, par exemple au sujet de la définition du "certain temps" depuis lequel un groupe doit exister. À cet égard, il peut être plus clair de faire simplement référence à "n'importe quelle durée". Il peut également être opportun de supprimer le terme "structuré" et de parler uniquement de "groupes". Dans la Convention contre la criminalité organisée, un groupe structuré est défini de manière négative, comme un groupe qui n'a pas besoin de hiérarchie précise. Ce type de démarche est autorisé, car l'article 34, paragraphe 3, dispose que les États parties peuvent adopter des mesures plus strictes ou plus sévères que celles qui sont prévues par la Convention afin de prévenir et de combattre la criminalité transnationale organisée.

Exemple

L'article 1.3 du Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme établi par l'ONUDC définit le "groupe criminel organisé" comme suit:

L'expression "groupe criminel organisé" désigne un groupe structuré de trois personnes ou plus existant 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.

Exemple

Le *Crimes Act* néo-zélandais de 1961 définit le groupe criminel organisé comme suit:

Section 98A: Participation à un groupe criminel organisé

1) Toute personne commet une infraction passible de dix ans d'emprisonnement lorsqu'elle participe à un groupe criminel organisé:

¹⁶ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 13.

¹⁷ Notes interprétatives se rapportant à l'article 2 (voir A/55/383/Add.1, par. 3), citées dans *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 20.

- a) En sachant que trois personnes ou plus partagent au moins un des objectifs (le ou les objectifs particuliers) décrits aux alinéas *a* à *d* du paragraphe 2 (que cette personne elle-même partage ou non le ou les objectifs particuliers); et
 - b) Soit en sachant que ses actes concourent à la réalisation d'une activité criminelle, soit en faisant preuve d'imprudence sur ce point; et
 - c) Soit en sachant que ladite activité criminelle contribue à atteindre le ou les objectifs particuliers du groupe criminel organisé, soit en faisant preuve d'imprudence sur ce point.
- 2) Aux fins de la présente loi, un groupe est un groupe criminel organisé s'il est constitué d'au moins trois personnes qui ont pour objectif(s):
- a) De tirer un avantage matériel de la commission d'infractions passibles de quatre ans d'emprisonnement; ou
 - b) De tirer un avantage matériel d'actes commis hors de Nouvelle-Zélande qui, s'ils avaient eu lieu en Nouvelle-Zélande, auraient constitué des infractions passibles d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est d'au moins quatre ans; ou
 - c) De commettre des actes de violence graves (au sens de la section 2); ou
 - d) De commettre, hors de Nouvelle-Zélande, des actions, qui, si elles avaient eu lieu en Nouvelle-Zélande, auraient constitué des actes de violence graves (au sens de la section 2).
- 3) Un groupe de personnes est susceptible d'être un groupe criminel organisé aux fins de la présente loi indépendamment du fait que:
- a) Certaines de ces personnes sont subordonnées à d'autres ou employées par d'autres; ou que
 - b) Seules certaines des personnes qui en font partie à un moment donné sont impliquées dans la préparation, l'organisation ou l'exécution d'une action, d'une activité ou d'une transaction à ce moment-là; ou que
 - c) La composition de ce groupe change de temps en temps.

Exemple

Dans le Code pénal adopté par la Fédération de Russie en 1996, une infraction est considérée comme commise par un groupe criminel organisé si elle a été accomplie par un groupe permanent (stable) de personnes réunies au préalable pour perpétrer une ou plusieurs infractions. Une infraction est considérée comme commise par une association de malfaiteurs si elle a été accomplie par un groupe organisé structuré ou par une association de groupes organisés agissant sous une direction unique et si les membres de ces groupes se sont réunis en vue de perpétrer ensemble une ou plusieurs infractions graves ou très graves afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel. Quiconque a constitué un groupe criminel organisé ou une association de malfaiteurs ou a dirigé ce type de structure est passible de sanctions pénales dans les cas prévus aux articles 208 (constitution d'un groupe armé illégal et participation à un groupe de ce type), 209 (banditisme), 210 (constitution d'une association de malfaiteurs) et 282.1 (constitution d'une association

extrémiste), du Code pénal de la Fédération de Russie. Il en va de même pour toutes les infractions commises intentionnellement par un groupe criminel organisé ou par une association de malfaiteurs.

Exemple

Le Code pénal norvégien de 1902 définit le “groupe criminel organisé” dans sa section 60 a comme suit:

Un groupe criminel organisé est un groupe de trois personnes ou plus dont l’objectif principal est de commettre un acte passible d’une peine d’emprisonnement dont le maximum est d’au moins trois ans ou dont l’activité consiste en grande partie à commettre un tel acte¹⁸ . . .

Exemple

Le Code pénal bulgare de 1968 définit le “groupe criminel organisé” comme suit:

Article 93, par. 20

20. (Nouveau, Journal officiel n° 92 de 2002, modifié par le Journal officiel n° 27 de 2009) Un “groupe criminel organisé” est l’association structurée et permanente de trois personnes ou plus dans le but de perpétrer d’un commun accord, dans le pays ou à l’étranger, une infraction passible d’une peine privative de liberté dont le maximum est supérieur à trois ans. Une association est considérée comme structurée même en l’absence de rôle formellement défini pour chacun de ses membres, de continuité de leur participation ou de structure élaborée¹⁹.

Exemple

Le Code pénal lituanien de 2000 définit différentes formes de complicité, dont (entre autres) le “groupe organisé” et l’“association de malfaiteurs”, comme suit:

Article 25. Formes de complicité

- 1) Les différentes formes de complicité sont le groupe de complices, le groupe organisé et l’association de malfaiteurs.
- 2) Un groupe de complices est un groupe au sein duquel deux personnes ou plus s’entendent, à n’importe quelle étape de la commission d’une infraction, en vue de perpétrer, de poursuivre ou d’achever de commettre ladite infraction, lorsque au moins deux de ses membres en sont l’auteur.
- 3) Un groupe organisé est un groupe au sein duquel deux personnes ou plus s’entendent, à n’importe quelle étape de la commission d’une infraction, en vue de perpétrer plusieurs infractions ou une infraction grave ou très grave pour la commission de laquelle ou desquelles chaque membre du groupe effectue une certaine tâche ou joue un rôle différent.
- 4) Une association de malfaiteurs est une association dans laquelle trois personnes ou plus qui ont des relations permanentes et se répartissent les rôles ou les tâches se réunissent pour

¹⁸Consultable (en anglais) à l’adresse suivante: www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/NOR_penal_code.pdf.

¹⁹Consultable (en anglais) à l’adresse suivante: www.imolin.org/doc/amlid/Bulgaria/Bulgaria_Criminal_Code_2009.pdf.

commettre une série d'infractions (une ou plusieurs infractions graves ou très graves). Les groupes ou les organisations qui luttent contre l'État et les groupes terroristes sont considérés comme des associations de malfaiteurs²⁰.

Exemple

La loi pénale chinoise de 1979²¹ réprime le fait de constituer ou de diriger une "organisation qui s'apparente à une association de malfaiteurs", ou encore d'y prendre une part active. L'expression "organisation qui s'apparente à une association de malfaiteurs" n'est pas définie dans la loi elle-même, mais dans l'interprétation du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale concernant l'article 294, paragraphe 1, de la loi pénale de la République populaire de Chine:

Une "organisation qui s'apparente à une association de malfaiteurs" visée à l'article 294, paragraphe 1, de la loi pénale possède l'ensemble des caractéristiques suivantes:

- 1) L'organisation criminelle est relativement stable et compte un nombre assez important de membres, d'organisateurs ou de dirigeants certains et de membres clefs qui y restent longtemps;
- 2) Elle obtient un avantage financier grâce à des activités menées illégalement, à des infractions ou par d'autres moyens et dispose d'un certain pouvoir économique qui lui permet de financer ses activités;
- 3) Elle a perpétré des actions organisées illégalement et des infractions à de nombreuses reprises en usant de la violence, de menaces ou d'autres moyens et en commettant des actes de violence, en faisant peu de cas de personnes, en les blessant cruellement ou en les tuant;
- 4) En commettant des infractions ou en profitant de la protection et de la complaisance de fonctionnaires de l'État, elle joue un rôle despotique dans un secteur en exerçant un contrôle illégal et une influence illégale considérable sur un certain secteur ou activité, ce qui porte un grave préjudice à l'ordre économique et aux activités quotidiennes de la population²².

Exemple

Le Code pénal de 2002 de la République de Moldova définit le "groupe criminel organisé" comme suit:

Article 46. Groupe criminel organisé

Le groupe criminel organisé est un groupement stable de personnes qui se sont organisées au préalable en vue de commettre une ou plusieurs infractions²³.

²⁰ Consultable (en anglais) à l'adresse suivante: www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=366707&p_query=&p_tr2=#.

²¹ Le texte de la loi pénale de la République populaire de Chine est accessible (en anglais) à l'adresse suivante: www.imolin.org/doc/amlid/China/China_Criminal_Law_1997.pdf. L'interprétation du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale concernant l'article 294, paragraphe 1, de la loi pénale de la République populaire de Chine est accessible (en anglais) à l'adresse suivante: www.gov.cn/english/laws/2005-10/09/content_75389.htm.

²² Accessible (en anglais) à l'adresse suivante: www.gov.cn/english/laws/2005-10/09/content_75389.htm.

²³ Accessible à l'adresse suivante: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/14>.

Exemple

Le Code pénal de 1937 de la Confédération suisse définit l'“organisation criminelle” comme suit:

Article 260 ter

Organisation criminelle

1. 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 d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire²⁴.

f) L'expression “produit du crime” désigne tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant. [Le produit du crime peut provenir d'infractions commises sur le territoire de [insérer le nom de l'État] ou non].

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa e.

La Convention oblige les États parties à prendre plusieurs mesures concernant le produit du crime résultant d'infractions commises par des groupes criminels organisés. Il importe donc que cette notion soit définie.

La définition qui figure ici repose sur l'article 2, alinéa e, de la Convention contre la criminalité organisée, alinéa qui énonce que:

L'expression “produit du crime” désigne tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant.

Lorsque le législateur veut s'assurer que le produit du crime est visé par la loi même si celui-ci ne relève pas de la compétence territoriale de l'État, il peut clairement indiquer que le produit du crime peut inclure ce qui se trouve à l'étranger. Le fait de savoir si les autorités publiques ont la possibilité, en pratique, de récupérer ce produit du crime devient alors une question de mise en œuvre de la loi.

Exemples

L'article 1.3 du Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme propose plusieurs possibilités pour la définition du “produit du crime”:

A. L'expression “produit du crime” s'entend de tous fonds ou biens tirés ou obtenus directement ou indirectement.

²⁴ Accessible à l'adresse suivante: www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html#a260ter.

Variante 1: de toute infraction.

Variante 2: d'une infraction passible d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an.

Variante 3: d'une infraction passible d'une peine d'emprisonnement de plus de six mois.

Variante 4: d'infractions définies aux articles [de la législation précisée, par exemple, le Code pénal].

Le produit du crime inclut les avoirs convertis ou transformés, totalement ou en partie, en d'autres biens ainsi que les produits d'investissement.

Les *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)*, contiennent la définition suivante:

Aux fins de la présente section, le "produit du crime" comprend le produit des infractions commises en dehors du territoire national lorsque l'acte en question constitue une infraction dans l'État ou le territoire où il a été perpétré et constituerait une infraction s'il était commis sur le territoire national de [insérer le nom de l'État qui adopte la loi].

La Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale (2007) définit les fruits d'activités criminelles comme suit:

Fruits d'activités criminelles désigne tout bien tiré ou obtenu directement ou indirectement de la commission d'un délit ou d'une activité illicite, que ce bien se trouve ou que le délit ait été commis à l'intérieur ou à l'extérieur de (nom de l'État) (sect. 22, par. 5).

g) Le terme "biens" désigne tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs;

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa *d*.

La définition présentée ici repose sur la définition du terme "biens" qui figure dans l'article 2, alinéa *d*, de la Convention contre la criminalité organisée, alinéa qui énonce que:

d) Le terme "biens" désigne tous les types d'avoirs, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs.

Dans nombre de systèmes juridiques, une définition équivalente existe déjà.

Il importe que les rédacteurs déterminent si le législateur entend viser les biens qui ne relèvent pas de la compétence territoriale de leur État (par exemple à des fins de confiscation des avoirs). En pareil cas,

il peut être utile d'indiquer clairement que les biens peuvent comprendre les biens situés à l'étranger. Le fait de savoir si les autorités publiques ont la possibilité, en pratique, de récupérer ces biens devient alors une question de mise en œuvre de la loi.

Exemples

L'article 1.3 du Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme contient une définition plus détaillée des "fonds" et des "biens":

- B. Le terme "fonds" ou "biens" désigne les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, tangibles ou intangibles, ainsi que les documents ou instruments juridiques sous toute forme, y compris électronique ou numérique, prouvant la propriété de ou les intérêts sur lesdits avoirs, y compris, mais de façon non limitative, les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les valeurs mobilières, les obligations, les traites ou lettres de crédit ainsi que les éventuels intérêts, dividendes ou autres revenus ou valeur tirés de ou générés par de tels avoirs.

Les Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems) contiennent une définition des biens:

Le terme "biens" désigne tous les types d'avoirs, tangibles ou intangibles, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, quel que soit leur mode d'acquisition, ainsi que les actes juridiques ou documents sous toute forme, y compris électronique ou numérique, attestant la propriété de ces avoirs ou les droits y relatifs, notamment mais pas seulement, les espèces, les crédits bancaires, les dépôts et les autres ressources financières, les chèques de banque, les ordres de paiement, les actions, obligations et autres valeurs mobilières et les traites et lettres de crédit, qu'ils se trouvent [*insérer le nom de l'État*] ou ailleurs, et comprend les droits partiels ou complets attachés à ces biens.

Exemple

La Loi type d'entraide judiciaire en matière pénale (2007) définit les biens comme suit:

Biens désigne les biens et avoirs de toute nature, corporels et incorporels, meubles ou immeubles, matériels ou immatériels et les documents ou instruments juridiques constituant une preuve de titre propriété de ces biens ou de droit de propriété sur ceux-ci (sect. 22, par. 6).

h) L'expression "infraction grave" désigne une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde;

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa b.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, de nombreuses dispositions de la Convention contre la criminalité organisée peuvent être invoquées en cas d'infraction grave impliquant un groupe criminel

organisé²⁵. La notion d'“infraction grave” est définie à l'article 2, alinéa b. Même si rien n'oblige le législateur national à introduire une définition de l'“infraction grave”, celle-ci peut être utile lorsqu'il entend élargir le champ d'application de certaines dispositions élaborées pour mettre en application la Convention (par exemple la législation sur l'entraide judiciaire) à des types d'infraction qui ne sont pas explicitement mentionnés dans la Convention. La définition de l'“infraction grave” est présentée ici sans préjudice d'une éventuelle définition de ce type d'infraction en droit interne.

Sur ce point, les *Guides législatifs* sur la Convention indiquent que:

Si des États parties souhaitent faire entrer dans le champ de la Convention d'autres infractions en rapport avec les groupes criminels organisés (c'est-à-dire en sus des infractions visées par les articles 5, 6, 8 et 23), il leur faudra peut-être s'assurer que les sanctions prévues répondent aux conditions de la définition ci-dessus (voir art. 3, par. 1 b).

i) Le terme “témoin” désigne toute personne détenant des informations qui intéressent l'enquête, les poursuites ou le jugement relatifs à une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent.

COMMENTAIRE

La Convention impose aux États parties de prendre certaines mesures portant sur la protection des témoins qui font un témoignage concernant les infractions visées par la Convention. Dès lors, les rédacteurs auront peut-être à examiner s'il existe déjà une définition adaptée et fonctionnelle du terme “témoin” dans les lois nationales, définition à laquelle les dispositions sur l'octroi d'une protection et d'une assistance aux témoins pourraient faire référence.

La formulation présentée ici s'inspire de la description fonctionnelle du témoin qui figure à la page 19 des *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée* publiées par l'ONUDC²⁶. Comme l'indique ce document, c'est le rôle du témoin — en tant que personne détentrice d'informations importantes pour la procédure judiciaire ou pénale — qui importe, plutôt que son statut ou la forme du témoignage. Les témoins se divisent principalement en trois catégories: les collaborateurs de la justice (indicateurs, autres personnes qui ont participé à l'activité criminelle), les victimes témoins et les autres types de témoins (simples spectateurs, témoins experts, etc.).

Compte tenu du fait que l'intimidation des témoins peut nuire de manière importante à l'administration de la justice, il est recommandé de définir le “témoin” de manière large afin d'y inclure non seulement les personnes qui apportent une aide en témoignant au tribunal, mais aussi, par exemple, celles qui donnent des informations qui sont utiles aux enquêteurs.

²⁵*Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 14.

²⁶Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée* (2009), p. 19.

Chapitre II.

Coordination et prévention relatives à la criminalité organisée

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

La création d'infractions spécifiques et le fait de donner la priorité à une détection, une répression, des poursuites et des jugements efficaces sont essentiels pour lutter contre la criminalité organisée. Il est toutefois indispensable que les mesures de justice pénale prises adoptées soient soutenues par des efforts de prévention de même importance.

Le fait de prévenir toute apparition de la criminalité transnationale organisée est au cœur même de la Convention contre la criminalité organisée. Comme l'énonce son article 1, l'objet de la Convention est de promouvoir la coopération afin de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité transnationale organisée.

Même si la notion de prévention du crime peut avoir de nombreuses significations différentes, les États Membres de l'Organisation des Nations Unies, dans le cadre du Conseil économique et social, ont élaboré des Principes directeurs applicables à la prévention du crime²⁷. D'après ces Principes:

La "prévention du crime" comprend les stratégies et mesures qui visent à réduire les risques d'infractions et les effets préjudiciables que ces dernières peuvent avoir sur les personnes et sur la société, y compris la peur de la criminalité, et ce en s'attaquant à leurs multiples causes.

Les présentes dispositions législatives types adoptent cette définition de la prévention du crime.

Les pays devraient s'efforcer d'intégrer un solide volet proactif de prévention du crime à leur législation, à leurs politiques et à leurs programmes relatifs à la Convention contre la criminalité organisée, et pas seulement des mesures réactives ou liées à la sécurité. Comme l'indiquent les *Principes directeurs applicables à la prévention du crime: Manuel d'application pratique*²⁸, différentes approches de la

²⁷Résolution 2002/13 du Conseil économique et social, annexe.

²⁸*Principes directeurs applicables à la prévention du crime: Manuel d'application pratique*, Série de manuels sur la justice pénale (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.10.IV.9).

prévention du crime ont été élaborées sur la base d'un volume considérable de recherches et d'évaluations au cours des vingt dernières années. Les principaux types de prévention du crime comprennent différentes interventions mises au point sur de nombreuses années, notamment celles qui sont axées sur le développement, la situation des personnes, les caractéristiques sociales et communautaires ou la prévention de la récidive, et ces interventions peuvent être classées en plusieurs catégories²⁹.

Dans le cas de la prévention de la criminalité organisée, même si l'objet du trafic (drogue, êtres humains, armes à feu, etc.) peut varier, les techniques employées (corruption, blanchiment d'argent, intimidation) sont les mêmes. Il importe donc de favoriser la coopération. Les origines de la criminalité organisée, les populations impliquées dans le trafic et les personnes qui en sont victimes ou les migrants objet d'un trafic se trouvent souvent dans le même pays. Il convient dès lors d'appliquer des solutions proactives nationales et locales. De même, une demande considérable de biens et de services ayant fait l'objet d'un trafic peut émaner du pays même et pas uniquement de l'étranger.

Les Principes directeurs applicables à la prévention du crime établis par le Conseil économique et social constatent l'importance de sept principes fondamentaux pour une prévention efficace du crime:

Rôle moteur des pouvoirs publics. À tous les niveaux, les pouvoirs publics devraient jouer un rôle moteur dans l'élaboration de stratégies efficaces et humaines de prévention du crime et dans la création et la gestion de cadres institutionnels permettant d'exécuter et de contrôler ces stratégies.

Développement socioéconomique et intégration. La prévention du crime devrait être intégrée à toutes les politiques et à tous les programmes socioéconomiques concernés, notamment ceux qui portent sur l'emploi, l'enseignement, la santé, le logement et l'urbanisme, la pauvreté, la marginalisation sociale et l'exclusion.

Coopération et partenariats. Ils devraient faire partie intégrante de la prévention du crime, compte tenu de la grande diversité des causes de la criminalité et des compétences et des responsabilités requises pour s'y attaquer.

Durabilité et responsabilité. Pour s'inscrire dans la durée, la prévention du crime doit être dotée de moyens suffisants, notamment pour financer les structures et les activités nécessaires.

Base de connaissances. Les stratégies et mesures de prévention du crime devraient reposer sur une connaissance à la fois large et multidisciplinaire des problèmes que pose la criminalité, de leurs causes multiples et des pratiques prometteuses ou éprouvées.

Droits de l'homme, état de droit et culture de la légalité. Les droits de l'homme qui sont reconnus par des instruments juridiques internationaux auxquels les États sont parties doivent être pris en compte et respectés dans tous les aspects de la prévention du crime.

Interdépendance. Les stratégies et diagnostics nationaux en matière de prévention du crime devraient tenir compte des liens entre les problèmes que pose la criminalité à l'échelle locale et la criminalité transnationale organisée.

²⁹ Ibid., p. 12.

Article 4. Comité national de coordination

1. Aux fins du présent article, l'expression "prévention du crime" désigne les stratégies et mesures qui visent à réduire le risque d'apparition de la criminalité organisée et les effets préjudiciables que celle-ci peut avoir sur les personnes et sur la société en s'attaquant à leurs multiples causes.

2. Le [Ministre compétent] crée un [comité/organe] national de coordination chargé d'élaborer, de coordonner, de contrôler et d'évaluer les mesures nationales adoptées afin de prévenir toutes les formes de criminalité organisée, notamment en collectant, en analysant et en échangeant des informations et en mettant en place des programmes de prévention, des formations et d'autres actions comme la coopération technique avec d'autres États.

3. [Le comité/l'organe] comprend des agents de [insérer le nom des organismes compétents], des agents des autres organismes publics concernés et des représentants des prestataires de services des secteurs public et privé locaux.

4. Conformément à la réglementation interne/applicable, une [personne/organisation] est [nommée secrétaire/chargée du secrétariat] du comité. Le comité a le pouvoir de créer des [sous-comités/groupes de travail] selon les besoins.

5. Le comité fait rapport chaque année au [Ministre compétent/Parlement] sur ses activités.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, articles 1^{er} et 31.

L'objectif principal de la Convention est de prévenir et de combattre plus efficacement la criminalité organisée. La prévention du crime peut avoir de nombreuses significations différentes. Comme l'indique l'introduction de ce chapitre, les présentes dispositions législatives types adoptent la définition de la "prévention du crime" qui figure dans les Principes directeurs applicables à la prévention du crime élaborés par le Conseil économique et social. Les *Principes directeurs applicables à la prévention du crime: Manuel d'application pratique* relèvent que l'une des premières recommandations mentionnée dans les Principes consiste à créer une autorité centrale permanente chargée de la mise en œuvre de la politique de prévention du crime:

Au plan national, les pays pourront décider de confier la responsabilité de la prévention du crime à un ministère, comme celui qui est chargé de la justice et de la sécurité publique, ou à un

groupe de ministères, ou bien de constituer une institution séparée à un niveau élevé. Le rôle de l'autorité centrale permanente est de donner l'impulsion voulue et de collaborer avec les autres secteurs gouvernementaux et les autres niveaux de l'administration ainsi qu'avec la société civile pour élaborer un plan national ainsi que de le mettre en œuvre et de suivre son exécution. L'autorité centrale doit faciliter l'action aux échelons inférieurs de l'administration. Dans certains cas, des pays ont décidé de promulguer des lois à l'appui d'un plan national et demandent aux autres acteurs de l'élaborer avec l'autorité centrale. Dans tous les cas, des ressources devront être allouées à la mise en œuvre des plans³⁰.

Dans les présentes dispositions législatives types, on recommande, de manière similaire, d'envisager la création d'un organe central de coordination dans le cadre de l'application de la Convention contre la criminalité organisée et des Protocoles s'y rapportant. Outre l'attention largement portée par la Convention à la prévention, du fait de l'article 31, les États parties à la Convention sont également dans l'obligation de prendre certaines mesures concrètes qui visent à prévenir la criminalité organisée. Ils doivent notamment:

a) S'efforcer d'élaborer et d'évaluer des projets nationaux ainsi que de mettre en place et de promouvoir les meilleures pratiques et politiques pour prévenir la criminalité transnationale organisée;

b) Conformément aux principes fondamentaux de leur droit interne, s'efforcer de réduire, par des mesures législatives, administratives ou autres appropriées, les possibilités actuelles ou futures des groupes criminels organisés de participer à l'activité des marchés licites en utilisant le produit du crime.

Ces mesures devraient être axées sur:

- i) Le renforcement de la coopération entre les services de détection et de répression ou les magistrats du parquet et les entités privées concernées, notamment dans l'industrie;
- ii) La promotion de l'élaboration de normes et procédures visant à préserver l'intégrité des entités publiques et des entités privées concernées, ainsi que de codes de déontologie pour les professions concernées, notamment celles de juriste, de notaire, de conseiller fiscal et de comptable;
- iii) La prévention de l'usage impropre par les groupes criminels organisés des procédures d'appel d'offres menées par des autorités publiques ainsi que des subventions et licences accordées par des autorités publiques pour une activité commerciale;
- iv) La prévention de l'usage impropre par des groupes criminels organisés de personnes morales.

Les mesures visant à prévenir l'usage impropre par des groupes criminels organisés de personnes morales pourraient inclure:

a) L'établissement de registres publics des personnes morales et physiques impliquées dans la création, la gestion et le financement de personnes morales;

b) La possibilité de déchoir les personnes reconnues coupables d'infractions visées par la présente Convention, par décision de justice ou par tout moyen approprié, pour une période raisonnable, du droit de diriger des personnes morales constituées sur leur territoire;

³⁰ Ibid., p. 32 et 33.

c) L'établissement de registres nationaux des personnes déchues du droit de diriger des personnes morales;

d) L'échange d'informations contenues dans les registres mentionnés aux alinéas a et c avec les autorités compétentes des autres États parties³¹.

La mise en œuvre de ces obligations impose des efforts à l'État et à la société civile, ainsi qu'une coordination et une coopération très importantes. On peut envisager que ces mesures spécifiques relèvent des compétences plus larges d'un comité ou d'un organe de coordination. Ce comité ou cet organe serait le principal responsable de la coordination des efforts engagés par les diverses parties prenantes en s'assurant que les informations pertinentes sont échangées comme il convient, en évitant les doubles emplois et en contrôlant les effets et l'efficacité des activités de prévention du crime. Il peut également être nécessaire que le comité ou l'organe central de coordination s'efforce de coordonner d'autres organismes officiels, par exemple ceux qui sont chargés de mettre en application les trois Protocoles additionnels à la Convention contre la criminalité organisée. Plusieurs pays ont créé des comités nationaux de coordination afin de coordonner les mesures prises pour lutter contre la traite des personnes.

Exemples

On trouvera de nombreux exemples de mesures concrètes de prévention du crime dans le document *Practical Approaches to Urban Crime Prevention*³².

Article 5. Collecte et analyse de données

1. [Le comité/l'organe] national établit un programme de recherche comprenant la collecte et la publication de statistiques et d'autres données et informations, relatif à des questions qui concernent l'accomplissement de sa mission, la prévention du crime, et portant sur:

- a) Des études diagnostiques sur les causes profondes de la criminalité;
- b) Des audits locaux de sécurité et des enquêtes de victimisation;
- c) Les tendances et les menaces relatives à la criminalité organisée;
- d) Les circonstances dans lesquelles elle opère;
- e) Les groupes professionnels et les techniques impliqués dans les États parties comme dans les États non parties;
- f) L'efficacité des lois, politiques et mesures nationales et internationales existantes qui visent à prévenir et à combattre la criminalité organisée;

³¹Convention contre la criminalité organisée, art. 31, par. 1 et 2.

³²Margaret Shaw et Vivien Carli (dir.), *Practical Approaches to Urban Crime Prevention: Proceedings of the Workshop held at the 12th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Salvador, Brazil, April 12-19, 2010* (Montréal, Centre international pour la prévention de la criminalité et Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, 2011). Disponible sur le site www.unodc.org.

g) Le respect des obligations internationales, y compris celles qui concernent les droits de l'homme.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 28.

Comme l'énonce l'article 28, la collecte et l'échange d'informations sont considérés comme essentiels pour pouvoir élaborer des politiques de prévention et d'intervention concernant la criminalité transnationale organisée qui soient rationnelles et pragmatiques. Les Principes directeurs applicables à la prévention du crime donnent des exemples de mesures concrètes que les États devraient prendre pour constituer cette base de connaissances:

Base de connaissances

21. S'il y a lieu, les pouvoirs publics ou la société civile devraient favoriser la prévention du crime fondée sur la connaissance, et, à cet effet, notamment:

- a) Fournir aux collectivités les informations nécessaires pour s'attaquer aux problèmes que pose la criminalité;
- b) Contribuer à la production de connaissances utiles et effectivement applicables qui soient à la fois fiables et valables sur le plan scientifique;
- c) Contribuer à l'organisation et à la synthèse des connaissances, recenser les lacunes de la base de connaissances et y remédier;
- d) Veiller, en fonction des besoins, à l'échange de ces connaissances, notamment entre les chercheurs, les décideurs, les formateurs, les professionnels d'autres secteurs concernés et la population dans son ensemble;
- e) Appliquer ces connaissances afin de reproduire des interventions concluantes, d'élaborer de nouvelles initiatives et d'anticiper l'apparition de nouveaux problèmes en matière de criminalité et de nouvelles possibilités de prévention;
- f) Mettre en place des systèmes de données afin de traiter la prévention du crime de manière plus efficace et économe, notamment en réalisant périodiquement des enquêtes sur la victimisation et la délinquance;
- g) Favoriser l'exploitation de ces données afin de réduire la victimisation répétée, de faire baisser la récidive et de diminuer le nombre de zones qui connaissent des taux de criminalité élevés.

Plusieurs États disposent d'instituts de recherche bien établis qui constituent une enceinte privilégiée pour la recherche nationale non seulement sur les causes, mais aussi sur la prévention de la criminalité (voir ci-après des exemples tirés du Réseau du Programme des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale). Même si certains États n'ont pas les moyens de créer un institut de recherche, il est possible d'atteindre un objectif similaire (c'est-à-dire disposer de données essentielles utiles pour prévenir le crime) grâce, par exemple, à des partenariats entre l'État et des instituts de recherche

existants, par exemple des universités. De plus, l'octroi d'un financement par des pays développés à des pays en développement pour des initiatives de ce type entrerait dans le cadre de l'article 30, paragraphe 2, de la Convention, paragraphe qui impose, entre autres, aux États parties de faire des efforts concrets, dans la mesure du possible:

Pour accroître l'assistance financière et matérielle à fournir aux pays en développement afin d'appuyer les efforts qu'ils déploient, en vue de renforcer la capacité de ces derniers à prévenir et combattre la criminalité transnationale organisée.

Un des aspects importants de la collecte et de l'échange de données est la capacité à effectuer des évaluations nationales de la menace liée à la criminalité organisée. Ces évaluations aident les services de détection et de répression à recenser les facteurs de risque, les formes de criminalité, les auteurs d'infractions et leurs complices, et à produire les informations et les analyses nécessaires à des activités de police fondées sur le renseignement et à des politiques reposant sur des données probantes. Les informations fournies par les évaluations permettent ensuite de fixer des priorités et d'affecter des moyens suffisants pour faire face à ces menaces. L'ONUDC a mis au point une méthode concernant la réalisation de ces évaluations, méthode qui figure dans *Guidance on the Use and Preparation of Serious and Organized Crime Threat Assessments: The SOCTA Handbook*, une publication destinée aux décideurs, aux responsables des services de détection et de répression et aux spécialistes concernés³³.

Exemple

Le Réseau du Programme des Nations Unies pour la prévention du crime et la justice pénale est constitué de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, de plusieurs instituts interrégionaux et régionaux du monde entier et de centres spécialisés. Le Réseau a été mis en place afin d'aider la communauté internationale à renforcer la coopération dans les domaines essentiels que sont la prévention du crime et la justice pénale. Ses membres proposent divers services, dont des échanges d'information, des recherches, de la formation et de l'enseignement public³⁴.

Exemple

L'Institut australien de criminologie³⁵ est un institut de recherche public créé par la loi. Il s'efforce de promouvoir la justice et de réduire la criminalité en menant des recherches basées sur des données probantes et en communiquant sur celles-ci afin d'orienter les politiques et les pratiques. Les détails concernant sa création et ses missions sont fixés par le *Criminology Research Act* de 1971 comme suit:

5. Création de l'Institut

1. La présente loi crée un institut appelé Institut australien de criminologie.
2. L'Institut est constitué:
 - a) Du directeur; et
 - b) Du personnel de l'Institut.

³³ Accessible à l'adresse suivante: www.unodc.org/documents/organized-crime/SOCTA_Handbook.pdf.

³⁴ Pour plus de détails, consulter la page suivante: www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/institutes.html.

³⁵ See www.aic.gov.au.

6. Missions de l'Institut

L'Institut est chargé des missions suivantes:

- a) Promouvoir la justice et réduire la criminalité en:
 - i) Menant des recherches criminologiques; et en
 - ii) Communiquant les résultats de ces recherches à l'État fédéral, au Territoire de la capitale australienne, au Territoire du Nord et au public;
- b) Aider le directeur à exercer ses fonctions;
- c) Gérer des programmes d'octroi de subventions et d'embauche de spécialistes pour:
 - i) Des recherches criminologiques qui intéressent les politiques publiques des États, du Territoire de la capitale australienne et du Territoire du Nord; et pour
 - ii) Des activités liées à ces recherches (y compris la publication de celles-ci, par exemple).

Exemple

L'Institut national pour la justice est l'organe du Ministère de la justice des États-Unis qui est chargé de la recherche, du développement et des évaluations. La mission de l'Institut est de faire progresser les recherches, le développement et les évaluations scientifiques afin d'améliorer l'administration de la justice et la sécurité publique. L'Institut national pour la justice finance des recherches fondamentales ou appliquées, des évaluations et des démonstrations de programmes pilotes. Il développe de nouveaux outils et diffuse des informations sur la justice pénale³⁶.

³⁶On trouvera de plus amples informations sur l'Institut national pour la justice, qui dépend du Ministère de la justice des États-Unis, sur le site: www.nij.gov. D'autres exemples de pays qui ont mis en place des programmes de recherche afin d'améliorer la prévention du crime figurent dans les *Principes directeurs applicables à la prévention du crime: Manuel d'application pratique*, en particulier à la page 59.

Chapitre III.

Infractions

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

Le présent chapitre contient une disposition sur la compétence ainsi que des dispositions destinées à mettre en application deux des clauses de la Convention sur les infractions, l'article 5 (participation à un groupe criminel organisé) et l'article 23 (entrave au bon fonctionnement de la justice). Comme ces infractions requièrent un traitement législatif distinct, le chapitre est divisé en deux parties, la première portant sur l'application de l'article 5 et la deuxième sur la mise en œuvre de l'article 23.

NOTE SUR LES PEINES

Suivant l'approche retenue par la Convention contre la criminalité organisée sur cette question, aucune peine précise n'est fixée dans les présentes dispositions législatives types. L'article 11, paragraphe 1, énonce que chaque État partie rend la commission d'une infraction établie conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la Convention passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction. À cette condition près, la question des peines est laissée à la discrétion des États. Lorsque l'on fixe les peines encourues, il importe de s'assurer que les infractions établies pour donner effet à la Convention respectent des critères communs pour l'entraide judiciaire et l'extradition. Dans de nombreux cas, une coopération internationale, par exemple une entraide judiciaire ou une extradition, n'est assurée que si l'infraction en question est passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an.

Article 6. Compétence

1. [Les tribunaux nationaux] sont compétents pour juger une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives s'appliquent dans les cas suivants:

a) Lorsque l'infraction est commise [entièrement ou partiellement] sur le territoire de [*insérer le nom de l'État*]; ou

b) Lorsque l'infraction est commise [entièrement ou partiellement] à bord d'un navire qui bat le pavillon de [insérer le nom de l'État] ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément au droit interne de [insérer le nom de l'État] au moment où ladite infraction est commise; ou

COMMENTAIRE

Disposition impérative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 15, paragraphe 1, alinéas a et b.

L'article 15 de la Convention fixe les dispositions impératives et les dispositions facultatives pour établir la compétence à l'égard des infractions visées par la Convention.

L'article 15, paragraphe 1, impose aux États parties d'affirmer leur compétence à l'égard des infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 en se basant sur la territorialité. Autrement dit, les États parties doivent s'assurer qu'ils sont compétents à l'égard des infractions commises sur leur territoire, à bord d'un navire qui bat leur pavillon ou à bord d'un aéronef immatriculé conformément à leur droit interne.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, l'obligation pour les pays d'établir leur compétence n'est pas subordonnée à l'existence d'un élément transnational ou à l'implication d'un groupe criminel organisé. Au contraire, l'article 34, paragraphe 2, précise que ces critères ne doivent pas être pris en considération pour la création des infractions pénales (sauf dans la mesure où, conformément à l'article 5, qui traite des infractions donnant lieu à une participation à un groupe criminel organisé, l'implication d'un tel groupe est requise)³⁷.

Par souci de cohérence, cette clause est similaire à une disposition de la Loi type contre le trafic illicite de migrants³⁸.

c) Lorsque l'infraction est commise par un ressortissant de [insérer le nom de l'État] qui se trouve sur le territoire de [insérer le nom de l'État] et dont l'extradition est refusée au motif de sa nationalité; ou

COMMENTAIRE

Disposition impérative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 15, paragraphe 3, et article 16, paragraphe 10.

³⁷*Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 117.

³⁸Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Loi type contre le trafic illicite de migrants* (2010), p. 21 (art. 4).

L'article 15, paragraphe 3, de la Convention impose aux États parties, aux fins du paragraphe 10 de l'article 16, d'établir leur compétence à l'égard "des infractions visées par la présente Convention" — quel que soit le lieu où l'infraction a été commise — lorsque le suspect se trouve sur leur territoire et qu'ils n'extradent pas cette personne au seul motif qu'elle est l'un de leurs ressortissants. Cette clause reflète l'obligation d'"extrader ou de poursuivre", exposée plus en détail à l'article 16, paragraphe 10.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, la mention des "infractions visées par la présente Convention" ne se limite pas aux infractions créées aux articles 5, 6, 8 et 23. L'article 16, qui régit les extraditions dans la Convention, s'applique aux infractions établies par la Convention et aux infractions visées à l'article 3, paragraphe 1, alinéas *a* et *b*, lorsqu'un groupe criminel organisé y est impliqué et que le suspect se trouve sur le territoire de l'État partie requis (voir également l'article 16, paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 3). La conséquence pratique de ces dispositions est qu'un État partie qui n'extrade pas ses ressortissants doit établir sa compétence à l'égard:

- a) Des infractions établies par les articles 5, 6, 8 et 23 lorsqu'un groupe criminel organisé y est impliqué et qu'elles sont commises à l'étranger par ses ressortissants;
- b) Des infractions graves prévues par son droit interne, impliquant un groupe criminel organisé et qui sont commises à l'étranger par ses ressortissants;
- c) Des infractions établies par les Protocoles³⁹;
- d) Lorsque l'infraction est commise par une personne qui se trouve en [insérer le nom de l'État] et dont l'extradition est refusée pour quelque motif que ce soit.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 15, paragraphe 4.

L'alinéa *d* est facultatif, car il donne effet à l'article 15, paragraphe 4, de la Convention, paragraphe qui dispose que chaque État partie peut établir sa compétence à l'égard d'une infraction lorsque l'auteur présumé se trouve sur son territoire et qu'il ne l'extrade pas pour quelque raison que ce soit. Notons que si l'alinéa *d* est utilisé, l'alinéa *c* n'est plus nécessaire, car l'alinéa *d* englobe les situations où l'extradition est refusée pour quelque motif que ce soit, y compris la nationalité.

Par souci de cohérence, cette clause est similaire à une disposition de la Loi type contre le trafic illicite de migrants.

Exemple

La Loi type contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions contient la disposition suivante:

³⁹*Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 118.

Article 42. Application de la présente loi

[...]

c) L'infraction est commise [en tout ou en partie] par un ressortissant de [nom de l'État] dont l'extradition est refusée pour des motifs de nationalité.

2. [Les tribunaux nationaux] sont également compétents pour juger une infraction à laquelle la présente loi s'applique dans les cas suivants:

a) Lorsque [la victime/la personne qui fait l'objet de l'infraction] est un ressortissant [ou un résident permanent] [ou un résident habituel] de [insérer le nom de l'État];

b) Lorsque l'infraction est commise par un ressortissant [ou un résident permanent] [ou un résident habituel] de [insérer le nom de l'État]; ou

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 15, paragraphe 2, alinéas a et b.

La Convention encourage mais n'oblige pas les États parties à envisager d'établir leur compétence à l'égard des infractions dans diverses situations où leurs intérêts nationaux peuvent être lésés.

Exemple

Le passage suivant est extrait de la Loi type contre la traite des personnes:

1. La présente loi s'applique à toute infraction créée conformément à ses chapitres V et VI et commise hors du territoire de [l'État], lorsque:
 - a) L'infraction est commise par un ressortissant de [l'État];
 - b) L'infraction est commise par une personne apatride résidant habituellement dans [l'État] au moment où ladite infraction est commise; ou
 - c) L'infraction est commise à l'encontre d'un ressortissant de [l'État].
2. La présente loi s'applique aussi aux actes perpétrés en vue de la commission, sur le territoire de [l'État], d'un acte constituant une infraction en vertu de la présente loi⁴⁰.

⁴⁰Loi type contre la traite des personnes (publication des Nations Unies, 2010), p. 26.

Exemple

Le passage suivant est extrait de la Loi type contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions:

La présente loi s'applique également à toute infraction créée en vertu de celle-ci lorsque:

- a) La personne est un ressortissant [ou résident permanent] [ou résident habituel] de [nom de l'État];
- b) L'infraction est commise par un ressortissant [ou résident permanent] [ou résident habituel] de [nom de l'État];
- c) L'infraction est commise par une personne apatride qui réside habituellement dans [nom de l'État] au moment où l'infraction est commise;
- d) L'infraction est commise sur le territoire de [nom de l'État] en vue de la commission d'une infraction grave sur le territoire de [nom de l'État]; ou
- e) L'infraction est commise hors du territoire de [nom de l'État], mais ses conséquences visent la commission d'une infraction grave sur le territoire de [nom de l'État]⁴¹.

c) Lorsque l'infraction est commise hors du territoire de [insérer le nom de l'État] en vue de la commission d'une infraction grave sur le territoire de [insérer le nom de l'État].

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 15, paragraphe 2 c, sous-alinéas i et ii.

L'article 15, paragraphe 2 c, sous-alinéas i et ii, ne s'applique qu'aux infractions établies par l'article 5, paragraphe 1 (participation à un groupe criminel organisé) et par l'article 6, paragraphe 1 b, sous-alinéa ii (participation au blanchiment du produit du crime et toute autre association, entente, tentative ou complicité en vue de sa commission). De ce fait, les États peuvent souhaiter élargir leur compétence à l'égard de ces infractions uniquement lorsqu'elles sont commises hors du territoire en vue de la commission d'une infraction de ce type sur leur territoire. Toutefois, de la même manière, les États peuvent souhaiter élargir leur compétence de cette façon à l'égard de toutes les infractions visées par la Convention (et les Protocoles).

⁴¹Loi type contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.11.V.9), p. 64 et 65.

Section A. Infractions relatives à la participation à un groupe criminel organisé

INTRODUCTION

L'article 5 de la Convention contre la criminalité organisée porte sur l'incrimination de la participation à un groupe criminel organisé. Les États sont tenus d'incriminer en droit interne l'une ou l'autre des séries d'actes mentionnées à l'alinéa *a*, sous-alinéas i et ii, du paragraphe 1 de l'article 5 ou les deux, ainsi que les infractions connexes qui consistent à favoriser, encourager, organiser ou diriger de telles infractions.

Les présentes dispositions législatives types contiennent deux options possibles: une infraction de type entente délictueuse (c'est-à-dire le fait de convenir de commettre une infraction grave) et une infraction de type participatif (c'est-à-dire la participation effective aux activités d'un groupe criminel organisé). Succinctement, ces deux options reflètent les différences entre les systèmes juridiques issus de la *common law* et les systèmes de droit romano-germanique. L'infraction d'entente délictueuse ("*conspiracy*") a été créée dans les pays de *common law*. Dans de nombreux pays de tradition romano-germanique, l'infraction d'entente délictueuse n'est pas reconnue, car l'opinion générale est que la seule préparation d'une infraction, sans acte manifeste de mettre le plan à exécution, n'est pas pénalement répréhensible. Néanmoins, comme les divers exemples de lois nationales présentées ci-après le montrent, cette différence entre l'héritage de la *common law* et celui du droit romano-germanique n'est pas absolument nette, car certains pays mélangent des éléments de l'entente délictueuse (fait de convenir de commettre une infraction) et de l'association (fait de prendre part aux activités).

Article 7 (option 1). Entente délictueuse

1. Une personne qui s'entend avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave [impliquant un groupe criminel organisé] afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou autre avantage matériel commet une infraction passible de [*insérer une peine suffisante pour tenir compte de la gravité de l'infraction*].
2. [*N'inclure cette clause que si le droit interne l'exige*] [Pour qu'une personne puisse être condamnée en vertu du présent article, un acte autre que la conclusion de l'entente doit être commis par l'un des participants en vertu de cette entente.]

COMMENTAIRE

Disposition facultative. La Convention exige l'application du sous-alinéa i ou du sous-alinéa ii du paragraphe 1 *a* de l'article 5 ou des deux.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 5, paragraphe 1 a, sous-alinéa i.

Les éléments de l'infraction qui figure à l'article 5, paragraphe 1 a, sous-alinéa i, reposent sur l'infraction d'entente délictueuse. Comme l'indiquent les *Guides législatifs*:

Les éléments obligatoires de l'acte à incriminer sont l'entente délibérée avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel. Est incriminée ici la simple entente en vue de commettre des infractions graves pour obtenir un avantage financier ou autre avantage matériel⁴².

L'élément matériel et l'élément moral de l'infraction sont présentés dans le tableau 2.

Dans certains systèmes juridiques, la notion d'intention (en tant qu'élément moral) est prise dans son sens habituel, c'est-à-dire qu'il suffit qu'une personne ait l'intention de perpétrer un acte pour que cet acte soit intentionnel. Dans d'autres, l'intention suppose de savoir que l'acte est illégal (c'est la notion de dol). Cette question doit être résolue en s'appuyant sur la tradition juridique du pays concerné.

Tableau 2. Éléments constitutifs de l'infraction visée à l'article 5, paragraphe 1 a, sous-alinéa i, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

<i>Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</i>	<i>Élément matériel</i>	<i>Éléments moraux correspondants</i>
Art. 5, par. 1 a i	Fait de s'entendre avec une ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction grave (acte)	L'entente a été conclue intentionnellement. L'entente a été conclue à une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel.
Art. 5, par. 1 a i	[Lorsque le droit interne l'exige, un acte (autre que le fait de conclure l'entente elle-même) a été commis en vertu de cette entente] (acte ou omission)	
Art. 5, par. 3	[Lorsque le droit interne l'exige, implication d'un groupe criminel organisé]	

⁴² *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, par. 57, p. 26.

Un élément supplémentaire (un acte commis par un des participants en vertu de cette entente ou impliquant un groupe criminel organisé) doit, dans certains États, être présent pour que l'on puisse établir qu'il y a eu entente délictueuse. Cet élément n'est pas requis dans tous les pays. La formule qui figure entre crochets peut être utile dans les États concernés.

L'article 5, paragraphe 3, de la Convention dispose que, lorsque des éléments comme la commission d'un acte en vertu de l'entente délictueuse ou l'implication d'un groupe criminel organisé sont requis par le droit interne, l'État doit veiller à ce que les infractions créées pour donner effet à l'article 5, paragraphe 1, couvrent toutes les infractions graves impliquant des groupes criminels organisés. Il impose aussi aux États parties dont le droit interne requiert ces éléments de porter cette information à la connaissance du Secrétaire général au moment où ils signent la Convention ou déposent leur instrument de ratification.

L'article 5 doit être lu conjointement avec l'article 11, paragraphe 1, qui prévoit qu'une infraction visée par la Convention doit être passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction. En outre, l'article 5 doit être lu conjointement avec l'article 26, paragraphes 2 et 3, qui dispose que les États peuvent souhaiter alléger les peines ou accorder l'immunité de poursuites ou la clémence aux personnes qui coopèrent avec les autorités. Cette mesure est facultative et dépend de la tradition juridique du pays concerné⁴³.

Exemple

Le *Criminal Law Act* adopté en 1977 par le Royaume-Uni définit l'infraction d'entente délictueuse de la manière suivante:

- 1 De l'entente délictueuse.
 - 1) Sous réserve des dispositions de cette partie de la présente loi qui suivent, toute personne qui s'entend avec une ou plusieurs personnes en vue de suivre une ligne de conduite qui, si l'accord est appliqué conformément aux intentions de ces personnes,
 - a) Constituera nécessairement une ou plusieurs infractions commises par une ou plusieurs des parties à l'accord ou supposera nécessairement la commission de telles infractions, ou
 - b) S'il en était ainsi en l'absence de faits qui rendent la commission de l'infraction ou des infractions impossible,

est coupable d'entente délictueuse en vue de commettre la ou les infractions en question.
 - 2) Lorsqu'un acte peut faire l'objet de poursuites sans que la personne qui l'a commise ait connaissance d'un fait ou d'une circonstance nécessaire pour qu'il constitue une infraction, ladite personne n'est pas coupable de l'entente délictueuse en vue de commettre cette infraction visée au paragraphe 1 ci-dessus, sauf si lui et au moins une autre partie à l'accord entendaient faire en sorte que ce fait ou cette circonstance aient ou aient eu lieu au moment de la commission de

⁴³ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 101 et 102.

l'acte constituant l'infraction ou s'ils savaient que ce fait ou cette circonstance aurait eu lieu ou aurait lieu au moment de la commission de l'acte constituant l'infraction.

Exemple

Le Code criminel du Canada contient la définition suivante de l'infraction de complot, définition qui englobe les actes criminels, ainsi qu'une infraction qui s'apparente davantage à la participation à un groupe criminel organisé (qui figure dans le commentaire associé à cette question).

Complot

465. 1) Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des complots:

a) Quiconque complot avec quelqu'un de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne, au Canada ou à l'étranger, est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité;

b) Quiconque complot avec quelqu'un de poursuivre une personne pour une infraction présumée, sachant qu'elle n'a pas commis cette infraction, est coupable d'un acte criminel et passible:

i) D'un emprisonnement maximal de dix ans, si la prétendue infraction en est une pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, cette personne serait passible de l'emprisonnement à perpétuité ou d'un emprisonnement maximal de quatorze ans;

ii) D'un emprisonnement maximal de cinq ans, si la prétendue infraction en est une pour laquelle, sur déclaration de culpabilité, cette personne serait passible d'un emprisonnement de moins de quatorze ans;

c) Quiconque complot avec quelqu'un de commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a ou b est coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction;

d) Quiconque complot avec quelqu'un de commettre une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Article 7 (option 2). Association de malfaiteurs

1. Une personne qui prend intentionnellement une part active aux activités criminelles d'un groupe criminel organisé en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale du groupe criminel organisé, soit de son intention de commettre les infractions en question, commet une infraction passible de [*insérer une peine suffisante pour tenir compte de la gravité de l'infraction*].

2. Une personne qui prend intentionnellement une part active aux [autres] activités [éventuelles] d'un groupe criminel organisé:

a) En ayant connaissance soit du but et de l'activité générale du groupe criminel organisé, soit de son intention de commettre les infractions en question; et

b) En sachant que ses actes ou omissions contribueront à la réalisation du but criminel susmentionné

commet une infraction passible de [*insérer une peine suffisante pour tenir compte de la gravité de l'infraction*].

3. Il n'est pas nécessaire que les actes ou omissions visés au [paragraphe 2] soient illicites par eux-mêmes.

COMMENTAIRE

Disposition facultative. La Convention contre la criminalité organisée exige l'application du sous-alinéa i ou du sous-alinéa ii du paragraphe 1 a de l'article 5 ou des deux.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 5, alinéa 1 a, sous-alinéa ii.

Le type d'infraction défini à l'article 5, paragraphe 1 a, sous-alinéa ii, peut être plus cohérent ou adapté pour des pays dont les lois ne reconnaissent pas la notion d'entente délictueuse ou qui ne permettent pas d'incriminer la simple entente en vue de commettre une infraction⁴⁴. L'élément moral n'est pas le même pour les différentes sous-catégories d'infractions visées à l'article 5, paragraphe 1 a ii a. et paragraphe 1 a ii b. Comme l'indiquent les *Guides législatifs*:

Pour le second type d'acte, à savoir l'association de malfaiteurs, l'élément moral requis est la connaissance de la nature criminelle générale du groupe ou d'au moins une de ses activités ou un de ses objectifs criminels. Cet élément est exigé dans le cas de la participation à des activités criminelles, par exemple, en cas de participation active à un enlèvement ou à un acte visant à entraver le bon fonctionnement de la justice.

En cas de participation non pas à des activités criminelles mais à des activités de soutien, un autre élément requis est la connaissance du fait que cette participation contribuera à la réalisation d'un objectif criminel du groupe⁴⁵.

L'élément matériel et l'élément moral de l'infraction visée à l'article 5, paragraphe 1 a, sous-alinéa ii, sont présentés plus en détail dans le tableau 3.

⁴⁴Ibid., p. 26.

⁴⁵Ibid.

Tableau 3. Éléments constitutifs de l'infraction visée à l'article 5, paragraphe 1 a, sous-alinéa ii, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

<i>Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</i>	<i>Élément matériel</i>	<i>Éléments moraux correspondants</i>
Art. 5, par. 1 a ii a	Par un acte ou une omission, participation active aux activités criminelles d'un groupe criminel organisé	Acte ou omission intentionnel commis en ayant connaissance de la nature criminelle du groupe ou de ses activités ou objectifs criminels.
Art. 5, par. 1 a ii b	Par un acte ou une omission, participation active aux autres activités (licites) du groupe criminel organisé	Acte ou omission intentionnel commis en sachant que la participation contribuera à la réalisation du but criminel.

Le paragraphe 1 de ce modèle d'article est destiné à mettre en application l'article 5, paragraphe 1 a ii a., de la Convention. Une disposition de cette nature vise à poursuivre, par exemple, les membres d'un groupe criminel organisé qui se préparent à commettre une infraction grave.

Les paragraphes 2 et 3 de ce modèle d'article sont destinés à mettre en application l'article 5, paragraphe 1 a ii b., de la Convention. Une infraction de cette nature rend par exemple passible de poursuites une personne qui loue un bien ou une chambre d'hôtel à des criminels ou qui assure la comptabilité d'un groupe criminel organisé, à condition qu'elle sache que cet acte contribue aux activités dudit groupe criminel organisé.

L'article 5 doit être lu conjointement avec l'article 11, paragraphe 1, lequel dispose qu'une infraction établie conformément à l'article 5 doit être passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction.

De plus, l'article 5 doit être lu conjointement avec l'article 26, paragraphes 2 et 3, selon lesquels les États peuvent souhaiter alléger les peines ou accorder l'immunité de poursuites ou la clémence aux personnes qui coopèrent avec les autorités. Cette mesure est facultative et dépend de la tradition juridique du pays concerné⁴⁶.

Exemple

Le titre V du Code pénal français prévoit une infraction de participation à une association de malfaiteurs qui mentionne l'entente, mais qui requiert aussi des "faits matériels".

⁴⁶Ibid., p. 101 et 102.

Titre V. De la participation à une association de malfaiteurs

Article 450-1

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.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende⁴⁷.

Exemple

Le Code criminel du Canada (LRC, 1985) prévoit une infraction de participation aux activités d'une organisation criminelle.

Participation aux activités d'une organisation criminelle

467.11 1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque sciemment, par acte ou omission, participe à une activité d'une organisation criminelle ou y contribue dans le but d'accroître la capacité de l'organisation de faciliter ou de commettre un acte criminel prévu à la présente loi ou à une autre loi fédérale.

Poursuite

2) Dans une poursuite pour l'infraction prévue au paragraphe 1), le poursuivant n'a pas à établir les faits suivants:

- a) L'organisation criminelle a réellement facilité ou commis un acte criminel;
- b) La participation ou la contribution de l'accusé a accru la capacité de l'organisation criminelle de faciliter ou de commettre un acte criminel;
- c) L'accusé connaissait la nature exacte d'un acte criminel susceptible d'avoir été facilité ou commis par l'organisation criminelle;
- d) L'accusé connaissait l'identité de quiconque fait partie de l'organisation criminelle.

Facteurs

3) Pour déterminer si l'accusé participe ou contribue à une activité d'une organisation criminelle, le tribunal peut notamment prendre en compte les faits suivants:

⁴⁷ Accessible à l'adresse suivante: www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006418849&dateTexte=&categorieLien=cid.

- a) L'accusé utilise un nom, un mot, un symbole ou une autre représentation qui identifie l'organisation criminelle ou y est associée;
- b) Il fréquente quiconque fait partie de l'organisation criminelle;
- c) Il reçoit des avantages de l'organisation criminelle;
- d) Il exerce régulièrement des activités selon les instructions d'une personne faisant partie de l'organisation criminelle.

Exemple

Le Code pénal italien définit l'infraction de participation à une association de type mafieux de la manière suivante:

Article 416 *bis*. Association de type mafieux

Quiconque fait partie d'une association de type mafieux constituée de trois personnes ou plus est punie de trois à six ans d'emprisonnement.

Ceux qui promeuvent, dirigent ou organisent l'association sont punis, pour ce seul fait, de quatre à neuf ans d'emprisonnement.

L'association est de type mafieux lorsque ceux qui en font partie tirent profit du pouvoir d'intimidation du lien d'association ainsi que de l'assujettissement et de la loi du silence qui en découlent, pour commettre des délits, s'approprier directement ou indirectement la gestion ou, en tout cas, le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, d'adjudications et de services publics, pour obtenir des profits ou des avantages injustes pour eux-mêmes ou pour d'autres, ou encore aux fins d'empêcher ou d'entraver le libre exercice du droit de vote ou d'obtenir des suffrages pour eux-mêmes ou pour d'autres lors de consultations électorales.

Si l'association est armée, la peine est de quatre à dix ans d'emprisonnement dans les cas prévus au premier alinéa et de cinq à quinze ans d'emprisonnement dans les cas prévus au deuxième alinéa.

L'association est considérée comme armée lorsque ceux qui en font partie disposent, pour réaliser le but de l'association, d'armes à feu ou de substances explosives, même cachées ou entreposées à distance.

Si les activités économiques dont les membres de l'association ont l'intention de prendre ou de conserver le contrôle sont financées, en tout ou partie, par le prix, le produit ou le profit tirés des délits, les peines prévues aux alinéas précédents sont augmentées d'une durée comprise entre un tiers et la moitié de la durée mentionnée.

La condamnation est assortie de la confiscation des choses qui ont servi à commettre l'infraction ou qui y étaient destinées et de celles qui représentent le prix, le produit ou le profit tirés de cette infraction ou qui en constituent l'emploi.

Les dispositions du présent article s'appliquent aussi à la Camorra et à toute autre association, quelle que soit sa dénomination locale, qui poursuit des buts correspondant à ceux des associations de type mafieux en tirant profit du pouvoir d'intimidation du lien d'association.

Exemple

Le Code pénal italien contient une définition de l'association de malfaiteurs:

Article 416. Association de malfaiteurs

Lorsque trois personnes ou plus s'associent dans le but de commettre plusieurs délits, ceux qui promeuvent, constituent ou organisent l'association sont punis, pour ce seul fait, de trois à sept ans d'emprisonnement.

Le seul fait de participer à l'association est puni d'un à cinq ans d'emprisonnement.

Les chefs de l'association sont passibles de la même peine que ses promoteurs.

Si les membres de l'association se déplacent en armes dans la campagne ou sur la voie publique, une peine de cinq à quinze ans d'emprisonnement est appliquée.

La peine est augmentée si l'association compte dix membres ou plus⁴⁸.

Exemple

Le Code pénal de 1997 de la République de Pologne contient les dispositions suivantes concernant les "groupes criminels":

Article 258

Par. 1. Quiconque participe à un groupe ou à une association structurée dont le but est de commettre des infractions est passible d'une peine privative de liberté d'une durée de trois ans.

Par. 2. Si le groupe ou l'organisation visé au paragraphe 1 est armé, l'auteur de l'infraction est passible d'une peine privative de liberté d'une durée comprise entre trois mois et cinq ans.

Par. 3. Quiconque constitue ou dirige le groupe ou l'association visés au paragraphe 1 ou 2 est passible d'une peine privative de liberté d'une durée comprise entre six mois et huit ans⁴⁹.

Exemple

Le *Criminal Justice Act* adopté par l'Irlande en 2006 et modifié en 2009 prévoit une infraction de participation ou de contribution aux activités d'une organisation criminelle:

Section 72:

Infraction de participation ou de contribution à certaines activités.

⁴⁸ Accessible à l'adresse suivante: www.altalex.com/index.php?idnot=36653.

⁴⁹ Accessible à l'adresse suivante: www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/10.

- 1) Une personne est coupable d'une infraction si, en ayant connaissance de l'existence de l'organisation visée au présent paragraphe, elle participe ou contribue à une activité (que celle-ci soit licite ou non)
 - a) Dans l'intention:
 - i) Soit d'accroître la capacité d'une organisation criminelle ou de l'un de ses membres à commettre une infraction grave;
 - ii) Soit de faciliter la commission d'une infraction grave par une organisation criminelle ou par un de ses membres; ou
 - b) En ne s'assurant pas que cette participation ou cette contribution pourrait:
 - i) Soit accroître la capacité d'une organisation criminelle ou d'un de ses membres à commettre une infraction grave;
 - ii) Soit faciliter la commission d'une infraction grave par une organisation criminelle ou un de ses membres.
- 2) Une personne reconnue coupable d'une infraction en vertu de la présente section est passible d'une amende et de quinze ans d'emprisonnement.
- 3) Au paragraphe 1, le fait de commettre une infraction grave comprend le fait de perpétrer, à l'étranger, un acte qui constitue une infraction grave selon les lois de ce territoire et qui, s'il était commis en Irlande, constituerait également une infraction grave.
- 4) En cas de poursuites pour une infraction visée par la présente section, le ministère public n'a pas à établir les faits suivants:
 - a) L'organisation criminelle concernée ou un de ses membres a réellement commis, selon le cas:
 - i) Une infraction grave en Irlande; ou
 - ii) Une infraction grave selon la législation d'un territoire étranger lorsque l'acte constitutif de l'infraction constituerait une infraction grave s'il était commis en Irlande;
 - b) La participation ou la contribution du prévenu a réellement:
 - i) Accru la capacité de l'organisation criminelle ou de l'un de ses membres à commettre une infraction grave; ou
 - ii) Facilité la commission d'une telle infraction grave par l'organisation criminelle concernée ou par un de ses membres;
 - c) Le prévenu connaissait la nature exacte d'une des infractions visées au paragraphe 1, alinéas a) et b)⁵⁰.

⁵⁰Pour plus d'informations, consulter le document suivant: www.irishstatutebook.ie/pdf/2009/en.act.2009.0032.pdf.

Article 8. Favoriser, encourager, organiser ou diriger la commission d'une infraction grave

1. Une personne qui, intentionnellement, organise, dirige, facilite, encourage, favorise au moyen d'une aide ou de conseils ou obtient la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé commet une infraction.
2. La peine encourue pour le fait d'organiser ou de diriger la commission d'une infraction grave est de [*insérer une peine adéquate pour tenir compte du rôle moteur joué par l'intéressé dans une infraction*].
3. La peine encourue pour le fait de faciliter, d'encourager, de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils ou d'obtenir la commission d'une infraction grave est de [*insérer une peine adéquate pour tenir compte du concours apporté par l'intéressé à la commission d'une infraction*].

COMMENTAIRE

Disposition impérative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 5, paragraphe 1 b.

Une disposition de cette nature vise, par exemple, à établir la responsabilité des dirigeants d'organisations criminelles qui donnent des ordres, mais ne participent pas à la commission des infractions proprement dites⁵¹. Il est important de noter que l'article 5, paragraphe 1 b, s'étend à toute infraction grave impliquant un groupe criminel organisé. Cette infraction pourrait par exemple s'appliquer à une personne qui organise un homicide ou une autre infraction grave impliquant un groupe criminel organisé.

L'article 5 doit être lu conjointement avec l'article 11, paragraphe 1, lequel dispose qu'une infraction établie conformément à l'article 5, entre autres, doit être passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction.

De plus, l'article 5 doit être lu conjointement avec l'article 26, paragraphes 2 et 3. Celui-ci prévoit que les États peuvent souhaiter alléger les peines ou accorder l'immunité de poursuites ou la clémence aux personnes qui coopèrent avec les autorités. Cette mesure est facultative et dépend de la tradition juridique du pays concerné⁵².

Les rédacteurs peuvent souhaiter élaborer deux dispositions distinctes — une pour le fait d'"organiser et de diriger", l'autre pour le fait "de favoriser et d'encourager" —, car le degré de culpabilité correspondant peut être différent. Il importe également d'examiner si le fait d'organiser, de diriger, de faciliter,

⁵¹ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 27.

⁵² *Ibid.*, p. 101 et 102.

d'encourager ou de favoriser au moyen d'une aide ou de conseils la commission d'une infraction n'est pas déjà réprimé par les lois générales.

Exemple

Code criminel (LRC, 1985) — Canada

Charger une personne de commettre une infraction

467.13 1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement à perpétuité qui-conque fait partie d'une organisation criminelle et, sciemment, charge directement ou indirectement une personne de commettre une infraction prévue à la présente loi ou à une autre loi fédérale au profit ou sous la direction de l'organisation criminelle, ou en association avec elle.

Poursuite

2) Dans une poursuite pour l'infraction prévue au paragraphe 1, le poursuivant n'a pas à établir les faits suivants:

a) Une infraction, autre que celle prévue à ce paragraphe, a réellement été commise;

b) L'accusé a chargé une personne en particulier de commettre l'infraction;

c) L'accusé connaissait l'identité de toutes les personnes faisant partie de l'organisation criminelle⁵³.

Exemple

Le *Criminal Code Act* australien réprime les infractions relatives au fait d'apporter son "soutien" à une organisation criminelle. On peut rapprocher cette disposition de l'obligation d'incriminer le fait de "faciliter" la commission d'une infraction grave, conformément à l'article 5, paragraphe 1 b, de la Convention contre la criminalité organisée:

390.4 Du soutien à une organisation criminelle

1) Une personne commet une infraction si les éléments suivants sont réunis:

a) Cette personne fournit un soutien ou des moyens matériels à l'organisation ou à un membre de celle-ci; et

b) La fourniture de ce soutien:

i) Soit aide;

ii) Soit risque d'aider;

l'organisation à se livrer à des actes constitutifs d'une infraction; et

c) L'organisation est constituée de deux personnes ou plus; et

⁵³Voir <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/section-467.13.html>.

- d) Les buts ou les activités de l'organisation comprennent le fait de faciliter des actes constitutifs d'une infraction qui sont ou seraient commis au bénéfice de l'organisation; et
- e) L'infraction mentionnée à l'alinéa d) est passible de trois ans d'emprisonnement; et
- f) L'infraction mentionnée à l'alinéa b) est une infraction visée par la constitution passible d'au moins un an d'emprisonnement.

Peine encourue: Cinq ans d'emprisonnement.

2) Responsabilité absolue

Une responsabilité absolue s'applique vis-à-vis du paragraphe 1, alinéas e) et f).

Note: Concernant la responsabilité absolue, voir la section 6.2.

- 3) Afin de lever toute ambiguïté, une personne peut être condamnée pour violation du paragraphe 1 en raison du risque que le soutien ou les moyens fournis aident l'organisation suivant les modalités décrites au paragraphe 1, alinéa b), même si, en définitive, ce soutien ou ces moyens n'aident pas l'organisation de cette façon.

Article 9. Preuve du caractère intentionnel de l'acte grâce à des éléments de preuve indirects

Pour les infractions visées au présent chapitre, la connaissance, l'intention, le but, la motivation ou l'entente mentionnés pour chaque infraction peuvent être déduits de circonstances factuelles objectives.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 5, paragraphe 2.

Dans certains systèmes juridiques, les lois nationales existantes applicables aux preuves (ou à la procédure pénale) font clairement apparaître que des preuves indirectes peuvent être exploitées afin d'établir un élément moral comme le caractère intentionnel d'un acte. Néanmoins, lorsque cette notion n'est pas bien établie dans le système juridique du pays, l'État partie est tenu de veiller à ce que ce principe s'applique.

Exemple

Criminal Justice Act de 1967 (Royaume-Uni), section 8: Preuve de l'existence de l'élément moral

Pour déterminer si une personne a commis une infraction, un tribunal ou un jury:

- a) N'est pas tenu en droit de déduire que cette personne souhaitait ou prévoyait que ses actes produiraient un résultat donné, au simple motif qu'il s'agit d'une conséquence naturelle ou probable de ceux-ci; mais

- b) Détermine si la personne souhaitait ou prévoyait effectivement ce résultat sur la base de tous les éléments de preuve, en tirant de ces éléments les conclusions qui semblent appropriées compte tenu des circonstances.

Section B. Infractions relatives à l'entrave au bon fonctionnement de la justice

Article 10. Entrave au bon fonctionnement de la justice

Une personne qui, dans une procédure en relation avec une infraction visée par les présentes dispositions législatives types, recourt à la force, à des menaces ou à l'intimidation ou promet, offre ou accorde un don, une concession ou un autre avantage indu pour:

- a) Obtenir un faux témoignage;
- b) Empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve; ou
- c) Empêcher d'une autre manière les agents des services de détection ou de répression ou du parquet ou le personnel judiciaire d'exercer les devoirs de leur charge pour le bon fonctionnement de la justice

commet une infraction passible de [insérer une peine suffisante pour tenir compte de la gravité de l'infraction].

COMMENTAIRE

Disposition impérative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 23.

L'article 23 impose aux États parties d'incriminer les actes qui donnent lieu à une entrave au bon fonctionnement de la justice. Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, le mot "procédure" qui figure à l'article 23, alinéa a, vise à englober toutes les procédures publiques officielles, y compris celles qui précèdent le procès⁵⁴. En d'autres termes, les États parties sont dans l'obligation d'incriminer tout acte qui donne lieu à une entrave au bon fonctionnement de la justice pendant un procès, mais aussi avant, ce qui inclut les entraves aux enquêtes.

⁵⁴ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 100.

Comme le soulignent les *Guides législatifs*, les États parties à la Convention contre la criminalité organisée sont tenus de veiller à ce que les lois qui donnent effet à l'article 23 s'appliquent à l'entrave au bon fonctionnement de la justice dans toutes les procédures relatives à des infractions visées par la Convention. À ce titre, les lois nationales qui rendent effectifs les alinéas *a* et *b* de l'article 23 doivent incriminer l'entrave au bon fonctionnement de la justice concernant:

- a) Les infractions créées conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la Convention;
- b) Les autres infractions graves créées par les États parties concernés;
- c) Les infractions créées conformément à l'un quelconque des trois Protocoles auquel les États parties concernés sont aussi parties⁵⁵.

L'article 23 doit être lu conjointement avec l'article 11, paragraphe 1, lequel prévoit qu'une infraction établie conformément à l'article 23, entre autres, doit être passible de sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction.

En outre, l'article 11, paragraphe 1, doit être lu conjointement avec l'article 26, paragraphes 2 et 3, qui dispose que les États peuvent souhaiter alléger les peines ou accorder l'immunité de poursuites ou la clémence aux personnes qui coopèrent avec les autorités. Cette mesure est facultative et dépend de la tradition juridique du pays concerné⁵⁶.

La formulation proposée ici pour cette disposition vise à couvrir les situations d'intimidation des jurés, des greffiers, des traducteurs et d'autres personnes qui peuvent être associées à l'administration de la justice, par exemple des journalistes qui dévoilent une affaire.

Il importe de bien comprendre que cette formulation devra sans doute être complétée par des clauses concernant d'autres infractions connexes comme le faux témoignage (qui existe déjà dans de nombreux systèmes juridiques) ou d'autres actes destinés à manipuler ou à influencer le cours de la justice.

Lorsque l'expression "avantage indu" n'est pas suffisamment claire en droit interne, il est nécessaire de la préciser. La notion d'"avantage indu" apparaît également dans la Convention des Nations Unies contre la corruption. Le *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* relève qu'"[u]n avantage indu peut être corporel ou incorporel, pécuniaire ou non pécuniaire".

Le *Guide législatif* expose également les éléments suivants:

Il n'est pas nécessaire que l'avantage indu soit accordé immédiatement ou directement à un agent public de l'État. Il peut être promis, offert ou accordé directement ou indirectement. Un don, une concession ou un autre avantage peuvent être accordés à un tiers, par exemple un parent ou une organisation politique. Il est possible que certaines législations nationales visent la promesse et l'offre par des dispositions relatives à la tentative de corruption. Lorsque tel n'est pas le cas, il faudra viser expressément la promesse (qui implique un accord entre le corrupteur et le corrompu) et l'offre (qui n'implique pas l'accord de la personne que l'on cherche à corrompre). L'avantage indu doit avoir un lien avec les fonctions de l'agent⁵⁷.

⁵⁵Ibid., p. 100.

⁵⁶Ibid., p. 101 et 102.

⁵⁷*Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption* (publication des Nations Unies, 2012), par. 197.

Tableau 4. Éléments constitutifs de l'infraction visée à l'article 23 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

<i>Article de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée</i>	<i>Élément matériel</i>	<i>Éléments moraux correspondants</i>
Art. 23, al. a	Fait de recourir à la force, à des menaces ou à l'intimidation ou de promettre, d'offrir ou d'accorder un avantage indu à une personne.	L'acte est commis intentionnellement afin d'obtenir un faux témoignage ou d'empêcher un témoignage ou la présentation d'éléments de preuve dans une procédure en rapport avec une infraction visée par la Convention.
Art. 23, al. b	Fait de recourir à la force, à des menaces ou à l'intimidation.	L'acte est commis intentionnellement afin d'empêcher les agents des services de détection ou de répression ou du parquet ou le personnel judiciaire d'exercer les devoirs de leur charge en rapport avec une infraction visée par la Convention.

Exemple

Les infractions suivantes sont définies dans le Code pénal brésilien (titre XI: Des infractions contre les administrations publiques, chapitre III: Des infractions contre l'administration de la justice):

Article 343. Donner, offrir ou promettre de l'argent ou tout autre avantage à un témoin, un expert, un comptable, un traducteur ou un interprète afin qu'il porte un faux témoignage ou qu'il nie ou dissimule la vérité lors d'une déposition, d'une expertise, de calculs, d'une traduction ou d'une interprétation:

Peine—Trois à quatre ans d'emprisonnement et une amende.

Les peines sont augmentées dans des proportions comprises entre un sixième et un tiers lorsque l'infraction est commise dans le but d'obtenir une fausse preuve destinée à produire effet dans une procédure pénale ou civile pour laquelle une des parties est l'administration publique.

Entrave au bon déroulement d'une procédure

Article 344. Dans son propre intérêt ou dans celui d'une autre personne, recourir à la violence ou à de graves menaces contre une autorité, une partie à une procédure ou toute autre personne qui intervient ou qui est appelée à intervenir dans une procédure judiciaire, administrative, de police ou arbitrale:

Peine—Un à quatre ans d'emprisonnement et une amende, assorties de la peine encourue pour violence.

Fraude procédurale

Article 347. Modifier artificiellement, au cours d'une procédure civile ou administrative, l'état d'un lieu, d'une chose ou d'une personne dans le but d'induire en erreur le juge ou l'expert.

Peine—Trois mois à deux ans d'emprisonnement et une amende.

Si la modification vise à produire effet dans une procédure pénale, même si celle-ci n'a pas encore été ouverte, la peine est multipliée par deux.

Exemple

Les infractions suivantes sont définies dans le Code criminel du Canada (LRC, 1985, chap. C-46):

Article 423. Intimidation

423.1

1) Il est interdit, sauf autorisation légitime, de commettre un acte visé au paragraphe 2) dans l'intention de provoquer la peur:

- a) Soit chez un groupe de personnes ou le grand public en vue de nuire à l'administration de la justice pénale;
- b) Soit chez une personne associée au système judiciaire en vue de lui nuire dans l'exercice de ses attributions;
- c) Soit chez un journaliste en vue de lui nuire dans la diffusion d'information relative à une organisation criminelle.

2) Constitue un acte interdit aux termes du paragraphe 1) le fait, selon le cas:

- a) D'user de violence envers la personne associée au système judiciaire, un journaliste ou l'une de leurs connaissances ou de détruire ou d'endommager les biens de l'une de ces personnes;
- b) De menacer de commettre, au Canada ou à l'étranger, l'un des actes mentionnés à l'alinéa a);
- c) De suivre une telle personne ou une de ses connaissances avec persistance ou de façon répétée, notamment la suivre désordonnément sur une grande route;
- d) De communiquer de façon répétée, même indirectement, avec une telle personne ou une de ses connaissances;
- e) De cerner ou surveiller le lieu où une telle personne ou une de ses connaissances réside, travaille, étudie, exerce son activité professionnelle ou se trouve.

3) Quiconque contrevient au présent article est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans⁵⁸.

⁵⁸Voir <http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/page-198.html#docCont>.

Exemple

Le Code pénal français définit les infractions suivantes:

Code pénal, article 434-8 (ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, article 3, *Journal officiel* du 22 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002)

Toute menace ou tout acte d'intimidation commis envers un magistrat, un juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, un arbitre, un interprète, un expert ou l'avocat d'une partie en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Article 433-3. Est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens proférée à l'encontre d'une personne investie d'un mandat électif public, d'un magistrat, d'un juré, d'un avocat, d'un officier public ou ministériel, d'un militaire de la gendarmerie nationale, d'un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'inspection du travail, de l'administration pénitentiaire ou de toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, d'un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, d'un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou d'un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 127-1 du Code de la construction et de l'habitation, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur. Est punie des mêmes peines la menace de commettre un crime ou un délit contre les personnes ou les biens proférée à l'encontre d'un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, d'un enseignant ou de tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire ou de toute autre personne chargée d'une mission de service public ainsi que d'un professionnel de santé, dans l'exercice de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur.

Les mêmes peines sont applicables en cas de menace proférée à l'encontre du conjoint, des ascendants ou des descendants en ligne directe des personnes mentionnées aux deux premiers alinéas ou de toute autre personne vivant habituellement à leur domicile, en raison des fonctions exercées par ces personnes.

La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'une menace de mort ou d'une menace d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes.

Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait d'user de menaces, de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation pour obtenir d'une personne mentionnée au premier ou au deuxième alinéa soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit qu'elle abuse de son autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Article 434-15 (ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, article 3, *Journal officiel* du 22 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002). Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, même si la subornation n'est pas suivie d'effet.

Article 434-5 (ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, article 3, *Journal officiel* du 22 septembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002). Toute menace ou tout autre acte d'intimidation à l'égard de quiconque, commis en vue de déterminer la victime d'un crime ou d'un délit à ne pas porter plainte ou à se rétracter, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁵⁹.

Exemple

Le *Witness Protection, Security and Benefit Act* adopté par les Philippines (loi de la République n° 6981), dans sa section 17 (peine encourue pour harcèlement), dispose que:

Quiconque harcèle un témoin et, par ce moyen, entrave, retarde, empêche ou décourage l'action dudit témoin visant à:

- a) Se présenter ou à témoigner devant un organe judiciaire ou parajudiciaire ou une autorité chargée d'une enquête;
- b) Signaler à un agent des services de détection et de répression ou à un juge la commission ou l'éventuelle commission d'une infraction ou une violation des conditions d'un sursis avec mise à l'épreuve, d'une libération conditionnelle ou d'une mise en liberté dans l'attente d'une procédure judiciaire;
- c) Demander l'arrestation d'une autre personne en relation avec l'infraction;
- d) Engager des poursuites judiciaires ou à ouvrir une procédure de révocation d'une libération conditionnelle ou d'un sursis avec mise à l'épreuve; ou à
- e) Exercer les droits et à jouir des avantages prévus par la présente loi ou tente de le faire est passible d'une amende de 3 000 pesos et d'une peine de prison comprise entre six mois et un an. Si cette personne est un agent public, elle sera également condamnée à une interdiction définitive d'exercer une fonction publique.

⁵⁹ Accessible à l'adresse suivante: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719.

Section C. Considérations relatives aux peines et aux condamnations

Article 11. Considérations relatives aux peines et aux condamnations

1. Pour fixer la peine d'une personne reconnue coupable d'une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, un tribunal peut tenir compte des éléments suivants:

a) Toute éventuelle condamnation antérieure pour [une infraction visée par les présentes dispositions législatives types] [ou pour une infraction grave] dans un autre [État];

b) Le fait de savoir si la personne a volontairement coopéré avec les autorités en leur fournissant des informations ou a aidé autrement les services de détection et de répression à enquêter et à engager des poursuites concernant d'autres infractions auxquelles la présente loi s'applique.

2. En cas de condamnation pour une infraction visée par les présentes dispositions législatives types, en plus de toute autre peine prévue par la présente loi ou par toute autre loi, le juge peut rendre une décision concernant les mesures suivantes:

a) Interdiction [définitive] [pour une durée de [...] ans au plus] d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, y compris une fonction publique;

b) Exclusion des appels d'offres publics [et/ou] du droit à des prestations ou à des aides publiques;

c) Interdiction [temporaire] [définitive] de participer aux marchés publics;

d) Interdiction [temporaire] [définitive] de diriger des personnes morales constituées sur [insérer le nom de l'État];

e) Interdiction [temporaire] [définitive] d'exercer d'autres activités commerciales;

f) Interdiction [temporaire] [définitive] d'exercer la profession de juriste, de notaire, de conseiller fiscal ou de comptable;

g) Publication de la décision;

h) [Toute autre mesure non privative de liberté appropriée].

3. Les dispositions du présent article s'appliquent sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes morales qui ont commis une infraction pénale aux présentes dispositions législatives types.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 11, paragraphe 1, article 22, article 26, paragraphes 1 et 2, et article 31, paragraphe 2.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, les infractions devraient être passibles de peines qui tiennent compte de leur gravité (Convention contre la criminalité organisée, art. 11, par. 1). Les États peuvent aussi souhaiter alléger les peines ou accorder l'immunité de poursuites ou la clémence aux personnes qui coopèrent avec les autorités (Convention contre la criminalité organisée, art. 26, par. 2 et 3). Cette mesure est facultative et dépend de la tradition juridique du pays concerné⁶⁰.

L'article 31 impose aux États parties, conformément aux principes fondamentaux de leur droit interne, de s'efforcer de réduire les possibilités des groupes criminels organisés de participer à l'activité des marchés licites. L'article 31, paragraphe 2, dispose que ces mesures devraient entre autres être axées sur la prévention de l'usage impropre des procédures d'appel d'offres publiques, sur la prévention de l'usage impropre de personnes morales et sur le fait de déchoir les personnes reconnues coupables d'infractions visées par la Convention du droit de diriger des personnes morales constituées sur leur territoire.

La disposition de l'article 22 est facultative. Celle de l'article 26, paragraphe 1, est obligatoire, mais la manière de la mettre en œuvre est laissée à la discrétion des États. L'obligation qui figure à l'article 26, paragraphe 2, consiste à "envisager" de prévoir la possibilité d'alléger la peine lorsqu'il y a lieu.

Exemple

La section 143 du *Criminal Justice Act* de 2003 (Royaume-Uni) dispose que:

2) Pour déterminer la gravité d'une infraction ("l'infraction actuelle") commise par un prévenu qui a déjà été condamné une ou plusieurs fois, le tribunal doit considérer chaque condamnation antérieure comme une circonstance aggravante s'il juge (dans le cas de la condamnation en question) qu'il est raisonnable de la considérer ainsi compte tenu, en particulier de:

a) La nature de l'infraction à laquelle correspond la condamnation et de son rapport avec l'infraction actuelle; et de

b) La durée écoulée depuis la condamnation.

⁶⁰ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 101 et 102.

[...]

- 4) Au paragraphe 2, toute mention d'une condamnation antérieure désigne:
- a) Une condamnation antérieure prononcée par un tribunal au Royaume-Uni;
- aa) Une condamnation antérieure prononcée par un tribunal dans un autre État membre pour une infraction connexe dans le droit de cet État [...]

Exemple

Le Code pénal français contient la disposition suivante:

Article 450-5

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 6, XV, *Journal officiel* du 10 mars 2004)

Les personnes physiques et morales reconnues coupables des infractions prévues au deuxième alinéa de l'article 450-1 et à l'article 450-2-1 encourent également la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie de leurs biens, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis⁶¹.

Article 12. Responsabilité des personnes morales

1. Toute personne morale autre que l'État au nom de laquelle ou pour le compte de laquelle une infraction visée par les présentes dispositions législatives types a été commise par une personne physique, agissant individuellement ou en qualité de membre d'un organe de la personne morale, qui occupe une position dirigeante en son sein sur la base d'un pouvoir de représentation de la personne morale, d'une autorité pour prendre les décisions au nom de la personne morale ou d'une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale, est punie d'une amende d'un montant égal à [indiquer le coefficient multiplicateur] fois le montant de l'amende prévue pour les personnes physiques, que ces personnes aient ou non été condamnées comme auteurs ou complices de l'infraction en question.

2. Les mesures suivantes peuvent être imposées à une personne morale lorsque la responsabilité pénale de ses dirigeants, de ses salariés ou de ses mandataires est engagée dans l'exercice de leurs fonctions:

a) Si l'activité de la personne morale servait entièrement ou principalement à perpétrer des infractions ou si la personne morale avait été constituée

⁶¹Pour plus d'informations, consulter la page: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsession-id=9E5547C52B6B516E76E0A6C65919DC8F.tp_djo_09v_2?idArticle=LEGIARTI000006418857&cidTexte=LEGITEXT000006070719&categorieLien=id&dateTexte=20060123.

dans le but de commettre une infraction visée par les présentes dispositions législatives types, ordonner la dissolution de la personne morale;

b) Interdire [définitivement] [pour une durée de ... ans au plus] d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales;

c) Ordonner la fermeture [temporaire] [définitive] de l'établissement ou d'un ou plusieurs établissements de la personne morale ayant servi à commettre l'infraction en question;

d) Rendre une ordonnance excluant la personne morale des appels d'offres publics [et/ou] du droit à des prestations ou à des aides publiques;

e) Interdire à la personne morale de participer aux marchés publics de manière temporaire ou définitive;

f) Interdire à la personne morale d'exercer d'autres activités commerciales [et/ou] de constituer une autre personne morale;

g) Ordonner à la personne morale de publier le jugement rendu par le tribunal;

h) [Rendre les autres ordonnances jugées appropriées].

3. La responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique.

COMMENTAIRE

La responsabilité des personnes morales est d'application obligatoire, mais elle peut être civile ou administrative. En d'autres termes, la responsabilité pénale des personnes morales ne constitue pas une disposition obligatoire.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 10.

Ceux qui sont impliqués dans la criminalité transnationale organisée peuvent chercher à se dissimuler derrière le paravent de personnes morales, par exemple des sociétés, des organisations caritatives ou d'autres associations. Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, cela peut représenter un sérieux défi pour la justice pénale dans ses efforts pour faire obstacle à la criminalité organisée:

La complexité des structures d'une personne morale permet d'en dissimuler les véritables propriétaires, les clients ou certaines opérations liées à des infractions diverses: contrebande, blanchiment d'argent, corruption, etc. Il se peut que certains dirigeants résident en dehors du pays où l'infraction a été commise et qu'il soit difficile de prouver la responsabilité de personnes précises. En conséquence, l'idée s'est fait jour que le seul moyen d'éliminer cet instrument et cet écran de protection de la criminalité transnationale organisée consiste à instituer la responsabilité pénale

des personnes morales. Celle-ci peut en outre avoir un effet dissuasif, non seulement parce que les atteintes à la réputation peuvent être très coûteuses, mais aussi parce qu'une telle responsabilité favorise une gestion plus efficace et la mise en place de structures de surveillance afin d'assurer le respect de la loi⁶².

Même si la nécessité de s'assurer que des criminels ne peuvent pas échapper à la justice en se dissimulant derrière des entités juridiques comme les sociétés est largement admise, les États ont mis en œuvre des moyens différents pour définir la responsabilité des personnes morales et les types de peine qui peuvent leur être infligés.

La Convention contre la criminalité organisée reconnaît que les États ont choisi des stratégies différentes concernant la responsabilité des personnes morales. Elle dispose que les États parties adoptent les mesures nécessaires, conformément à leurs principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent à des infractions graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23.

Conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention contre la criminalité organisée, l'obligation qu'ont les États parties de prévoir la responsabilité des personnes morales n'implique pas que celle-ci soit de nature pénale. Cette obligation peut être satisfaite par une loi interne qui impose une responsabilité pénale, civile ou administrative. Elle s'étend : a) à la participation à des infractions graves impliquant un groupe criminel organisé; b) à la commission d'infractions créées par les États en application des articles 5, 6, 8 et 23; et c) à la commission d'infractions établies par les États en application des Protocoles à la Convention⁶³.

L'article 10, paragraphe 3, dispose que les États parties sont tenus de veiller à ce que la responsabilité des personnes morales soit sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions. Comme l'indiquent les *Guides législatifs*:

Cette responsabilité des personnes physiques s'ajoute donc à la responsabilité de la personne morale et la première ne doit en rien être affectée par la seconde. Lorsqu'une personne physique commet des infractions au nom d'une personne morale, il doit être possible de poursuivre et de sanctionner les deux⁶⁴.

Ce principe se retrouve dans le paragraphe 3 de la disposition présentée plus haut.

L'article 10, paragraphe 4, de la Convention contre la criminalité organisée dispose que les États parties veillent, en particulier, à ce que les personnes morales tenues responsables conformément à l'article 10 fassent l'objet de "sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives de nature pénale ou non pénale, y compris de sanctions pécuniaires". Cette obligation se retrouve dans l'article présenté plus haut, lequel prévoit que les personnes morales font l'objet d'une amende et de diverses autres mesures (par exemple, la dissolution) qui s'attaquent à leurs activités.

⁶² *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 126 et 127.

⁶³ *Ibid.*, p. 130.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 131.

Cette obligation s'ajoute à celle de l'article 11, paragraphe 1, qui s'applique aux personnes morales comme aux personnes physiques et qui requiert qu'une infraction établie conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la Convention soit passible de "sanctions qui tiennent compte de la gravité de cette infraction".

Exemple

Le Modèle de loi de 2005 sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme contient la disposition suivante concernant la responsabilité des personnes morales:

Article 5.2.5 Peines applicables aux personnes morales

1) Toute personne morale autre que l'État pour le compte ou le bénéfice de laquelle une infraction de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme a été commise par une personne physique agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause, qui exerce un pouvoir de direction en son sein sur la base d'un pouvoir de représentation de la personne morale, d'une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale ou d'une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale, agissant en cette capacité, sera punie d'une peine d'amende égale à [indiquer le multiplicateur] fois les amendes prévues pour les personnes physiques, que ces personnes aient ou non été condamnées comme auteurs ou complices de l'infraction.

La responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique.

2) Outre les cas déjà prévus au paragraphe 1 du présent article, une personne morale peut aussi être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission de l'infraction de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme au bénéfice de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité.

Les personnes morales peuvent en outre:

- a) Être frappées d'une interdiction définitive ou pendant [indiquer le nombre] ans au plus d'exercer directement ou indirectement certaines activités commerciales;
- b) Être placées sous surveillance judiciaire;
- c) Se voir ordonner la fermeture définitive ou pendant [indiquer le nombre] ans au plus d'établissements ayant servi à commettre l'infraction;
- d) Être dissoutes;
- e) Être contraintes de publier le jugement.

Exemple

Selon le Code pénal français, les individus ne sont responsables pénalement que de leur propre fait. Cependant, il existe aussi des dispositions concernant la responsabilité des personnes morales:

Article 121-1

Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.

Article 121-2

Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.

Article 435-6

(Loi n° 200-595 du 30 juin 2000, article 2, *Journal officiel* du 1^{er} juillet 2000)

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies aux articles 435-2, 435-3 et 435-4.

Les peines encourues par les personnes morales sont:

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38;

2° Pour une durée de cinq ans au plus:

- L'interdiction d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle ou sociale dans laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise;

- Le placement sous surveillance judiciaire;

- La fermeture des établissements ou de l'un des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés;

- L'exclusion des marchés publics;

- L'interdiction d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement;

3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution;

4° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35⁶⁵.

⁶⁵Pour plus d'informations, voir www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT_000006070719.

Exemple

Le Code pénal suisse contient des dispositions concernant la responsabilité des personnes morales en droit pénal:

Article 102

Punissabilité

1 Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

2 En cas d'infraction prévue aux articles 260 *ter*, 260 *quinquies*, 305 *bis*, 322 *ter*, 322 *quinquies* ou 322 *septies*, alinéa 1, ou encore à l'article 4a, alinéa 1, lettre a, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, 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.

3 Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

4 Sont des entreprises au sens du présent titre:

- a. Les personnes morales de droit privé;
- b. Les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales;
- c. Les sociétés;
- d. Les entreprises en raison individuelle⁶⁶.

Exemple

Le droit allemand prévoit une amende pour les personnes morales et les associations de personnes dans la loi suivante:

Loi sur les infractions administratives (OwiG) de la République fédérale d'Allemagne⁶⁷

Article 30: Amendes infligées aux personnes morales et aux associations de personnes

1) Lorsqu'une personne:

1. Agissant comme organe représentant une personne morale ou comme membre d'un tel organe;

^{66V}Voir www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html#a102.

⁶⁷Plus d'informations (en anglais) à l'adresse suivante: www.oecd.org/dataoecd/62/54/2377479.pdf.

2. Agissant comme le conseil d'une association non dotée de la personnalité juridique ou comme membre d'un tel conseil;
3. Agissant comme associé d'une société de personnes autorisé à la représenter; ou
4. Agissant comme directeur général ou en position de décision en tant que représentant légal ou comme mandataire d'une personne morale ou d'une association de personnes au sens des points 2 et 3 a commis une infraction pénale ou administrative du fait de laquelle la personne morale ou l'association de personnes a failli à sa mission ou grâce à laquelle elle s'est enrichie ou aurait dû s'enrichir, une amende peut lui être infligée.

2) L'amende s'élève à:

1. Un million de deutsche marks au plus en cas d'infraction intentionnelle;
2. 500 000 deutsche marks au plus en cas d'infraction commise par négligence.

Dans le cas d'une infraction administrative, le montant maximal de l'amende est déterminé par l'amende maximale prévue pour l'infraction administrative en question. Le point 2 s'applique également lorsqu'une infraction est à la fois pénale et administrative si l'amende maximale qui peut être infligée pour l'infraction administrative est supérieure au maximum prévu au point 1.

3) L'article 17, paragraphe 4, et l'article 18 s'appliquent *mutatis mutandis*.

4) Si une procédure pénale ou administrative concernant une infraction pénale ou administrative n'est pas engagée ou est abandonnée ou si aucune peine n'est jugée adéquate, le montant de l'amende peut être fixé de manière indépendante. Une loi peut prévoir que l'amende peut être fixée de manière indépendante dans d'autres cas. Toutefois, le montant de l'amende infligée à une personne morale ou à une association de personnes ne peut être déterminé de manière indépendante lorsque l'infraction pénale ou administrative ne peut faire l'objet de poursuites pour des questions de droit. Cette disposition n'a aucune incidence sur l'article 33, paragraphe 1, point 2.

5) Si l'on inflige une amende à la personne morale ou à l'association de personnes, on ne peut ordonner une confiscation d'une partie de leurs biens pour le même acte en se fondant sur les articles 73 ou 73a du Code pénal ou sur l'article 29a.

Section 130: Violation de l'obligation de surveillance dans les entreprises

1) Tout propriétaire d'une entreprise qui, intentionnellement ou par négligence, ne prend pas les mesures de surveillance requises pour prévenir tout manquement aux obligations dans l'entreprise dont il est propriétaire, manquement qui est passible d'une peine ou d'une amende administrative, commet une infraction administrative si ledit manquement a été commis et aurait pu être empêché ou rendu beaucoup plus difficile si la surveillance avait été adéquate. Les mesures de surveillance requises comprennent la nomination, la sélection rigoureuse et le contrôle du personnel chargé de la surveillance.

2) Aux fins du paragraphe 1, le terme entreprise s'applique également aux entreprises publiques.

3) Lorsque le manquement est punissable, l'infraction administrative est passible d'une amende d'un million de deutsche marks au plus. Si le manquement est passible d'une amende administrative, le montant maximal de l'amende pour violation de l'obligation de surveillance dépend du montant maximal de l'amende administrative prévue pour le manquement en question. Cette dernière disposition s'applique également en cas de manquement passible à la fois d'une peine et d'une amende administrative si le montant maximal de l'amende administrative est supérieur à la somme fixée dans la première phrase du présent paragraphe⁶⁸.

Exemple

La loi italienne sur la responsabilité des personnes morales (décret-loi n° 231/2001 du 8 juin 2001)⁶⁹ contient les dispositions suivantes:

Article 5 Responsabilité de l'entité

1. L'entité est responsable des infractions commises dans son intérêt ou pour son compte:

a) Par des personnes qui occupent des postes de représentation, d'administration ou de direction de l'entité ou d'une unité organisationnelle de celle-ci qui dispose d'une autonomie financière et opérationnelle et par des personnes qui exercent de facto la direction et le contrôle de celles-ci;

b) Par des personnes placées sous la direction ou le contrôle de l'une des personnes visées à l'alinéa a).

2. L'entité n'est pas responsable lorsque les personnes mentionnées au paragraphe 1 ont agi uniquement dans leur propre intérêt ou dans celui de tiers.

Exemple

La loi pénale israélienne n° 5737 de 1977 (sixième édition) contient les dispositions suivantes:

Article 4: Responsabilité pénale des personnes morales

Étendue de la responsabilité pénale des personnes morales

23. a) Une personne morale est responsable pénalement:

1) Au sens de la section 22, si l'infraction a été commise par une personne physique dans l'exercice de ses fonctions au sein de la personne morale;

2) Pour une infraction qui requiert la preuve de l'existence de l'élément moral ou de la négligence si — compte tenu des circonstances de l'affaire et du poste, des pouvoirs et des

⁶⁸ Texte tiré de l'article 30 intitulé "Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen".

⁶⁹ L'Italie a instauré un régime de responsabilité administrative des personnes morales par la loi n° 300 du 29 septembre 2000 et par le décret-loi n° 231 du 8 mai 2001, intitulé "Régime de la responsabilité administrative des personnes morales, des sociétés et des associations, même non dotées de la personnalité juridique, en application de l'article 11 de la loi n° 300 du 29 septembre 2000" et publié dans le Journal officiel n° 140 du 19 juin 2000. Plus d'informations (en anglais) à l'adresse suivante: www.oecd.org/dataoecd/61/31/45508054.pdf.

responsabilités de la personne en question dans la gestion des affaires de la personne morale – l'acte constitutif de l'infraction, l'élément moral ou la négligence doivent être considérés comme l'acte, l'élément moral ou la négligence de la personne morale;

b) Si l'infraction a été commise par omission alors que l'obligation d'agir s'imposait directement à la personne morale, peu importe que l'infraction puisse être associée ou non à un responsable particulier de la personne morale⁷⁰.

⁷⁰Plus d'informations (en anglais) à l'adresse suivante: www.oecd.org/dataoecd/15/58/43289694.pdf.

Chapitre IV.

Enquêtes

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

Le présent chapitre vise à faciliter les enquêtes sur les infractions relatives à la criminalité organisée qui doivent être établies en application de la Convention. Il porte sur deux questions distinctes, mais qui se recoupent:

- Les techniques d'enquête spéciales. Il s'agit d'un recueil d'informations par des agents des services de détection et de répression aux fins de repérer des infractions et des suspects et d'enquêter sur eux de telle manière que les personnes visées ne soient pas alertées;
- La coopération officieuse entre services de détection et de répression (entre services de police ou entre d'autres entités).

Ces questions sont abordées dans les articles 19, 20 et 27 de la Convention.

Ces dispositions ne sont pas conçues pour être appliquées isolément. Il est essentiel que les rédacteurs envisagent leur mise en œuvre parallèlement à d'autres lois nationales, dont des lois générales sur les pouvoirs de police, la procédure pénale, le respect de la vie privée et d'autres formes plus officielles de coopération, en particulier pour l'entraide judiciaire et l'extradition.

Le présent chapitre entend offrir un fondement législatif aux techniques d'enquête spéciales à l'échelle nationale comme dans le cadre d'une coopération internationale. Ces dispositions sont conçues pour s'appliquer en plus des règles normales relatives aux pouvoirs d'enquête des services de détection et de répression et d'autres organismes.

Il existe plusieurs techniques d'enquête spéciales et discrètes distinctes et chacune d'entre elles présente un risque différent et pose potentiellement des problèmes différents en matière de droits de l'homme. Il peut par exemple être justifié qu'une livraison surveillée soit autorisée par un haut responsable des services de détection et de répression, tandis qu'une surveillance électronique requiert généralement une autorisation et un encadrement judiciaires. Chaque type principal de technique d'enquête spéciale est donc traité séparément afin qu'un régime adapté puisse être instauré pour chacune d'entre elles.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, les techniques d'enquête spéciales exigent généralement un fondement législatif, sinon elles risquent d'être considérées comme illégales, et soulèvent également des problèmes spécifiques concernant le respect de la vie privée et les droits de l'homme:

La livraison surveillée est notamment utile lorsque des produits de contrebande sont repérés ou interceptés au cours du transport, et ensuite livrés sous surveillance en vue d'en identifier les destinataires, ou de surveiller leur distribution ultérieure dans l'ensemble d'une organisation criminelle. Cependant, il faut souvent pouvoir s'appuyer sur des dispositions législatives particulières pour procéder de la sorte, car la livraison de produits de contrebande par un agent des services de détection et de répression ou une autre personne peut constituer en soi une infraction en droit interne. Il est possible d'avoir recours à une opération d'infiltration lorsqu'un agent des services de détection et de répression ou une autre personne est en mesure de pénétrer une organisation criminelle pour rassembler des éléments de preuve. La surveillance électronique à l'aide de dispositifs d'écoute ou grâce à l'interception de communications remplit une fonction similaire et est souvent préférable lorsqu'il n'est pas possible de pénétrer un groupe très soudé ou qu'une opération d'infiltration ou de surveillance serait trop risquée pour l'enquête ou la sécurité de ceux qui la mènent. Comme la surveillance électronique peut constituer une atteinte à la vie privée, elle est en général soumise à un strict contrôle juridictionnel et à de nombreuses garanties légales, en vue d'empêcher tout abus⁷¹.

Dans le cadre européen, on trouve d'autres commentaires sur le recours aux techniques d'enquête spéciales, par exemple la Recommandation Rec(2005)10 du Conseil de l'Europe relative aux "techniques spéciales d'enquête" en relation avec des infractions graves, y compris des actes de terrorisme. La Recommandation souligne qu'il est nécessaire de maintenir un équilibre entre le fait d'assurer la sécurité publique par le biais de mesures répressives et la protection des droits des individus. Elle soutient que le fait de disposer de normes claires accroîtra la confiance du public dans l'utilisation des "techniques spéciales d'enquête" définies comme "des techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes pénales cherchant à dépister ou à enquêter sur des infractions graves et des suspects, avec pour objectif de recueillir des informations de telle sorte que les personnes visées ne soient pas alertées". Aux fins de la Recommandation, on entend par "autorités compétentes" "les autorités judiciaires, les autorités en charge des poursuites et les autorités en charge des enquêtes, impliquées dans l'utilisation, dans la décision d'employer ou dans la supervision de la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête, conformément à la législation du pays"⁷².

La Recommandation énonce plusieurs principes pour aider les États à élaborer leurs lois et leurs politiques en la matière. Figurent notamment les points fondamentaux suivants:

- Importance d'un contrôle adéquat de la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête par les autorités judiciaires ou d'autres organes indépendants par le biais d'une autorisation préalable, d'un encadrement durant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori;

⁷¹ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 198 et 199.

⁷² Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2005)10 relative aux "techniques spéciales d'enquête" en relation avec des infractions graves, y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005. Disponible sur le site www.coe.int.

- Importance d'assurer une proportionnalité entre les techniques spéciales d'enquête utilisées et les actes qui font l'objet d'une enquête (en suivant le principe selon lequel il convient d'appliquer la méthode adéquate qui porte le moins atteinte à la vie privée);
- Nécessité pour les États de promulguer des lois afin de permettre la production devant les tribunaux de preuves obtenues grâce à des techniques spéciales d'enquête tout en respectant le droit des prévenus à un procès équitable;
- Importance des lignes directrices opérationnelles et de la formation dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête;
- Nécessité pour les États de faire usage le plus largement possible des accords internationaux existants dans le domaine de la coopération judiciaire ou policière en ce qui concerne l'utilisation des techniques spéciales d'enquête, accords qui devraient être complétés par des dispositifs supplémentaires si nécessaire.

Il existe de nombreuses sortes de techniques d'enquête spéciales différents, mais les présentes dispositions législatives types ne portent que sur celles qui sont expressément mentionnées dans la Convention: livraisons surveillées, opérations d'infiltration (avec utilisation d'identités d'emprunt) et surveillance électronique. Pour chaque catégorie de technique d'enquête spéciale, les rédacteurs doivent tenir compte des points suivants:

- Procédure d'autorisation de cette technique;
- Conditions de délivrance d'une autorisation;
- Conditions d'utilisation de cette technique;
- Degré d'irresponsabilité civile et pénale des agents publics qui ont recours à cette technique d'enquête spéciale;
- Utilisation des éléments de preuve obtenus grâce à cette technique;
- Possibilités de diffusion de ces informations;
- Mécanismes d'encadrement, de surveillance et de contrôle;
- Coopération internationale.

Article 13. Livraison surveillée

1. Aux fins du présent article, l'expression "livraison surveillée" désigne la méthode consistant à permettre le passage par le territoire de [insérer le nom de l'État] d'expéditions illicites ou suspectées de l'être [espèces ou transactions], au su et sous le contrôle de [insérer le nom des autorités compétentes], en vue d'enquêter sur les personnes impliquées dans une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent et de les identifier.

2. Une livraison surveillée est licite si elle a été autorisée conformément au présent article.

3. Un agent public ou une personne secondant un agent public qui commet un acte autorisé en vertu du présent article n'est pas pénalement ou civilement responsable de cet acte.

4. Une livraison surveillée peut être autorisée par:

a) *[Insérer des intitulés de fonction, par exemple chef et adjoint au chef du service de détection et de répression compétent, chef du service de lutte contre la corruption, magistrat du parquet ou juge d'instruction].*

5. Un agent des services de détection et de répression peut demander à un agent chargé de délivrer les autorisations le droit de procéder à une livraison surveillée pour le compte de l'organisme chargé de la détection et de la répression dans le pays ou dans un autre État.

6. Un agent public étranger ne peut laisser faire une livraison surveillée que si une autorisation a été délivrée conformément au paragraphe 4, alinéa a, du présent article.

7. Une demande peut être effectuée par tous moyens, mais une trace écrite doit être conservée pour chaque demande et pour chaque décision qui en résulte, y compris en cas de refus.

8. La demande doit:

a) Contenir suffisamment d'informations pour permettre à l'agent chargé de délivrer les autorisations de décider d'accéder ou non à la demande; et

b) Indiquer si l'affaire en question a déjà fait auparavant l'objet d'une demande.

9. L'agent chargé de délivrer les autorisations peut:

a) Autoriser la livraison surveillée, avec ou sans conditions, dont la substitution complète ou partielle du contenu d'une expédition;

b) Rejeter la demande.

10. L'agent chargé de délivrer les autorisations ne doit pas accepter la demande s'il n'est pas raisonnablement convaincu des faits suivants:

a) Une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent a été, est ou risque d'être commise;

b) La nature et l'étendue de l'activité criminelle suspectée sont telles qu'elles justifient de mener une opération surveillée;

c) Toute activité illicite effectuée dans le cadre de la livraison surveillée est limitée au minimum nécessaire pour que cette livraison ait effectivement lieu;

d) L'opération sera menée de telle sorte que, dans toute la mesure possible, toute marchandise illicite impliquée dans la livraison surveillée soit sous le contrôle d'un agent des services de détection et de répression à la fin de la livraison;

e) La livraison surveillée ne se déroulera pas d'une manière telle qu'une personne risque d'être amenée à commettre une infraction qu'elle n'avait, autrement, pas l'intention de commettre;

f) Aucun acte réalisé dans le cadre de la livraison surveillée ne doit:

i) Mettre gravement en danger la santé ou la sécurité de quiconque;

ii) Provoquer la mort d'une personne ou la blesser grièvement.

11. Le [insérer le nom du responsable concerné, par exemple le chef d'un organisme ou le ministre compétent] adresse chaque année un rapport [au Parlement/à une commission parlementaire/au public] indiquant:

a) Le nombre d'autorisations demandées pour des livraisons surveillées;

b) Le nombre d'autorisations délivrées; et

c) Le nombre de procédures pénales dans lesquelles des éléments de preuve ou des informations obtenus grâce à une autorisation délivrée en application du présent article ont été utilisés.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa *i*, (définition de la "livraison surveillée") et article 20 (techniques d'enquête spéciales).

En vertu de l'article 20, paragraphe 1, de la Convention contre la criminalité organisée, les États, si les principes fondamentaux de leur système juridique national le permettent, sont tenus de permettre

le recours approprié aux livraisons surveillées et, lorsqu'ils le jugent approprié, le recours à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique et les opérations d'infiltration, sur leur territoire en vue de combattre la criminalité organisée. La note interprétative qui se rapporte à l'article 20 de la Convention et qui figure dans les *Travaux préparatoires* confirme que le paragraphe 1 de l'article 20 ne fait pas obligation aux États parties de prendre des dispositions pour recourir à toutes les formes de techniques d'enquête spéciales mentionnées⁷³.

La définition de la "livraison surveillée" qui est utilisée dans les présentes dispositions législatives types repose sur celle qui figure à l'article 2, alinéa *i*, de la Convention. Pour définir cette expression, les États peuvent juger utile de faire référence à la "facilitation" du transport de marchandises illicites ou suspectes. Lors de la réunion du groupe d'experts, il a été indiqué qu'une livraison surveillée peut aussi bien être passive (ne pas faire obstacle à une livraison) qu'active (facilitation du transport des marchandises). L'ajout du mot "facilitation" permet de recourir à des formes plus actives de livraison surveillée.

Il importe également d'envisager la possibilité de substituer des objets licites ou factices aux marchandises illicites afin de prévenir le risque de perdre les marchandises illicites au cours de la livraison. Pour réaliser efficacement ces substitutions et arrêter les destinataires des objets substitués, certains États pourraient avoir avantage à incriminer l'importation, le transfert ou la détention d'objets qui sont reçus ou acquis "comme marchandises illicites". Dans le cas contraire, le destinataire de l'objet substitué ne sera pas arrêté pour la détention de celui-ci, car l'objet qui est en sa possession est licite.

La formulation d'article proposée ici autorise le recours à la livraison contrôlée sur demande auprès d'un haut responsable des organismes compétents. Dans certains systèmes juridiques, on pourra préférer un contrôle supplémentaire, effectué par exemple par un organe judiciaire. Cette éventualité doit être conciliée avec la nécessité de s'assurer qu'une livraison surveillée pourra être autorisée rapidement et à n'importe quelle heure du jour ou de la nuit. Un juste milieu peut être trouvé en prévoyant que l'autorisation initiale soit donnée par le haut responsable des services de détection et de répression (ce qui permet une réponse rapide), autorisation qui doit être examinée et prolongée par un organe judiciaire à brève échéance (dans un délai d'une semaine, par exemple).

Il importe que les techniques d'enquête spéciales fassent l'objet d'une certaine vigilance, sinon, elles risquent de donner lieu à des usages impropres, voire à de la corruption. Les présentes dispositions législatives types recommandent d'imposer à un haut responsable, par exemple le chef des services de détection et de répression ou le Ministre de la justice, d'indiquer chaque année au Parlement ou à un organe équivalent le nombre d'autorisations demandées et obtenues et le nombre de procédures pénales dans lesquelles des éléments de preuve ou des informations obtenus grâce à des autorisations ont été utilisés. Dans certains systèmes juridiques, on pourra souhaiter disposer d'une surveillance supplémentaire grâce, par exemple, à des rapports et à des enquêtes réalisés par un organisme de contrôle indépendant. En pareil cas, il sera sans doute nécessaire de disposer de deux niveaux de contrôle: le premier permettra une enquête complète en accédant aux informations opérationnelles sensibles et sera assuré par un organe de contrôle indépendant doté des pouvoirs législatifs nécessaires.

⁷³*Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 247.

Le second, une présentation publique au Parlement (par exemple), ne dévoilera pas d'informations opérationnelles, y compris les méthodes et les sources utilisées.

Exemple

Il existe des dispositions concernant les "livraisons surveillées" dans le Code des douanes français:

Titre II

Chapitre IV. Pouvoirs des agents des douanes

Section 7. Livraisons surveillées

Article 67 *bis*

Afin de constater les infractions douanières d'importation, d'exportation ou de détention de substances ou plantes classées comme stupéfiants, d'identifier les auteurs et complices de ces infractions ainsi que ceux qui y ont participé comme intéressés au sens de l'article 399 et d'effectuer les saisies prévues par le présent code, les agents des douanes habilités par le ministre chargé des douanes dans des conditions fixées par décret peuvent, après en avoir informé le procureur de la République et sous son contrôle, procéder à la surveillance de l'acheminement de ces substances ou plantes.

Ils ne sont pas pénalement responsables lorsque, aux mêmes fins, avec l'autorisation du procureur de la République et sous son contrôle, ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent ces substances ou plantes ou mettent à la disposition des personnes les détenant ou se livrant aux infractions douanières mentionnées à l'alinéa précédent des moyens de caractère juridique, ainsi que des moyens de transport, de dépôt et de communication. L'autorisation ne peut être donnée que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions visées au premier alinéa.

Les dispositions des deux alinéas précédents sont, aux mêmes fins, applicables aux substances qui sont utilisées pour la fabrication illicite des produits stupéfiants et dont la liste est fixée par décret, ainsi qu'aux matériels servant à cette fabrication.

Ne sont pas pénalement punissables les agents des douanes qui accomplissent, en ce qui concerne les fonds sur lesquels porte l'infraction prévue par l'article 415 et pour la constatation de celle-ci, les actes mentionnés aux deux premiers alinéas⁷⁴.

Exemple

Les définitions suivantes de l'"opération surveillée" et de la "grande opération surveillée" figurent dans le *Crimes Act* australien de 1914:

15GD Définition de l'opération surveillée et de la grande opération surveillée

- 1) Une opération surveillée est une opération qui:
 - a) Suppose la participation d'agents des services de détection et de répression;
 - b) Est menée dans le but d'obtenir des éléments de preuve qui pourraient permettre de

⁷⁴Consultable sur le site www.legifrance.gouv.fr.

poursuivre une personne pour une grave infraction fédérale ou pour une grave infraction d'État qui présente un aspect fédéral; et

c) Peut amener un agent des services de détection et de répression ou une autre personne à commettre un acte qui, en l'absence de la section 15HA, constituerait une infraction fédérale ou une infraction à une loi d'un État ou d'un Territoire.

2) Une grande opération surveillée est une opération surveillée qui est susceptible de:

a) Se traduire par l'infiltration d'un groupe criminel organisé par un agent des services de détection et de répression pendant plus de sept jours;

b) Durer plus de trois mois; ou de

c) Viser une activité criminelle suspecte qui présente une menace pour la vie humaine.

La loi australienne a instauré un régime dans lequel un agent des services de détection et de répression peut demander un pouvoir à certains hauts responsables, pouvoir qui ne peut être accordé que si certaines conditions sont remplies:

15GF Définition de l'agent chargé de délivrer les autorisations, etc.

1) Toutes les personnes suivantes constituent des agents chargés de délivrer les autorisations pour les opérations surveillées:

a) Si l'opération est une grande opération surveillée et si l'enquête sur l'infraction à laquelle l'opération surveillée se rapporte fait partie des missions de la Police fédérale australienne, le Directeur et les directeurs adjoints de la Police fédérale australienne;

b) Si l'opération n'est pas une grande opération surveillée, mais si l'enquête sur l'infraction à laquelle l'opération surveillée se rapporte fait partie des missions de la Police fédérale australienne (AFP), tout agent de l'AFP chargé de délivrer les autorisations;

c) Si l'enquête sur l'infraction à laquelle l'opération surveillée se rapporte fait partie des missions de l'ACC [Commission australienne de lutte contre la criminalité], tout agent de l'ACC chargé de délivrer les autorisations;

d) Si l'opération surveillée concerne une enquête sur un problème de corruption (au sens du *Law Enforcement Integrity Commissioner Act* de 2006), tout agent de l'ACLEI [Commission australienne pour l'intégrité des services de détection et de répression] chargé de délivrer les autorisations.

2) Les personnes suivantes sont des agents de l'AFP chargés de délivrer les autorisations:

a) Le Directeur;

b) Les directeurs adjoints;

c) Les hauts responsables de l'AFP qui y sont autorisés par écrit par le Directeur.

3) Les personnes suivantes sont des agents de l'ACC chargés de délivrer les autorisations:

- a) Le Directeur général de l'ACC;
- b) Les fonctionnaires hors cadre de l'ACC qui y sont autorisés par écrit par le Directeur général de l'ACC.
- 4) Les personnes suivantes sont des agents de l'ACLEI chargés de délivrer les autorisations:
 - a) Le Directeur pour l'intégrité;
 - b) Le Directeur adjoint pour l'intégrité;
 - c) Les fonctionnaires hors cadre de l'ACLEI qui y sont autorisés par écrit par le Directeur pour l'intégrité.

Exemple

L'article 1.3 du Modèle de loi sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (pour les systèmes de droit romano-germanique) contient une définition de la livraison surveillée:

L. L'expression "livraison surveillée" désigne la méthode consistant à permettre le passage par le territoire de [nom du pays] d'expéditions illicites ou suspectées de l'être, au su et sous le contrôle des autorités compétentes de ces États, en vue d'enquêter sur une infraction et d'identifier les personnes impliquées dans sa commission.

Les *Model Provisions on Money Laundering, Terrorist Financing, Preventive Measures and Proceeds of Crime (for common law legal systems)*, établies par l'ONUUDC, le Secrétariat du Commonwealth et le Fonds monétaire international ne contiennent pas de définition de la livraison surveillée.

Article 14. Identités d'emprunt

1. L'acquisition et l'utilisation d'une identité d'emprunt sont licites lorsqu'elles ont été autorisées conformément au présent article.
2. Les agents publics et les individus qui les assistent ne sont pas responsables civilement ou pénalement pour des actes qui ont été autorisés conformément au présent article.
3. Un agent des services de détection et de répression du [insérer le nom des organismes désignés] peut demander à acquérir ou à utiliser une identité d'emprunt aux fins d'enquêter sur une infraction visée par les présentes dispositions législatives types [pour le compte de l'organisme de détection et de répression ou pour celui d'un organisme de détection et de répression étranger].
4. L'utilisation ou l'acquisition d'une identité d'emprunt peut être autorisée par:

a) [Insérer des intitulés de fonction, par exemple le chef et l'adjoint au chef du service de détection et de répression compétent ou le chef du service de lutte contre la corruption].

5. Toute demande doit être effectuée par écrit et doit comporter:

a) Le nom du demandeur;

b) Des détails sur l'identité d'emprunt proposée;

c) Les raisons qui justifient d'acquérir ou d'utiliser une identité d'emprunt; et

d) Des détails sur l'enquête ou la collecte de renseignements pour lesquelles cette identité sera utilisée (dans la mesure où ils sont connus).

6. Après examen de la demande, l'agent chargé de délivrer les autorisations peut:

a) Autoriser l'utilisation ou l'acquisition d'une identité d'emprunt avec ou sans conditions; ou

b) Rejeter la demande.

7. L'agent chargé de délivrer les autorisations ne peut accepter la demande s'il n'est pas raisonnablement convaincu que l'identité d'emprunt est nécessaire pour:

a) Enquêter sur une infraction visée par les présentes dispositions législatives types qui a été, est ou risque d'être commise; ou pour

b) Une fonction administrative exercée en soutien à la tâche visée à l'alinéa a.

8. Un exemplaire de chaque autorisation doit être adressé à [insérer le nom de l'organisme de contrôle compétent].

9. Une personne qui agit en vertu d'une autorisation peut demander de l'aide à une autre personne afin d'obtenir des pièces pour une identité d'emprunt qui a été acceptée conformément au présent article. Nonobstant toute autre loi, une personne peut créer ou fournir des pièces pour une identité d'emprunt en réponse à une demande effectuée en application du présent article.

10. Le Directeur de [insérer le nom des organismes compétents] doit examiner régulièrement chaque pouvoir accordé par [insérer les intitulés de postes dont les titulaires disposent d'une délégation de responsabilité].

11. Si, après examen d'un pouvoir, le Directeur juge que celui-ci n'est plus nécessaire, il doit annuler le pouvoir en application du paragraphe [*insérer le numéro du paragraphe*].

12. Si, après examen d'un pouvoir, le Directeur juge que celui-ci reste nécessaire, il doit donner son avis motivé par écrit.

13. Tous les [*insérer le nombre approprié*] mois, le Directeur de [*nom de l'organisme*] doit adresser un rapport au [*insérer le nom de l'organisme de contrôle*] sur:

- a) Le nombre d'identités d'emprunt actuellement autorisées; et
- b) La date de dernier examen de chaque autorisation et le résultat de chaque examen.

14. Le [chef de l'organisme de détection et de répression] adresse chaque année un rapport [au Parlement/à une commission parlementaire/au public] indiquant:

- a) Le nombre d'identités d'emprunt qui ont été accordées;
- b) Le nombre d'autorisations qui ont été révoquées; et
- c) Le nombre de procédures pénales dans lesquelles des éléments de preuve ou des informations obtenus grâce au recours à une identité d'emprunt ont été utilisés [ou ont joué un rôle pour l'enquête ou les poursuites].

Article 15. Infiltration

1. Dans le présent article, le terme infiltration désigne la surveillance de personnes soupçonnées de commettre des infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent par des agents désignés [spécialisés] qui participent à ces infractions. À cette fin, les agents désignés sont autorisés à utiliser une identité d'emprunt. Ils ne peuvent agir de telle sorte qu'ils soient les instigateurs des infractions.

2. Une infiltration n'est licite que si elle a été autorisée conformément au présent article.

3. Sans que leur responsable pénale soit engagée, les agents désignés sont autorisés à:

- a) Acquérir, détenir, transporter, copier ou livrer des pièces, des produits, des documents et des informations tirés de la commission d'infractions visées

par les présentes dispositions législatives types ou servant à la commission de ces infractions;

b) Mettre à disposition les moyens de caractère juridique ou financier ainsi que les moyens de transport, de dépôt, d'hébergement et de communication nécessaires à la commission de ces infractions;

c) Cette immunité s'étend à toutes les personnes auxquelles [l'agent désigné ou l'enquêteur] demande officiellement leur aide pour contribuer à l'infiltration.

4. Une infiltration ne peut être réalisée que par des agents désignés spécialement formés.

5. Une infiltration ne peut être réalisée que sous la responsabilité d'un enquêteur qui encadre les agents désignés. Cet enquêteur établira un rapport sur l'opération d'infiltration.

6. Le pouvoir de procéder à une infiltration doit être demandé à: [*Insérer des intitulés de fonction, par exemple chef et adjoint au chef du service de détection et de répression compétent, chef du service de lutte contre la corruption, magistrat du parquet ou juge d'instruction*].

7. L'autorisation doit être demandée par l'unité ou le service spécialisé, doit mentionner les infractions présumées, le nom de l'enquêteur responsable et la durée de l'infiltration, qui ne peut excéder [...] mois, et doit indiquer la raison pour laquelle l'infiltration est nécessaire.

8. L'autorisation ne peut être accordée que si [*insérer les conditions applicables*].

9. Une autorisation peut être révoquée à tout moment par [le chef et l'adjoint au chef du service de détection et de répression compétent, le chef du service de lutte contre la corruption, le magistrat du parquet ou le juge d'instruction]. À l'issue de l'opération d'infiltration, l'agent désigné disposera de la durée nécessaire pour cesser cette activité en toute sécurité, durée qui ne pourra excéder [...] mois [et pendant laquelle il sera toujours autorisé à utiliser son identité d'emprunt et à commettre des infractions conformément au paragraphe 3].

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 2, alinéa i (définition de la "livraison surveillée") et article 20 (techniques d'enquête spéciales).

D'après l'article 20, paragraphe 1, de la Convention contre la criminalité organisée, les États sont tenus, si les principes fondamentaux de leur système juridique national le permettent, de permettre le recours, lorsqu'ils le jugent approprié, à des opérations d'infiltration d'activités criminelles sur leur territoire en vue de combattre la criminalité organisée. Les notes interprétatives qui figurent dans les *Travaux préparatoires* à la Convention confirment que le paragraphe 1 de l'article 20 ne fait pas obligation aux États parties de prendre des dispositions pour utiliser toutes les formes de techniques d'enquête spéciales mentionnées⁷⁵.

Il est essentiel que les rédacteurs étudient si les éléments de preuve obtenus grâce à des opérations d'infiltration peuvent être produits devant un tribunal et, dans l'affirmative, si l'agent infiltré doit révéler son identité réelle. La solution retenue par loi française consiste à se servir de l'enquêteur (qui n'est pas l'agent infiltré) comme représentant. L'enquêteur reste en charge de l'opération, rédige les rapports et comparaît au tribunal. L'agent infiltré peut témoigner par des techniques spéciales afin de protéger sa véritable identité. Autre point important que les rédacteurs doivent examiner, le poids des éléments de preuve obtenus grâce à une opération d'infiltration: en effet, dans certains pays, une condamnation ne peut être motivée uniquement par des éléments de preuve obtenus de cette façon. Sur toutes ces questions, il importe de trouver un équilibre entre les intérêts de la justice (dont la nécessité de combattre la criminalité transnationale organisée) et le fait de garantir un procès équitable au prévenu.

Exemple

Le Code de procédure pénale français contient les dispositions suivantes:

Article 706-81

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 le justifient, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section.

L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. À peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.

L'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné l'opération, qui comprend les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions

⁷⁵*Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 247.

et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises au sens de l'article 706-82.

Article 706-82

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

Les officiers ou agents de police judiciaire autorisés à procéder à une opération d'infiltration peuvent, sur l'ensemble du territoire national, sans être pénalement responsables de ces actes:

1° Acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions;

2° Utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication.

L'exonération de responsabilité prévue au premier alinéa est également applicable, pour les actes commis à seule fin de procéder à l'opération d'infiltration, aux personnes requises par les officiers ou agents de police judiciaire pour permettre la réalisation de cette opération.

Article 706-83

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

À peine de nullité, l'autorisation donnée en application de l'article 706-81 est délivrée par écrit et doit être spécialement motivée.

Elle mentionne la ou les infractions qui justifient le recours à cette procédure et l'identité de l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération.

Cette autorisation fixe la durée de l'opération d'infiltration, qui ne peut pas excéder quatre mois. L'opération peut être renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée. Le magistrat qui a autorisé l'opération peut, à tout moment, ordonner son interruption avant l'expiration de la durée fixée.

L'autorisation est versée au dossier de la procédure après achèvement de l'opération d'infiltration.

Article 706-84

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

L'identité réelle des officiers ou agents de police judiciaire ayant effectué l'infiltration sous une identité d'emprunt ne doit apparaître à aucun stade de la procédure.

La révélation de l'identité de ces officiers ou agents de police judiciaire est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Lorsque cette révélation a causé des violences, coups et blessures à l'encontre de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

Lorsque cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende, sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions du chapitre I du titre II du livre II du Code pénal.

Article 706-85

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

En cas de décision d'interruption de l'opération ou à l'issue du délai fixé par la décision autorisant l'infiltration et en l'absence de prolongation, l'agent infiltré peut poursuivre les activités mentionnées à l'article 706-82, sans en être pénalement responsable, le temps strictement nécessaire pour lui permettre de cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité sans que cette durée puisse excéder quatre mois. Le magistrat ayant délivré l'autorisation prévue à l'article 706-81 en est informé dans les meilleurs délais. Si, à l'issue du délai de quatre mois, l'agent infiltré ne peut cesser son opération dans des conditions assurant sa sécurité, ce magistrat en autorise la prolongation pour une durée de quatre mois au plus.

Article 706-86

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

L'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération d'infiltration peut seul être entendu en qualité de témoin sur l'opération.

Toutefois, s'il ressort du rapport mentionné au troisième alinéa de l'article 706-81 que la personne mise en examen ou comparaisant devant la juridiction de jugement est directement mise en cause par des constatations effectuées par un agent ayant personnellement réalisé les opérations d'infiltration, cette personne peut demander à être confrontée avec cet agent dans les conditions prévues par l'article 706-61. Les questions posées à l'agent infiltré à l'occasion de cette confrontation ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet de révéler, directement ou indirectement, sa véritable identité.

Article 706-87

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 1^{er}, Journal officiel du 10 mars 2004, en vigueur le 1^{er} octobre 2004)

Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites par les officiers ou agents de police judiciaire ayant procédé à une opération d'infiltration.

Les dispositions du présent article ne sont cependant pas applicables lorsque les officiers ou agents de police judiciaire déposent sous leur véritable identité.

Exemple

Le Code de procédure pénale néerlandais contient les dispositions suivantes:

Opérations d'infiltration (y compris les enquêtes discrètes)

Cadre juridique:

Code de procédure pénale néerlandais (CPPN), article 126h (après la commission d'une infraction; réalisées par des agents de police néerlandais) et article 126h, paragraphe 4 (réalisées par des agents de police étrangers);

CPPN, article 126p (pas nécessairement après la commission d'une infraction, mais seulement en relation avec la préparation ou la commission d'une infraction grave par un groupe criminel organisé; réalisées par des agents de police néerlandais);

Article 126p, paragraphe 4 (réalisées par des agents de police étrangers);

CPPN, article 126w (après la commission d'une infraction; réalisées par des civiles);

CPPN, article 126x (pas nécessairement après la commission d'une infraction, mais seulement en relation avec la préparation ou la commission d'une infraction grave par un groupe criminel organisé; réalisées par des civils).

Code de procédure pénale

TITRE IV A. POUVOIRS D'ENQUÊTE SPÉCIAUX

SECTION 1. DE LA SURVEILLANCE

Article 126g

1. Si l'on soupçonne qu'un délit a été commis, le procureur peut, dans l'intérêt de l'enquête, ordonner à un enquêteur de suivre une personne ou de surveiller sa présence ou son comportement de manière systématique.
2. Si les soupçons concernent un délit défini à l'article 67, paragraphe 1, et qui, au vu de sa nature et de son rapport avec d'autres infractions commises par le suspect, constitue une violation grave de la loi, le procureur peut, dans l'intérêt de l'enquête, décider d'autoriser les enquêteurs, pour mettre en œuvre l'ordre mentionné au paragraphe 1, à pénétrer dans un lieu privé qui n'est pas un lieu d'habitation sans l'accord de l'occupant.
3. Le procureur peut décider, pour mettre en œuvre l'ordre mentionné au paragraphe 1, de l'utilisation d'un dispositif technique à condition que celui-ci ne serve pas à enregistrer des communications confidentielles. Aucun dispositif technique ne peut être attaché à une personne sans son consentement.

4. L'ordre est donné pour une durée de trois mois au plus et est renouvelable par période de trois mois.
5. Un ordre de surveillance est donné par écrit et comprend:
 - a. L'infraction concernée et, s'ils sont connus, le nom ou une description aussi précise que possible du suspect;
 - b. Les faits ou les circonstances qui montrent que les conditions fixées au paragraphe 1 sont remplies;
 - c. Le nom ou une description aussi précise que possible de la personne visée au paragraphe 1;
 - d. Lorsque le paragraphe 2 est appliqué, les faits ou les circonstances qui montrent que les conditions fixées audit paragraphe sont remplies, ainsi que le lieu visé;
 - e. La manière dont l'ordre doit être exécuté; et
 - f. La durée de validité de l'ordre.
6. En cas d'urgence, l'ordre peut être donné oralement. Dans ce cas, le procureur doit ensuite mettre l'ordre par écrit dans un délai de trois jours.
7. Dès que les conditions fixées au paragraphe 1 ne sont plus remplies, le procureur met fin à l'exécution de l'ordre.
8. L'ordre peut être modifié, complété, prolongé ou annulé par un écrit motivé. En cas d'urgence, la décision peut être prise oralement. Dans ce cas, le procureur doit ensuite mettre sa décision par écrit dans un délai de trois jours.
9. Un ordre visé au paragraphe 1 peut également être donné à un fonctionnaire d'un État étranger. Certaines obligations peuvent être imposées à cette personne par décret. Les paragraphes 2 à 8 s'appliquent *mutatis mutandis* à cette situation.

SECTION 2. DES INFILTRATIONS

Article 126h

1. Si l'on soupçonne qu'un délit défini à l'article 67, paragraphe 1, a été commis et que ce délit, au vu de sa nature et de son rapport avec d'autres infractions commises par le suspect, constitue une violation grave de la loi, le procureur peut, si l'urgence est requise dans l'intérêt de l'enquête, ordonner à un enquêteur visé à l'article 141, alinéa b, de rejoindre ou d'aider un groupe de personnes qui peuvent raisonnablement être soupçonnées de préparer la commission de délits.
2. Lorsqu'il exécute l'ordre visé au paragraphe 1, l'enquêteur ne peut inciter une personne à commettre une infraction autre que celle qu'elle envisageait déjà de commettre.
3. Un ordre d'infiltration est donné par écrit et comprend:
 - a. L'infraction concernée et, s'ils sont connus, le nom ou une description aussi précise que possible du suspect;

- b. Une description du groupe de personnes;
 - c. Les faits ou les circonstances qui montrent que les conditions fixées au paragraphe 1 sont remplies;
 - d. La manière dont l'ordre doit être exécuté, y compris les actes qui constituent des infractions, dans la mesure où il est possible de le prévoir au moment où l'ordre est émis; et
 - e. La durée de validité de l'ordre.
4. Un ordre visé au paragraphe 1 peut également être adressé à:
- a. Un fonctionnaire d'un État étranger qui satisfait aux conditions fixées par décret;
 - b. Un enquêteur visé à l'article 142, à condition que celui-ci coopère conformément à l'article 11, paragraphe 2, de la loi de 1993 sur la police avec un enquêteur visé à l'article 141, alinéa b.

Les paragraphes 2 et 3 s'appliquent *mutatis mutandis* à cette situation.

5. L'article 126g, paragraphes 7 et 8, s'applique *mutatis mutandis*, à l'exception du fait qu'un ordre d'infiltration ne peut être prolongé oralement.

Article 126p

1. Dans un cas visé à l'article 126o, paragraphe 1, le procureur peut, si l'urgence est requise dans l'intérêt de l'enquête, ordonner à un enquêteur visé à l'article 141, alinéa b, de rejoindre ou d'aider l'organisation en question.
2. Lorsqu'il exécute l'ordre visé au paragraphe 1, l'enquêteur ne peut inciter une personne à commettre une infraction autre que celle qu'elle envisageait déjà de commettre.
3. Un ordre d'infiltration est donné par écrit et comprend:
 - a. Une description de l'organisation;
 - b. Les faits ou les circonstances qui montrent que les conditions fixées au paragraphe 1 sont remplies;
 - c. La manière dont l'ordre doit être exécuté, y compris les actes qui constituent des infractions, dans la mesure où il est possible de le prévoir au moment où l'ordre est émis; et
 - d. La durée de validité de l'ordre.
4. Un ordre visé au paragraphe 1 peut également être adressé à:
 - a. Un fonctionnaire d'un État étranger qui satisfait aux conditions fixées par décret;
 - b. Un enquêteur visé à l'article 141, alinéa c ou à l'article 142, à condition que celui-ci satisfasse aux conditions fixées par décret concernant la formation et la coopération avec les enquêteurs visés à l'article 141, alinéa b.

Les paragraphes 2 et 3 s'appliquent *mutatis mutandis* à cette situation.

5. L'article 126g, paragraphes 7 et 8, s'applique *mutatis mutandis*, à l'exception du fait qu'un ordre d'infiltration ne peut être prolongé oralement⁷⁶.

Exemple

Le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 contient les dispositions suivantes:

Section 5: Investigation secrète

Article 286 Conditions

1. Le ministère public peut ordonner une investigation secrète aux conditions suivantes:
 - a. Des soupçons laissent présumer que l'une des infractions visées à l'alinéa 2 a été commise;
 - b. Cette mesure se justifie au regard de la gravité de l'infraction;
 - c. Les autres actes d'instruction accomplis jusqu'alors n'ont pas abouti ou que les recherches, à défaut de l'investigation secrète, n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

...

Article 287 Qualités requises de l'agent infiltré

1. Peut être désigné comme agent infiltré:
 - a. Le membre d'un corps de police;
 - b. Une personne engagée à titre provisoire pour accomplir des tâches de police, même si elle n'a pas la formation de policier.
2. Seul un membre d'un corps de police peut être désigné comme personne de contact.
3. Lorsqu'un membre d'un corps de police étranger est désigné comme agent infiltré, il relève, en règle générale, de la personne de contact qu'il avait jusqu'alors.

Article 288 Identité d'emprunt et garantie de l'anonymat

1. Le ministère public peut doter l'agent infiltré d'une identité d'emprunt.
2. Il peut garantir à l'agent infiltré que sa véritable identité ne sera pas dévoilée même lors d'une procédure devant un tribunal au cours de laquelle il comparait à titre de personne appelée à donner des renseignements ou de témoin.
3. Si l'agent infiltré s'est rendu coupable d'une infraction dans le cadre de sa mission, le tribunal des mesures de contrainte décide quelle identité sera retenue dans la procédure pénale.

⁷⁶Accessible (en anglais) à l'adresse suivante: www.coe.int/t/dlapil/codexter/Source/pcti_questionnaireReplies/Netherlands%20reply.pdf.

Article 289 Procédure d'autorisation

1. La mission d'un agent infiltré est soumise à l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte.
2. Le ministère public transmet dans les vingt-quatre heures au tribunal des mesures de contrainte:
 - a. La décision ordonnant l'investigation secrète;
 - b. Un exposé des motifs accompagné des pièces nécessaires à l'octroi de l'autorisation.
3. Le tribunal des mesures de contrainte rend une décision dans les cinq jours à compter du moment où l'investigation secrète a été ordonnée et en indique brièvement les motifs. Il peut autoriser l'investigation secrète à titre provisoire, assortir l'autorisation de conditions, ou encore demander que le dossier soit complété ou que d'autres éclaircissements soient apportés.
4. L'autorisation doit indiquer expressément si:
 - a. Des actes peuvent être établis ou modifiés dans le but de constituer une identité d'emprunt ou de conserver cette identité;
 - b. L'anonymat de l'agent infiltré peut être garanti;
 - c. Une personne qui n'a pas la formation de policier peut être désignée.
5. L'autorisation peut être accordée pour un an au plus. Elle peut être prolongée plusieurs fois, chaque fois de six mois au plus. Avant l'échéance de l'autorisation, le ministère public en demande si nécessaire la prolongation et indique les motifs de sa requête.
6. Le ministère public met fin sans délai à la mission si l'autorisation n'est pas accordée ou si aucune autorisation n'a été demandée. Tous les documents et enregistrements établis pendant l'investigation doivent être immédiatement détruits. Les informations recueillies dans le cadre de l'investigation secrète ne peuvent être exploitées.

Article 290 Instructions avant la mission

Le ministère public donne les instructions nécessaires à la personne de contact et à l'agent infiltré avant le début de la mission.

Article 291 Personne de contact

1. Pendant la durée de la mission, l'agent infiltré est directement soumis aux instructions de la personne de contact. Pendant la durée de la mission, les échanges entre le ministère public et l'agent infiltré s'effectuent exclusivement par l'intermédiaire de la personne de contact.
2. La personne de contact a notamment les tâches suivantes:
 - a. Elle instruit précisément et de manière continue l'agent infiltré sur sa mission, ses attributions et la manière dont il doit utiliser son identité d'emprunt;
 - b. Elle dirige et soutient l'agent infiltré et évalue constamment les risques;

- c. Elle consigne par écrit les comptes rendus donnés oralement et tient un dossier complet sur la mission;
- d. Elle fournit au ministère public une information continue et complète sur le déroulement de la mission.

Article 292 Obligations de l'agent infiltré

1. L'agent infiltré accomplit sa mission en se conformant aux instructions.
2. Il rend compte de manière complète et régulière à la personne de contact.

Article 293 Étendue de l'intervention

1. Il est interdit à un agent infiltré d'encourager un tiers à commettre des infractions de manière générale ou de l'inciter à commettre des infractions plus graves. Son intervention doit se limiter à la concrétisation d'une décision existante de passer à l'acte.
2. L'activité d'un agent infiltré ne doit avoir qu'une incidence mineure sur la décision d'un tiers de commettre une infraction concrète.
3. Si cela est nécessaire pour préparer le marché principal, l'agent infiltré est habilité à effectuer des achats probatoires et à démontrer sa capacité économique.
4. Si l'agent infiltré a dépassé les limites de la mission autorisée, le juge en tient compte de manière appropriée lors de la fixation de la peine; il peut également libérer de toute peine la personne ainsi influencée.

Article 294 Interventions lors de la poursuite de délits en matière de stupéfiants

L'agent infiltré qui agit dans le cadre d'une investigation secrète dûment autorisée n'est pas punissable en vertu des articles 19 et 20 à 22 de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants.

Article 295 Montants nécessaires à la conclusion d'un marché fictif

1. À la demande du ministère public, la Confédération peut, par l'intermédiaire de la Banque nationale, mettre à la disposition de l'agent infiltré les montants dont il a besoin pour conclure des marchés fictifs et pour démontrer sa capacité économique, sous la forme et la quantité requise.
2. La demande accompagnée d'une brève description du cas doit être adressée à l'Office fédéral de la police.
3. Le ministère public prend les mesures de sécurité nécessaires à la sauvegarde des montants mis à disposition. La Confédération ou le canton dont relève le ministère public qui a demandé les fonds répond de la perte de ceux-ci.

Article 296 Constatations fortuites

1. Lorsque, dans le cadre d'une investigation secrète, l'agent infiltré apprend l'existence d'infractions ne figurant pas dans la décision d'ordonner cette investigation, ces informations

peuvent être utilisées dans la mesure où une investigation secrète aurait pu être ordonnée pour établir ces nouveaux faits.

2. Le ministère public rend sans délai une décision ordonnant l'investigation secrète et engage la procédure d'autorisation.

Article 297 Fin de la mission

1. Le ministère public met immédiatement fin à l'investigation secrète dans les cas suivants:
 - a. Les conditions ne sont plus remplies;
 - b. L'autorité compétente a refusé l'octroi ou la prolongation de l'autorisation;
 - c. L'agent infiltré ou la personne de contact ne suit pas les instructions ou d'une quelconque manière ne respecte pas ses obligations, notamment en induisant sciemment en erreur le ministère public.
2. Dans les cas visés à l'alinéa 1, lettres a et c, le ministère public communique la fin de la mission au tribunal des mesures de contrainte.
3. Lors de la clôture de la mission, il y a lieu de veiller à ce que ni l'agent infiltré ni d'autres personnes impliquées dans l'investigation ne soient exposés inutilement à des dangers.

Article 298 Communication

1. Au plus tard lors de la clôture de la procédure préliminaire, le ministère public informe le prévenu qu'il a fait l'objet d'une investigation secrète.
2. Avec l'accord du tribunal des mesures de contrainte, il est possible de différer la communication ou d'y renoncer aux conditions suivantes:
 - a. Les éléments recueillis ne sont pas utilisés à des fins probatoires;
 - b. Cela est indispensable à la protection d'intérêts publics ou privés prépondérants.
3. Les personnes qui ont fait l'objet d'une investigation secrète peuvent interjeter recours conformément aux articles 393 à 397. Le délai de recours commence à courir dès la réception de la communication.

Exemple

Le Code de procédure pénale allemand contient les dispositions suivantes:

Article 110a [Agents infiltrés]

- 1) Des agents infiltrés peuvent intervenir pour élucider des infractions pénales lorsqu'il existe suffisamment d'indications factuelles qui montrent qu'une infraction pénale d'une grande importance a été commise:
 1. Dans le domaine du trafic illicite de stupéfiants ou d'armes, du faux-monnayage ou de la contrefaçon de timbres-poste;
 2. Dans le domaine de la sûreté de l'État (articles 74a et 120 de la loi sur l'organisation judiciaire);

3. Dans un cadre commercial ou habituel; ou
 4. Par un membre d'une bande organisée ou autrement de manière organisée. Des agents infiltrés peuvent également intervenir pour élucider des crimes lorsque certains faits accréditent le risque qu'ils se répètent. L'intervention n'est autorisée que lorsque les autres moyens d'élucidation sont voués à l'échec ou beaucoup plus complexes. Des agents infiltrés peuvent également intervenir pour élucider des crimes lorsque la grande importance de l'infraction rend l'opération nécessaire et que d'autres mesures sont vouées à l'échec.
- 2) Les agents infiltrés sont des fonctionnaires de police qui enquêtent sous une fausse identité qui leur est conférée pour une certaine durée. Sous cette identité, ils sont autorisés à participer à des actes juridiques.
 - 3) Lorsque cela est indispensable pour construire ou maintenir la fausse identité susmentionnée, les documents correspondants peuvent être établis, modifiés et utilisés.

Article 110b [Autorisation du ministère public, autorisation du juge et non-divulgarion d'une identité]

- 1) L'intervention d'un agent infiltré n'est permise qu'après autorisation du ministère public. En cas d'urgence et si la décision du ministère public ne peut être obtenue suffisamment vite, une telle mesure peut être prise sur-le-champ. Il doit y être mis fin si le ministère public ne délivre pas d'autorisation dans un délai de trois jours ouvrés. L'autorisation est donnée par écrit et pour une durée limitée. Elle peut être prolongée tant que les conditions d'une intervention sont réunies.
- 2) Une intervention
 1. Dirigée contre un suspect particulier, ou
 2. Pour laquelle l'agent infiltré doit pénétrer dans des locaux privés qui ne sont normalement pas accessibles

est soumise à l'accord du juge. En cas d'urgence, l'autorisation du ministère public suffit. Lorsque la décision de ce dernier ne peut être obtenue suffisamment vite, cette mesure peut être prise sur-le-champ. Il doit y être mis fin si le juge ne délivre pas d'autorisation dans un délai de trois jours ouvrés. Le paragraphe 1, troisième et quatrième phrases, s'applique *mutatis mutandis*.

- 3) L'identité de l'agent infiltré peut rester secrète même après la fin de l'opération. Le ministère public et le juge saisi d'une demande visant à autoriser l'intervention d'un agent infiltré peuvent exiger que son identité leur soit révélée. Dans tous les autres cas, le maintien du secret concernant l'identité de l'agent est autorisé conformément à l'article 96, surtout s'il est à craindre que la divulgation de cette identité ne mette en danger la vie, l'intégrité physique ou la liberté de l'agent infiltré ou d'une autre personne ou ne compromette le recours ultérieur à cet agent⁷⁷.

⁷⁷Voir (en anglais) www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/german_code_of_criminal_procedure.pdf.

Article 16. Surveillance électronique

1. Aux fins du présent article, la surveillance électronique comprend le suivi, l'interception, la copie ou la manipulation de messages ou de signaux transmis électroniquement.

2. La surveillance électronique est licite si elle a été autorisée conformément au présent article.

3. Les agents publics ainsi que les individus et les personnes morales qui les aident ne sont pas civilement ou pénalement responsables des actes qui ont été autorisés conformément au présent article.

4. Un [haut responsable] de [*insérer le nom des organismes désignés*] peut demander une [autorisation] de procéder à une surveillance électronique à [*insérer le nom des autorités judiciaires ou autres autorités compétentes*]. La demande doit préciser:

- a) Le type de surveillance envisagé;
- b) L'objet de la surveillance;
- c) La nature des informations qui devraient être recueillies;
- d) Les individus ou les dispositifs visés par la surveillance; et
- e) Les mesures en vigueur qui garantissent que la vie privée et les autres droits de l'homme des individus sont protégés autant que possible.

5. [L'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente] peut, de manière discrétionnaire, rendre une décision qui autorise le recours à la surveillance électronique.

6. Des conditions attachées à cette autorisation peuvent figurer dans la [décision].

7. La [décision] doit indiquer la durée de validité de l'autorisation, durée qui ne peut excéder [*insérer une durée raisonnable*]. L'autorisation peut être renouvelée sur demande.

8. Lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire visé au paragraphe 5, [l'autorité compétente] [l'autorité judiciaire] examine si:

- a) Le pouvoir demandé est raisonnable et proportionné compte tenu des circonstances;

b) Les droits de l'homme de tous les individus concernés, y compris le droit au respect de la vie privée, sont protégés dans toute la mesure possible compte tenu des circonstances.

9. Un exemplaire de chaque décision doit être adressé à [*insérer le nom de l'organisme de contrôle*].

10. Le directeur de l'organisme concerné peut autoriser par écrit ses agents et d'autres individus à mener des activités en vertu de la décision.

11. Un agent public peut demander le concours de toute personne, y compris un fournisseur de services de communication électronique, pour effectuer la surveillance autorisée.

12. Les informations obtenues grâce à une surveillance électronique ne peuvent être diffusées en dehors de [*l'organisme de détection et de répression compétent*] sans l'accord [*du chef de l'organisme de détection et de répression ou d'un de ses délégués*]. Cet accord ne peut être donné que dans l'un des buts suivants:

a) Prévention [*d'une infraction grave*] ou poursuites relatives à [*une infraction grave*];

b) Renforcement de la coopération internationale en matière de prévention des [*infractions graves*] ou de poursuites relatives aux [*infractions graves*];

c) Contrôle approprié des activités de l'organisme.

13. Le [*chef de l'organisme de détection et de répression*] doit veiller à ce que les informations recueillies grâce à la surveillance qui ne concernent pas la prévention [*d'une infraction grave*] ou les poursuites relatives à [*une infraction grave*] soient supprimées dès que possible et au plus tard six mois après expiration de l'autorisation.

14. Dans les six mois qui suivent l'expiration d'une autorisation de surveillance, le [*chef de l'organisme de détection et de répression*] doit veiller à ce qu'un rapport soit adressé à [*insérer le nom de l'autorité compétente, par exemple le Procureur général*] concernant les activités menées en vertu de l'autorisation et l'intérêt des informations obtenues grâce à celle-ci. Un exemplaire du rapport doit être adressé à [*insérer le nom de l'organisme de contrôle*].

15. Le [*chef de l'organisme de détection et de répression*] adresse chaque année un rapport [*au Parlement/à une commission parlementaire/au public*] indiquant:

- a) Le nombre d'autorisations de surveillance demandées;
- b) Le nombre d'autorisations de surveillance délivrées;
- c) Le nombre de procédures pénales dans lesquelles des éléments de preuve ou des informations obtenus grâce à une surveillance ont été utilisés.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 20.

Cet article a été rédigé en supposant que la plupart des États disposent déjà de lois qui autorisent la surveillance physique. Il vise à compléter les lois existantes dans ce domaine.

La surveillance électronique à l'aide de dispositifs d'écoute ou grâce à l'interception de communications remplit une fonction similaire et est souvent préférable lorsqu'il n'est pas possible de pénétrer un groupe très soudé ou qu'une opération d'infiltration ou de surveillance serait trop risquée pour l'enquête ou la sécurité de ceux qui la mènent. Comme la surveillance électronique peut constituer une atteinte à la vie privée, elle est en général soumise à un strict contrôle juridictionnel et à de nombreuses garanties légales, en vue d'empêcher tout abus⁷⁸.

Lorsque l'on définit la surveillance électronique en droit interne, il importe de rester neutre du point de vue technologique, c'est pourquoi les présentes dispositions législatives types recommandent de faire référence à des "messages ou des signaux transmis électroniquement". Si une liste de techniques est mentionnée, il est important d'utiliser une formulation large ("telles que...") pour tenir compte des évolutions futures.

Il n'est jamais possible d'exercer un contrôle public absolu sur les opérations confidentielles, car cela pourrait compromettre ces opérations ainsi que les méthodes et les sources qui doivent être protégées et qui pourraient resservir ultérieurement. Pour cette raison, l'article ainsi rédigé promeut deux niveaux de contrôle de la surveillance électronique. Le premier niveau consiste à adresser des rapports à un organisme de contrôle chargé de vérifier la manière dont ces techniques sont utilisées. Les rapports adressés à cet organisme peuvent donner des détails sur les opérations menées et l'organisme peut alors déterminer par lui-même si des méthodes adéquates sont appliquées. Le deuxième niveau se traduit par un rapport plus général adressé au Parlement concernant le nombre d'autorisations demandées et accordées, rapport qui ne contient aucune information sur les méthodes et les sources utilisées.

Exemple

Sur la surveillance électronique, voir le *Regulation of Investigatory Powers Act* adopté par le Royaume-Uni en 2000 (www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents).

⁷⁸ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 199.

Article 17. Coopération internationale entre les services de détection et de répression

1. Les missions de [*insérer les noms de tous les services de détection et de répression concernés*] comprennent l'assistance aux organismes de détection et de répression étrangers et aux organisations internationales ou régionales compétentes, ainsi que la coopération avec ceux-ci conformément à leurs systèmes juridiques et administratifs en vue de prévenir, de détecter et de combattre des infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent.

2. Nonobstant toute autre loi, le [*insérer le nom de l'organisme national de détection et de répression*] peut coopérer avec les services de détection et de répression d'un autre État et, s'il y a lieu, des organisations internationales ou régionales et leur donner des informations personnelles ou autres aux fins de prévenir, de détecter et de combattre des infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent dans les deux États.

3. Le [*insérer le nom de l'organisme national de détection et de répression*] peut également coopérer avec des services de détection et de répression étrangers ou avec une organisation internationale ou régionale concernant:

- a) La fourniture de pièces, de substances, de documents ou de fichiers à des fins d'analyse ou d'enquête;
- b) Le détachement ou l'échange de personnel, y compris la mise à disposition d'experts et le détachement d'agents de liaison;
- c) [Les enquêtes conjointes;]
- d) La protection des témoins, y compris la réinstallation d'un témoin protégé;
- e) D'autres mesures d'assistance administrative.

4. Le [*insérer le nom de l'organisme national de détection et de répression*] peut négocier et conclure des accords avec des services de détection et de répression étrangers ou avec des organisations internationales ou régionales dans le but de renforcer la coopération entre les services de détection et de répression afin de prévenir, de détecter et de combattre les infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 27.

L'article 27, paragraphe 1, de la Convention impose aux États de coopérer, conformément à leurs systèmes juridiques et administratifs respectifs, en vue de renforcer l'efficacité de la détection et de la

répression des infractions visées par la Convention. Il oblige également les États à prendre des mesures plus précises en matière:

a) D'établissement ou de renforcement des voies de communication entre leurs autorités, organismes et services compétents pour faciliter l'échange sûr et rapide d'informations (article 27, paragraphe 1, alinéa *a*);

b) De coopération concernant l'identification des suspects, du produit du crime et des instruments du crime, ainsi que les lieux où ils se trouvent (article 27, paragraphe 1, alinéa *b*).

Dans certains cas, il n'est pas certain que la coopération avec des services de détection et de répression étrangers entre dans les compétences de l'organisme national de détection et de répression. En pareil cas, il peut être utile pour l'État de préciser dans une loi que l'une des missions de cet organisme est de coopérer avec ses homologues étrangers, dont les organismes des autres États parties à la Convention contre la criminalité organisée, ainsi qu'avec l'Organisation internationale de police criminelle (INTERPOL) et les organisations régionales concernées.

Alors que l'article 27, paragraphe 1, ne mentionne que la lutte contre les infractions visées par la Convention, conformément à l'accent mis par la Convention sur la prévention (voir l'article 1^{er} de la Convention), les présentes dispositions législatives types recommandent d'autoriser les services de détection et de répression à coopérer avec leurs homologues afin "de prévenir, de détecter, et de combattre" les infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent.

Le paragraphe 2 de la proposition d'article vise à neutraliser les dispositions qui concernent la vie privée ou le secret mais pas à contraindre un organisme à fournir des informations. Il porte sur la coopération en matière d'informations et doit permettre une coopération sur tous les points mentionnés à l'article 27, paragraphe 1, alinéa *b*, de la Convention, notamment mais pas seulement:

a) L'identité, la nature, la composition, la structure ou les activités des groupes criminels organisés, ou le lieu où ils se trouvent (article 26, paragraphe 1, alinéa *a* i);

b) Les liens, y compris à l'échelon international, avec d'autres groupes criminels organisés (article 26, paragraphe 1, alinéa *a* ii);

c) Les infractions que les groupes criminels organisés ont commises ou pourraient commettre (article 26, paragraphe 1, alinéa *a* iii);

d) Les moyens et procédés spécifiques employés par les groupes criminels organisés, y compris les itinéraires et les moyens de transport ainsi que l'usage de fausses identités, de documents modifiés ou falsifiés ou d'autres moyens de dissimulation de leurs activités (article 27, paragraphe 1, alinéa *e*).

La Convention évoque le fait pour les États parties de conclure des accords bilatéraux afin de faciliter la coopération entre les services de détection et de répression de manière générale (dans le but de combattre les infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent) et pour ce qui concerne:

- a) L'établissement ou le renforcement des voies de communication entre leurs autorités, organismes et services compétents pour faciliter l'échange sûr et rapide d'informations concernant tous les aspects des infractions visées par les présentes dispositions législatives types;
- b) Le fait de favoriser l'échange de personnel et d'experts, y compris le détachement d'agents de liaison;
- c) L'échange d'informations sur les moyens et procédés spécifiques employés par les groupes criminels organisés, y compris sur les itinéraires et les moyens de transport ainsi que sur l'usage de fausses identités, de documents modifiés ou falsifiés ou d'autres moyens de dissimulation de leurs activités.

Le paragraphe 3 de la proposition d'article vise à autoriser l'organisme de détection et de répression mentionné à conclure de tels accords. Le législateur peut également souhaiter étudier comment s'effectueront les communications concernant les demandes de coopération et l'échange d'informations. Ceux-ci peuvent par exemple se dérouler par l'intermédiaire du système I-24/7 d'INTERPOL ou d'une voie de communication régionale.

Exemple

Le *Federal Police Act* australien de 1979 mentionne expressément l'appui et l'assistance aux services de détection et de répression étrangers comme mission de la police fédérale:

8 Missions

- 1) Les missions de la Police fédérale australienne sont les suivantes:
 - a) ...
 - bf) Fourniture de services de police et soutien policier afin d'aider l'un des organismes australiens ou étrangers suivants ou de coopérer avec lui:
 - i) Organisme de détection et de répression;
 - ii) Service de renseignements ou de sécurité;
 - iii) Organisme de réglementation; [...]

Article 18. Enquêtes conjointes

1. Lorsqu'il y a lieu, le [insérer le nom de l'organisme de détection et de répression] peut conclure des arrangements avec un organisme de détection et de répression étranger et des organisations internationales ou régionales compétentes concernant la création d'une instance d'enquête conjointe.

2. Outre le cas prévu au paragraphe 1, le [insérer le nom de l'organisme national de détection et de répression] peut conclure des accords ou des arrangements avec

des organismes de détection et de répression étrangers et des organisations internationales ou régionales compétentes concernant la prévention, les enquêtes et les poursuites relatives à des affaires pénales pour des infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent dans un ou plusieurs États.

3. Lorsqu'un tel accord ou arrangement a été conclu [ou même au cas par cas en l'absence d'accord], [l'organisme national de détection et de répression] peut mener des [opérations/enquêtes] conjointes avec l'organisation nationale, régionale ou internationale concernée.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 19.

Alors que l'article 27 de la Convention porte sur le fait de favoriser et de faciliter la coopération entre les services de détection et de répression au-delà des frontières d'une manière générale, l'article 19 concerne plus précisément le recours aux enquêtes conjointes.

L'article 19 de la Convention contre la criminalité organisée encourage les États parties à mettre en place des accords ou des arrangements afin de faciliter la création d'instances d'enquêtes conjointes. Celles-ci peuvent constituer des organes de liaison permettant aux États de mener des enquêtes conjointes pour des affaires qui font l'objet d'investigations, de poursuites ou de procédures judiciaires dans un ou plusieurs États. En l'absence de tels accords, les Parties à la Convention admettent que de telles enquêtes conjointes peuvent être décidées au cas par cas. Les États parties sont tenus de veiller à ce que la souveraineté de l'État partie sur le territoire duquel l'enquête se déroule soit respectée.

Les *Guides législatifs* tendent à montrer que les évolutions législatives nécessaires pour mettre en application l'article 19 de la Convention contre la criminalité organisée sont limitées. Néanmoins, ce point doit être examiné en tenant compte du type d'enquête conjointe que les États veulent instituer.

Une réunion d'un groupe d'experts non officiel sur les enquêtes conjointes s'est tenue à Vienne du 2 au 4 septembre 2008 avant la quatrième session de la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Les experts présents à cette réunion ont recensé deux principaux types d'enquêtes conjointes:

a) Les enquêtes parallèles et coordonnées ayant un objectif commun. Dans ce type d'enquête, les services de détection et de répression de chaque État mènent des enquêtes parallèles sur leurs territoires respectifs, éventuellement aidés par un réseau de relations ou par des correspondants. L'enquête est complétée par des demandes d'entraide judiciaire afin de transférer des éléments de preuve. Dans cette situation, les enquêteurs ne travaillent pas au même endroit. La base légale nécessaire aux enquêtes parallèles et coordonnées peut être limitée ou inexistante.

b) *Les enquêtes conjointes intégrées.* Dans ce type d'enquête, l'équipe d'enquêteurs comprend des agents d'au moins deux États différents. Les équipes de cette nature peuvent être passives (un agent d'un État peut par exemple être intégré à une équipe constituée d'agents de l'État d'accueil mais se limiter à un rôle de conseil) ou actives (dans ce cas, l'équipe comprend par exemple des agents d'au moins deux États différents qui disposent tous du pouvoir légal d'exercer au moins certaines prérogatives opérationnelles sur le territoire où l'équipe intervient). Elles auront sans doute besoin d'une base légale.

Comme l'indique le groupe d'experts non officiel sur les enquêtes conjointes:

Les équipes intégrées travaillent souvent à un seul endroit lorsqu'elles sont passives. Elles reposent soit sur une législation nationale qui autorise un agent étranger à être nommé au sein d'une équipe, soit sur un accord d'assistance technique. Lorsque l'équipe est active, les agents étrangers peuvent aussi être désignés en vertu de la législation nationale existante à condition qu'elle soit adaptée. Dans les États membres de l'Union européenne, la législation applicable repose sur le principe de l'agent étranger détaché qui a la capacité, sous réserve de pouvoirs discrétionnaires, d'exercer ses prérogatives sous le contrôle d'un responsable d'équipe de l'État où l'activité opérationnelle se déroule. Les équipes actives ont été décrites par un des spécialistes comme des dispositifs conçus spécialement et permettant à des agents d'au moins deux pays de travailler sur le même territoire en disposant de certains pouvoirs équivalents. Le type d'agent qui est autorisé à participer à ces équipes dépend du système juridique concerné. Ainsi, dans les pays de droit romano-germanique, ces équipes comprennent normalement un juge ou un magistrat du parquet ainsi que des agents des services de détection et de répression.

Le groupe d'experts non officiel a recensé plusieurs obstacles juridiques possibles à l'instauration d'enquêtes conjointes:

- L'absence d'un cadre juridique clair ou d'une législation qui autorise la mise en place d'enquêtes conjointes;
- Un manqué de clarté s'agissant du contrôle des opérations, par exemple en ce qui concerne les agents infiltrés;
- La prise en charge du coût d'une enquête conjointe.

Une loi est généralement nécessaire pour mettre en place des équipes intégrées actives, car celles-ci supposent l'affectation opérationnelle d'agents étrangers. Plus précisément, les points suivants nécessitent une disposition législative:

- Équivalence des pouvoirs pour les agents des services de détection et de répression étrangers;
- Contrôle des opérations et personnes qui l'exercent;
- Collecte de renseignements par des agents des services de détection et de répression étrangers (en particulier par des moyens coercitifs) et admissibilité ultérieure dans une procédure judiciaire;

- Possibilité pour un membre de l'équipe de recueillir des éléments de preuve dans son pays d'origine sans passer par une demande officielle d'entraide judiciaire;
- Responsabilité civile et administrative des agents des services de détection et de répression étrangers;
- Échange d'informations opérationnelles et protection de ces informations une fois celles-ci échangées.

À la réunion du groupe d'experts sur les enquêtes conjointes, il a été relevé que la question de l'équivalence des pouvoirs devait être réglée par la loi avant que les États ne puissent mener des enquêtes conjointes intégrées. Ce sujet peut être traité de plusieurs manières différentes. Comme l'a indiqué le groupe d'experts:

L'expérience des membres du groupe d'experts a montré que les agents étrangers détachés dans un pays en application du droit existant (même si celui-ci n'est généralement pas suffisant pour créer une équipe intégrée active) et du droit de l'Union européenne exercent leurs pouvoirs sous le contrôle de l'État d'accueil. Au sein de l'Union européenne, la question de savoir si un agent détaché (étranger) peut participer à des actes d'enquête ou être présent lorsque de tels actes sont exécutés ou s'il doit en être exclu est, dans la plupart des cas, laissée à la discrétion du responsable de l'enquête conjointe et l'on n'y connaît pas d'exemple précis d'agents étrangers faisant usage de pouvoirs de coercition importants;

Les autres exemples fournis par les experts des États membres de l'Union européenne ont montré que les agents détachés ne pouvaient outrepasser les pouvoirs dont ils disposaient dans leur propre pays. En d'autres termes, ils ne peuvent bénéficier de plus de prérogatives dans l'État d'accueil que dans leur propre pays et, dans les États membres de l'Union européenne représentés au sein du groupe d'experts, il n'existe aucune disposition législative spécifique concernant le port d'armes. Cette question doit être traitée par un accord opérationnel en s'appuyant sur la législation nationale applicable.

Exemples

L'Irlande s'est dotée d'une loi spécifique réglementant l'élaboration et la réception des demandes de constitution d'équipes communes d'enquête et les missions et les pouvoirs de ces équipes (le *Criminal Justice (Joint Investigation Teams) Act* de 2004)⁷⁹. Cette loi fixe des critères pour la création de ce type d'équipe et précise également les informations qui doivent être fournies par l'État requérant qui souhaite mettre sur pied une équipe commune d'enquête. Les dispositions relatives à l'élaboration des demandes figurent dans la section 3 (ci-après) et une partie équivalente qui concerne la réception des demandes est contenue dans la section 4 (non reproduite ici):

- 3.—1) Lorsque l'Autorité compétente est convaincue que:
 - a) Soit—

⁷⁹Voir www.irishstatutebook.ie/pdf/2004/en.act.2004.0020.pdf.

i) Une infraction a été commise ou il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise en Irlande et que l'enquête sur l'infraction ou l'infraction présumée a des liens avec un ou plusieurs autres États membres; soit

ii) Un acte constitutif d'une infraction s'il s'était produit en Irlande a été commis ou il existe des motifs raisonnables de suspecter que cet acte a été commis en partie en Irlande et en partie dans un ou plusieurs autres États membres;

et

b) Il existe des motifs raisonnables de penser qu'il est dans l'intérêt général, compte tenu du bénéfice probable pour l'enquête sur l'infraction ou l'infraction présumée en question ou sur l'acte en question, de créer une équipe commune d'enquête avec cet ou ces autres États membres, car:

i) Une partie de l'enquête est menée ou devrait être menée dans ce ou ces autres États membres; ou

ii) L'enquête requiert une action coordonnée et concertée entre les États membres concernés (y compris l'Irlande);

L'Autorité compétente peut demander à l'autorité (aux autorités) compétente(s) de cet ou de ces autres États membres de créer une équipe commune d'enquête afin d'enquêter sur l'infraction, l'infraction présumée ou l'acte en question.

2) Une demande visée au paragraphe 1 doit contenir les éléments suivants:

a) Le nom de l'autorité compétente qui effectue la demande;

b) L'objet de la demande;

c) La description de l'acte qui doit faire l'objet d'une enquête;

d) L'identité et la nationalité (si elles sont connues) de la ou des personnes dont les actes doivent faire l'objet d'une enquête;

e) Des propositions concernant la composition de l'équipe commune d'enquête; et

f) La durée pour laquelle l'équipe commune d'enquête est nécessaire.

3) L'Autorité compétente fournit à l'autre (aux autres) autorité(s) compétente(s) concernée(s) les autres (éventuelles) informations qui lui ont été demandées et qui sont réclamées de manière raisonnable par cette ou ces autorités pour décider si elle(s) accepte(nt) ou non de constituer une équipe commune d'enquête.

4) Lorsque l'une des autorités compétentes concernées accède à la demande visée au paragraphe 1, l'Autorité compétente peut, sous réserve de la présente loi, convenir avec cette autorité et toute autre autorité compétente concernée de créer une équipe commune d'enquête afin d'enquêter sur l'infraction, l'infraction présumée ou l'acte en question.

5) L'Autorité compétente et l'autorité (les autorités) compétente(s) concernée(s) peuvent, en application de l'accord visé au paragraphe 4, créer une équipe commune d'enquête.

Le droit irlandais fixe également des règles pour les accords visant à constituer des équipes communes d'enquête:

- 8.—1) Un accord visé à la section 3, paragraphe 4, ou à la section 4, paragraphe 3, et qui a pour but de créer une équipe commune d'enquête est conclu par écrit et précise les points suivants:
- a) Les parties à l'accord;
 - b) Les objectifs de la constitution de l'équipe;
 - c) L'identité et la nationalité (si elles sont connues) de la ou des personnes dont les actes doivent faire l'objet d'une enquête;
 - d) La composition de l'équipe d'enquête conjointe, y compris l'identité (si elle est connue) de celui qui en sera le responsable dans chacun des États membres – y compris l'Irlande – qui y participent et dans lesquels l'équipe ou une partie d'entre elle doit intervenir;
 - e) La durée pendant laquelle l'équipe doit intervenir;
 - f) Les arrangements financiers concernant l'équipe, notamment les arrangements associés au versement de leur rémunération et d'une (éventuelle) indemnité à ses membres et au paiement des autres dépenses qu'elle peut être amenée à engager dans le cadre de sa mission;
 - g) Le nom des membres de l'équipe et le fait de savoir si la section 7, paragraphe 5, s'applique à ceux-ci; et
 - h) Les autres (éventuelles) conditions convenues entre l'Autorité compétente et l'autre (les autres) autorité(s) compétente(s) concernée(s).
- 2) Si la durée pendant laquelle l'équipe commune d'enquête doit intervenir est prolongée en application de la section 5, paragraphe 1, l'accord visé au paragraphe 1 est modifié en conséquence.
- 3) Si l'autorité compétente, conformément à la section 5, paragraphe 3, convient avec l'autre (les autres) autorité(s) compétente(s) concernée(s) de modifier l'accord instituant l'équipe commune d'enquête, l'accord visé au paragraphe 1 est modifié en conséquence.
- 4) Si l'Irlande, en vertu d'un accord visé au paragraphe 4 de la section 5, participe à une équipe commune d'enquête, l'accord visant à constituer l'équipe en question, tel que modifié par l'accord visé audit paragraphe, respecte dans la mesure du possible les dispositions du paragraphe 1.
- 5) Si un autre État membre, en vertu d'un accord visé à la section 5, paragraphe 5, participe à une équipe commune d'enquête, l'accord visant à créer cette équipe mentionné au paragraphe 1 est modifié pour tenir compte de l'accord visé à la section 5, paragraphe 5.

Exemple

Le droit roumain contient des dispositions en matière de coopération internationale et permet de constituer des équipes communes d'enquête. La loi n° 39/2003 relative à la prévention de la criminalité organisée à la lutte contre celle-ci contient les dispositions suivantes:

Article 26. 1) À la demande des autorités compétentes de Roumanie ou d'autres États, une enquête conjointe peut avoir lieu sur le territoire roumain aux fins de prévenir et de combattre les infractions transnationales commises par des groupes criminels organisés.

2) Une enquête conjointe visée au paragraphe 1 se déroule conformément aux traités bilatéraux ou multilatéraux signés par les autorités compétentes.

3) Des représentants des autorités compétentes roumaines peuvent participer à une enquête conjointe qui se déroule sur le territoire d'autres États dans le respect de leur législation⁸⁰.

Exemple

Le droit suédois contient une disposition qui régit la constitution d'équipes communes d'enquête (loi du 18 décembre 2003 relative à certaines formes de coopération internationale dans les enquêtes criminelles)⁸¹.

Création d'une équipe commune d'enquête

Article 2.

Une équipe commune d'enquête est créée dans un but précis et pour une durée limitée.

Article 3.

Si une enquête préliminaire est en cours en Suède concernant une activité criminelle sur laquelle une équipe commune d'enquête doit enquêter, c'est le procureur ou l'autorité qui dirige l'enquête préliminaire qui conclut l'accord visant à constituer une équipe commune d'enquête.

Si une équipe commune d'enquête ne peut être créée en application du premier alinéa, un accord visant à mettre en place une telle équipe peut être conclu par :

1. Le ministère public;
2. La police nationale ou le service de police désigné par la police nationale;
3. Le service des douanes; ou
4. Les gardes-côtes.

L'accord doit préciser le nom des agents qui feront partie de l'équipe commune d'enquête et la durée pendant laquelle cette équipe doit intervenir.

⁸⁰ Accessible (en anglais) à l'adresse suivante: www.unodc.org/res/cld/document/rou/law_nr__392003_on_preventing_and_combating_organized_crime_html/Romania_Law_Preventing_Combating_Organized_Crime_R10-5_2010.pdf.

⁸¹ Plus d'informations (en anglais) à l'adresse suivante: www.imolin.org/doc/amliid/Sweden_Act%20on%20Joint%20Investigation%20Teams.pdf; voir également (en anglais) l'arrêté relatif à certaines formes de coopération internationale dans les enquêtes criminelles promulgué le 18 décembre 2003 (www.imolin.org/doc/amliid/Sweden_Ordinance%20on%20Joint%20Investigation%20Teams%20.pdf).

Article 19. Attribution de pouvoirs aux agents des services de détection et de répression étrangers dans les enquêtes conjointes

1. Lorsque [les États concernés ont conclu un accord qui prévoit une attribution de pouvoirs dans les enquêtes conjointes], les agents des services de détection et de répression étrangers peuvent se voir conférer un ou plusieurs des pouvoirs suivants, qu'ils peuvent exercer en [insérer le nom de l'État] en appliquant le droit de [insérer le nom de l'État]:

a) [Le pouvoir de recueillir des informations et de recevoir des déclarations conformément au droit de l'État, à condition que cela soit autorisé par le droit de [insérer le nom de l'État]];

b) [Le pouvoir d'ajouter un chef d'accusation dans le dossier, y compris sous la forme requise par leur droit interne, à condition que cela soit autorisé par le droit de [insérer le nom de l'État]];

c) [Le pouvoir d'exercer une surveillance ou de mener des opérations d'infiltration].

2. Lorsqu'un agent d'un service de détection et de répression étranger s'est vu conférer les pouvoirs visés au paragraphe 1, il a droit à la même protection que les agents des services de détection et de répression nationaux en vertu de [insérer le titre des lois applicables].

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 19.

L'article 19 demande aux États parties d'envisager de conclure des accords ou arrangements bilatéraux ou multilatéraux concernant des instances d'enquêtes conjointes. En l'absence de tels accords ou arrangements, cet article dispose que "des enquêtes conjointes peuvent être décidées au cas par cas. Les États Parties concernés veillent à ce que la souveraineté de l'État Partie sur le territoire duquel l'enquête doit se dérouler soit pleinement respectée".

Même si l'article 19 de la Convention ne l'impose pas, il peut, pour des raisons pratiques, être nécessaire aux États qui souhaitent mener des enquêtes conjointes de trouver un moyen de s'assurer que les agents des services de détection et de répression étrangers puissent participer légalement aux opérations locales. Une attribution de pouvoirs pour une courte durée peut être une bonne solution.

Autres points à prendre en compte:

- a) S'assurer que l'encadrement, le rôle et les responsabilités des agents détachés sont bien définis;
- b) Fixer des limites aux activités que les agents détachés peuvent mener.

Une autre question qui se pose est de savoir si les agents qui commettent des actes autorisés par une enquête conjointe sont pénalement ou civilement responsables de ces actes. Les présentes dispositions législatives types proposent d'en tenir compte en conférant aux agents détachés étrangers une protection équivalente à celle dont bénéficient les agents des services de détection et de répression nationaux.

Exemple

Le *Criminal Justice (Joint Investigation Teams) Act* adopté par l'Irlande en 2004 traite la question de la responsabilité civile et pénale des membres des équipes communes d'enquête:

- 13.—1) L'Irlande est responsable de toute blessure, perte ou dommage provoqué dans un autre État membre par les membres d'une équipe commune d'enquête ou d'une partie d'une telle équipe dans l'exercice de leurs fonctions en qualité d'agents détachés auprès de l'équipe ou d'une partie de celle-ci conformément au droit de l'État membre dans lequel l'équipe ou la partie de celle-ci intervient.
- 2) L'Irlande rembourse intégralement à un autre État membre toute somme versée par cet État membre à une personne pour une blessure, une perte ou un dommage visé au paragraphe 1.
- 3) Lorsque des agents détachés auprès d'une équipe commune d'enquête ou d'une partie d'une telle équipe qui intervient en Irlande provoquent une blessure, une perte ou un dommage dans l'exercice de leurs fonctions, l'Irlande est tenue de verser une indemnité ou des dommages-intérêts ou d'assurer une autre réparation adéquate pour cette blessure, perte ou dommage de la même manière et dans les mêmes (éventuelles) proportions que s'ils étaient provoqués par les membres de l'équipe ou d'une partie de celle-ci dans l'exercice de leurs fonctions et à ce titre.
- 4) Le paragraphe 3 n'empêche pas l'Irlande de demander le remboursement de toute indemnité ou de tous dommages-intérêts qu'elle a versés ou de toute autre perte qu'elle a subie en application de ce paragraphe:
- a) À l'autorité compétente de l'État membre qui a affecté les membres détachés auprès de l'équipe commune d'enquête ou à la partie de celle-ci concernée qui ont provoqué la blessure, la perte ou le dommage en question; ou
 - b) Aux personnes autres que l'autre État membre et son autorité compétente qui peuvent être responsables de la blessure, de la perte ou du dommage en question.

Exemples

La France est régulièrement à l'origine de la création d'équipes communes d'enquête. Elle est devenue membre d'une telle équipe pour la première fois en 2004, en coopération avec l'Espagne. Fin 2008, la

France avait participé à 20 équipes communes d'enquête. Onze de celles-ci concernaient la criminalité organisée et neuf des activités terroristes (12 équipes communes d'enquête ont été constituées avec l'Espagne, 4 avec la Belgique, 2 avec l'Allemagne, 1 avec les Pays-Bas et 1 avec la Roumanie). La Belgique (opération Nougaro) et la France (opération Artigat) ont été les premières à créer de telles équipes dans le but de lutter contre le terrorisme⁸².

Les dispositions suivantes, qui figurent dans le Code de procédure pénale français, créent les conditions juridiques nécessaires à la formation d'équipes communes d'enquête dans le cadre français:

Article 695-2

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 17, Journal officiel du 10 mars 2004)

Avec l'accord préalable du Ministre de la justice et le consentement du ou des autres États membres concernés, l'autorité judiciaire compétente peut créer une équipe commune d'enquête, soit lorsqu'il y a lieu d'effectuer, dans le cadre d'une procédure française, des enquêtes complexes impliquant la mobilisation d'importants moyens et qui concernent d'autres États membres, soit lorsque plusieurs États membres effectuent des enquêtes relatives à des infractions exigeant une action coordonnée et concertée entre les États membres concernés.

Les agents étrangers détachés par un autre État membre auprès d'une équipe commune d'enquête, dans la limite des attributions attachées à leur statut, peuvent, sous la direction de l'autorité judiciaire compétente, avoir pour mission, le cas échéant, sur toute l'étendue du territoire national:

1° De constater tous crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal, au besoin dans les formes prévues par le droit de leur État;

2° De recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause, au besoin dans les formes prévues par le droit de leur État;

3° De seconder les officiers de police judiciaire français dans l'exercice de leurs fonctions;

4° De procéder à des surveillances et, s'ils sont spécialement habilités à cette fin, à des infiltrations, dans les conditions prévues aux articles 706-81 et suivants et sans qu'il soit nécessaire de faire application des dispositions des articles 694-7 et 694-8.

Les agents étrangers détachés auprès d'une équipe commune d'enquête peuvent exercer ces missions, sous réserve du consentement de l'État membre ayant procédé à leur détachement.

Ces agents n'interviennent que dans les opérations pour lesquelles ils ont été désignés. Aucun des pouvoirs propres de l'officier de police judiciaire français, responsable de l'équipe, ne peut leur être délégué.

⁸²Rapport annuel 2007 d'Europol, p. 55.

Un original des procès-verbaux qu'ils ont établis et qui doit être rédigé ou traduit en langue française est versé à la procédure française.

Article 695-3

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, article 17, Journal officiel du 10 mars 2004)

Dans le cadre de l'équipe commune d'enquête, les officiers et agents de police judiciaire français détachés auprès d'une équipe commune d'enquête peuvent procéder aux opérations prescrites par le responsable d'équipe, sur toute l'étendue du territoire de l'État où ils interviennent, dans la limite des pouvoirs qui leur sont reconnus par le présent Code.

Leurs missions sont définies par l'autorité de l'État membre compétente pour diriger l'équipe commune d'enquête sur le territoire duquel l'équipe intervient.

Ils peuvent recevoir les déclarations et constater les infractions dans les formes prévues par le présent Code, sous réserve de l'accord de l'État sur le territoire duquel ils interviennent.

Chapitre V.

Poursuites relatives aux infractions visées par la Convention

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

Le présent chapitre contient des dispositions qui visent à aborder certaines des questions de procédure qui se posent en cas de poursuites pour une infraction visée par la Convention, et notamment l'opportunité des poursuites et l'octroi de l'immunité dans certaines circonstances.

Article 20. Opportunité des poursuites

[L'autorité compétente], lorsqu'elle juge de l'opportunité des poursuites pour une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, tient compte du fait que ces infractions sont considérées comme suffisamment graves pour faire l'objet d'un accord international contraignant.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 11, paragraphe 2.

Tous les États ne laissent pas les magistrats du parquet libres de juger de l'opportunité des poursuites. Néanmoins, comme l'indiquent les *Guides législatifs*, dans les États où une telle disposition existe, l'article 11, paragraphe 2, impose l'obligation suivante:

Ces derniers doivent s'efforcer de favoriser l'application de la loi dans toute la mesure du possible, afin de décourager la commission des quatre principales infractions visées par la

Convention, des infractions instituées conformément aux trois Protocoles (dans la mesure où les États y sont parties) et des infractions graves⁸³. Dans les pays où la notion d'opportunité des poursuites existe, il est essentiel que les États adoptent des mesures de type principes directeurs afin d'assurer la cohérence des décisions prises et de garantir que chaque décision concernant une personne à inculper et les chefs d'inculpation à présenter est prise avec soin, en tenant pleinement compte des faits et de ce que l'intérêt général requiert concernant une infraction visée par les présentes dispositions législatives types.

Article 21. Clémence et immunité de poursuites

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, [l'autorité compétente] peut, de manière discrétionnaire, [accorder l'immunité de poursuites à] [décider de ne pas poursuivre] une personne qui fournit des informations utiles et dont il s'avère qu'elle coopère efficacement concernant l'enquête ou les poursuites relatives à une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent ou à d'autres infractions révélées grâce à cette coopération.
2. Le présent article s'applique indépendamment du fait que la coopération apportée concerne une enquête ou des poursuites en [*insérer le nom de l'État*] ou dans un autre État.
3. Lorsqu'un accord est en vigueur entre [*insérer le nom de l'État*] et un autre État, la coopération substantielle peut inclure la coopération apportée aux autorités compétentes de cet État. L'accord entre États peut être conclu avant ou après que les poursuites concernées ont été engagées.
4. Lorsqu'une personne a volontairement coopéré en fournissant des informations utiles et en aidant les services de détection et de répression à enquêter ou à exercer des poursuites concernant d'autres infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent, le juge peut décider de se montrer plus clément quant à la peine prononcée si cette coopération s'est avérée efficace pour identifier d'autres participants au groupe criminel organisé ou pour établir que les personnes concernées y ont participé, pour déterminer où se trouvent les victimes vivantes des infractions ou pour récupérer, en tout ou partie, le produit du crime.

⁸³Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant, p. 145.

5. L'immunité de poursuites n'est accordée en aucun cas aux prévenus qui ont organisé ou dirigé la commission d'une infraction grave impliquant un groupe criminel organisé ou qui dirigeaient un tel groupe.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 26, paragraphe 3.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, les enquêtes relatives à la criminalité organisée peuvent être considérablement facilitées par la coopération de membres du groupe criminel concerné et d'autres participants à ce groupe. Il en va de même pour la prévention de la criminalité organisée: un renseignement venu de l'intérieur peut permettre d'empêcher concrètement qu'une infraction projetée ne soit commise⁸⁴. C'est pour cette raison que la Convention impose aux États de prendre des mesures visant à favoriser la coopération de personnes informées conformément aux principes juridiques fondamentaux de chaque État. Dans certains pays, la coopération avec les autorités est facilitée par l'octroi de l'immunité de poursuites, dans d'autres par une diminution de peine pour les délinquants qui coopèrent de cette manière. Les *Guides législatifs* indiquent que "[l]es mesures elles-mêmes sont laissées à l'appréciation des États, qui sont priés, mais non pas tenus, d'adopter des dispositions relatives à l'immunité ou à l'allégement de la peine."⁸⁵

Les *Guides législatifs* apportent en outre la précision suivante:

Si l'octroi d'une immunité de poursuites (art. 26, par. 3) est mis en œuvre, adopter une loi aux fins soit de reconnaître un pouvoir discrétionnaire de ne pas poursuivre dans des cas appropriés, soit de structurer la règle déjà existante de l'opportunité des poursuites. Il pourra être nécessaire de prévoir une forme de réexamen judiciaire et de ratification afin de définir les conditions de tout arrangement officieux et faire en sorte que les décisions de conférer l'immunité soient contraignantes⁸⁶.

Lorsqu'ils examinent la question de l'immunité de poursuites, les rédacteurs doivent garder à l'esprit plusieurs points. Dans la plupart des pays où l'immunité est accordée, elle est conditionnelle ou limitée d'une manière ou d'une autre. Elle peut par exemple être conditionnée au fait que la coopération apportée témoigne d'une appréciation honnête (même s'il s'avère que les informations fournies sont inexactes) ou qu'il y ait un lien entre l'infraction pour laquelle l'immunité est accordée et l'infraction pour laquelle le suspect témoigne. Des mesures différentes peuvent être nécessaires en fonction de la valeur du témoignage du suspect et de son impact réel (par exemple, faire cesser une infraction ou empêcher qu'elle ne soit commise). Certains pays prévoient une immunité totale, ce qui veut dire que la personne ne peut être poursuivie lorsque le témoignage est sincère et complet. Il ne s'agit pas d'une atténuation de la peine.

⁸⁴Ibid., p. 180.

⁸⁵Ibid.

⁸⁶Ibid., p. 190.

Les États Membres ne devraient pas prendre de mesures exonérant les prévenus de toute responsabilité, par exemple en accordant ou en avalisant des amnisties pour des infractions internationales ou des violations flagrantes des droits de l'homme.

Exemple

L'article 317.1 du Code de procédure pénale de la Fédération de Russie dispose que le suspect ou l'inculpé a le droit de déposer une demande visant à conclure un accord de coopération avant l'ouverture du procès. Dans cette demande, le suspect ou l'inculpé indique les actions qu'il s'engage à effectuer afin d'aider les enquêteurs à détecter l'infraction et à enquêter sur elle, à incriminer et à poursuivre les autres complices de l'infraction, ainsi qu'à rechercher les biens acquis grâce à cette infraction.

Le Code pénal de la Fédération de Russie énonce en outre qu'une personne qui a cessé librement de faire partie d'une association de malfaiteurs ou d'une branche d'une telle association ou de participer aux réunions des organisateurs, des dirigeants ou d'autres représentants de groupes organisés et qui a activement contribué à révéler ou à prévenir de telles infractions est exonérée de responsabilité pénale si elle n'a pas commis d'autres actes répréhensibles.

Chapitre VI.

Règles spéciales de procédure et de preuve

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

Le présent chapitre contient des dispositions qui visent à donner un fondement légal aux règles spéciales de procédure et de preuve qui peuvent faciliter le succès des poursuites engagées pour lutter contre la criminalité transnationale organisée, comme l'allongement du délai de prescription et l'admissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à des techniques d'enquête spéciales.

Article 22. Prescription

1. Sous réserve du paragraphe 2, une infraction pénale à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent se prescrit par [insérer le nombre d'années] à compter de la date de commission de l'infraction.
2. [Lorsqu'un suspect a délibérément cherché à se soustraire à la justice pour une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, la prescription visée au paragraphe 1 est suspendue.]

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 11, paragraphe 5.

La prescription de l'action publique existe dans certains États, mais pas dans d'autres.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, la Convention demande aux États où la prescription existe de prévoir une période prolongée pour toutes les infractions visées par la Convention, surtout pour

les auteurs d'une infraction qui ont délibérément cherché à se soustraire à la justice. L'article 11, paragraphe 5, ne fait pas obligations aux États qui ne connaissent pas la prescription de l'instituer⁸⁷.

Dans certains États, le délai de prescription peut être suspendu ou prolongé si l'inculpé prend la fuite ou fait défaut. Les *Guides législatifs* apportent la précision suivante:

Il faut tenir compte de ces facteurs pour la fixation du délai de prescription éventuel, lequel doit être plus long lorsque l'auteur présumé de l'infraction s'est soustrait à la justice. Dans ce cas, le délai supplémentaire, qui peut rendre la défense plus difficile, est justifié par le comportement fautif de l'accusé⁸⁸.

Exemples

Le Code pénal finlandais (39/1189), chapitre 8 (Prescription), section 1 [Prescription de l'action publique (297/2003)], contient les dispositions suivantes:

- 1) Pour une infraction pour laquelle la peine la plus sévère est la réclusion criminelle à perpétuité, l'action publique est imprescriptible (212/2008).
- 2) L'action publique se prescrit:
 - 1) Par vingt ans si la peine la plus sévère encourue est de plus de huit ans d'emprisonnement;
 - 2) Par dix ans si la peine la plus sévère encourue est comprise entre deux et huit ans d'emprisonnement;
 - 3) Par cinq ans si la peine la plus sévère encourue est comprise entre un et deux ans d'emprisonnement; et
 - 4) Par deux ans si la peine la plus sévère encourue est d'un an d'emprisonnement au plus ou une amende.
- 3) La peine la plus sévère désigne la peine maximale prévue pour l'infraction en question dans la disposition applicable.
- 4) Toutefois, l'action publique se prescrit par cinq ans au minimum pour les infractions commises dans le cadre d'une mission publique. L'action publique se prescrit par dix ans au minimum pour une dégradation de l'environnement, un délit environnemental ou une infraction à la protection des constructions. L'action publique pour une dégradation de l'environnement par un navire étranger dans la zone économique exclusive de la Finlande, infraction visée à la section 28 de la loi sur la prévention de la pollution par des navires (300/1979), pour une infraction aggravée de dégradation de l'environnement, pour une infraction environnementale ou pour une dégradation de l'environnement par négligence se prescrit par trois ans. L'action publique pour une infraction à la législation sur la pêche commise par un navire étranger dans la zone économique exclusive de la Finlande se prescrit par trois ans au minimum (1161/2005).

⁸⁷ Ibid., p. 147.

⁸⁸ Ibid., p. 148.

5) Le délai de prescription de l'action publique pour une atteinte sexuelle sur un mineur et pour une atteinte aggravée sur un mineur ne commence à courir qu'à compter de la date où la victime atteint l'âge de 28 ans. Il en va de même pour le viol et le viol aggravé sur un mineur, ainsi que pour le fait de contraindre un mineur à avoir des rapports sexuels (1161/2005).

Le Code pénal allemand, chapitre 5, article 78 (Délai de prescription), contient les dispositions suivantes:

- 1) Les infractions ne peuvent plus faire l'objet de poursuites ni des mesures (visées à l'article 11, paragraphe 1, point 8) être prises après expiration du délai de prescription. Cette disposition est sans effet sur l'article 76a, paragraphe 2, première phrase, point 1.
- 2) Les crimes visés à l'article 211 (meurtre accompagné de circonstances aggravantes particulières) sont imprescriptibles.
- 3) Lorsque l'action publique est prescriptible, la durée de prescription s'élève à:
 1. Trente ans pour les infractions passibles de la réclusion criminelle à perpétuité;
 2. Vingt ans pour les infractions passibles d'une peine de réclusion criminelle de plus de dix ans;
 3. Dix ans pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement comprise entre cinq et dix ans;
 4. Cinq ans pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement comprise entre un et cinq ans;
 5. Trois ans pour les autres infractions.
- 4) Cette durée dépend de la peine prévue dans la disposition qui définit les éléments constitutifs de l'infraction indépendamment des circonstances aggravantes ou atténuantes qui figurent dans la partie générale et des infractions aggravées ou atténuées définies dans la partie spéciale.

Article 23. Transfert des procédures pénales

1. S'agissant du transfert des procédures pénales depuis une juridiction étrangère:

a) [Le procureur, le Procureur général, l'Autorité centrale, le Ministère de la justice...] peut décider de reprendre à sa charge les poursuites relatives à une infraction visée par les présentes dispositions législatives types qui fait l'objet d'une action publique dans une juridiction étrangère et pour laquelle [les tribunaux nationaux sont compétents] [le droit de [...] s'applique] lorsque cela est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice [et lorsque cela est demandé par les autorités étrangères];

b) Le transfert d'une procédure pénale ne peut toutefois pas concerner une personne qui a déjà été condamnée et a purgé une peine pour les mêmes faits.

2. S'agissant du transfert des procédures pénales vers une juridiction étrangère:

a) [Le procureur, le Procureur général, l'Autorité centrale, le Ministère de la justice...] peut décider de transférer la procédure pénale relative à une infraction visée par les présentes dispositions législatives types à une juridiction étrangère lorsque cela est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et lorsque cela est demandé par les autorités de la juridiction étrangère en question. Le transfert de procédures pénales peut être limité à certains faits, infractions ou individus [personnes/suspects] précis;

b) Le transfert de poursuites est décidé avant [*insérer ici l'étape de la procédure après laquelle il n'est pas raisonnable de transférer un dossier, par exemple après que le renvoi de l'affaire devant une juridiction de jugement a été prononcé*];

c) [Le procureur, le Procureur général, l'Autorité centrale, le Ministère de la justice...] autorise si possible le suspect [l'inculpé] à faire connaître son avis sur l'infraction présumée et le transfert envisagé;

d) [Le procureur, le Procureur général, l'Autorité centrale, le Ministère de la justice...] autorise si possible les victimes de l'infraction présumée à faire connaître leur avis sur l'infraction présumée et le transfert envisagé afin de s'assurer que cela n'a pas d'incidence négative ou injustifiée sur leurs droits [à une réparation adéquate];

e) La décision de transfert suspend les poursuites sans préjudice d'investigations et d'une entraide judiciaire ultérieures;

f) Les poursuites sont abandonnées lorsque [le procureur, le Procureur général, l'Autorité centrale, le Ministère de la justice...] est informé que la juridiction étrangère a définitivement statué dans l'affaire dont la procédure a été transférée.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 15, paragraphe 5, et article 21.

Il arrive parfois que plusieurs États ouvrent et poursuivent une enquête, puis engagent des poursuites pour la même infraction. L'article 21 impose aux États d'envisager de se transférer mutuellement une procédure dans les cas où ce transfert est jugé nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et, en particulier lorsque plusieurs juridictions sont concernées, en vue de centraliser les poursuites.

En pratique, plusieurs étapes peuvent être nécessaires pour qu'une procédure pénale soit effectivement transférée à un autre pays. En premier lieu, une consultation doit avoir lieu entre les deux États concernés sur des questions comme l'échange et le transfert d'informations et d'éléments de preuve. L'article 15, paragraphe 5, de la Convention dispose que lorsque deux États ont ouvert une enquête ou ont engagé des poursuites ou une procédure judiciaire concernant le même acte, ils se consultent, selon qu'il convient, pour coordonner leurs actions. En second lieu, si l'affaire a déjà atteint le stade juridictionnel, il serait nécessaire que le tribunal "arrête" ou suspende les poursuites jusqu'à ce que l'affaire soit résolue dans un autre pays. La proposition d'article présentée ici vise à faciliter ce processus. Il convient également de souligner que le fait de statuer visé au paragraphe 2, alinéa f, comprend l'acquittement, la condamnation et le non-lieu.

En la matière, il faut aussi mentionner le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (résolution 45/118 de l'Assemblée générale, annexe).

La question de la double incrimination peut également jouer un rôle dans ce contexte. La prohibition de la double incrimination (interdiction autrement appelée *non bis in idem*) fait partie du droit international, y compris le droit international relatif aux droits de l'homme. L'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, annexe) dispose que:

Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.

Comme l'indique le *Handbook on International Cooperation* publié par l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN):

Même si le principe *non bis in idem* existe depuis longtemps, les discussions concernant son application sont fréquentes. Le problème le plus courant consiste à savoir si une deuxième incrimination porte sur la même infraction, de sorte que le principe *non bis in idem* doit être invoqué. Cette question se pose souvent lorsqu'un chef d'inculpation ultérieur concerne le même acte, mais que l'infraction retenue est différente ou que de nouveaux éléments de preuve substantiels sont apparus⁸⁹.

Ce problème peut être évité ou réduit au minimum en rédigeant avec soin les lois concernées. Ainsi, le *Revised Manual on the Model Treaty on Extradition*, dans son paragraphe 52, contient la recommandation suivante concernant l'élaboration d'une législation donnant effet au principe *non bis in idem*:

Les États peuvent souhaiter examiner quels sont les critères et les éléments de preuve appropriés et nécessaires pour apprécier si une deuxième incrimination porte sur la même infraction, en particulier pour les infractions de groupe complexes et continues⁹⁰.

⁸⁹Pauline David, Fiona David et Anne Gallagher, *ASEAN Handbook on International Legal Cooperation in Trafficking in Persons Cases* p. 122. Disponible sur le site www.aseansec.org.

⁹⁰Disponible sur le site www.unodc.org.

Exemple

Le Code de procédure pénale slovaque contient les dispositions suivantes:

Titre trois: Reprise et transfert d'une procédure pénale

Reprise d'une procédure pénale engagée à l'étranger

Article 383a

Le parquet général prend une décision concernant la proposition de l'autorité compétente d'un État étranger visant à ce que les poursuites concernant un ressortissant slovaque pour des infractions commises sur le territoire de cet État soient reprises par les autorités slovaques compétentes et, en cas de réponse positive, demande immédiatement à l'autorité compétente *ratione loci* et *ratione materiae* d'engager des poursuites en vertu des dispositions de la présente loi.

Transfert d'une procédure pénale vers un pays étranger

Article 383b

Si des poursuites sont engagées à l'encontre d'un ressortissant d'un pays étranger pour une infraction commise sur le territoire de la République slovaque, le parquet général ou, après la mise en accusation, le Ministère de la justice, peuvent transférer la procédure pénale à l'autorité compétente du pays étranger dont l'inculpé est un ressortissant.

Déplacement aux fins d'une procédure à l'étranger

Article 383c

Si le déplacement d'une personne aux fins d'une procédure pénale à l'étranger est demandé par un État étranger, la Cour suprême se prononce sur la recevabilité de cette demande. Les dispositions du titre deux s'appliquent de manière appropriée à la recevabilité de ce déplacement et des mesures de sécurité proposées.

Transfert temporaire d'une personne par un pays étranger en vue d'effectuer des actes de procédure sur le territoire de la République slovaque et retour de cette personne

Article 383d

- 1) Si la présence d'une personne à des fins de déposition ou de confrontation est requise pour des poursuites pénales engagées sur le territoire de la République slovaque et si cette personne est détenue à l'étranger, le juge chargé des poursuites, sur demande du procureur, ou le juge qui préside la juridiction de jugement décide que ladite personne sera détenue sur le territoire de la République slovaque pendant son transfert temporaire et demande au Ministère de la justice de la République slovaque de prendre d'autres mesures.
- 2) Dans la décision visée au paragraphe 1, le juge chargé des poursuites ou le juge qui préside la juridiction de jugement indique que la détention commence le jour où la personne en question est prise en charge.
- 3) Toute personne transférée par un pays étranger est prise en charge par l'administration pénitentiaire, qui en informe immédiatement l'autorité qui a pris la décision de détention.

4) Une fois les actes de procédure nécessaires effectués mais en tout état de cause avant la date limite fixée par l'État étranger, cette personne est renvoyée dans ce pays.

5) Le retour de cette personne dans l'État étranger après que la décision de mettre fin à la détention ordonnée en vertu du paragraphe 1 a été prise est organisé par le Ministère de la justice de la République slovaque.

Transfert d'un étranger ou d'un apatride détenus dans le but d'accomplir des actes de procédure à l'étranger

Article 383e

1) Sur demande d'un État étranger, un étranger ou un apatride détenus peuvent être transférés temporairement sur le territoire d'un État étranger à des fins de déposition ou de confrontation.

2) Cette personne ne peut être transférée temporairement que lorsque les conditions suivantes sont remplies:

a) La personne visée au paragraphe 1 accepte ce transfert;

b) Son absence ne modifie pas l'objectif d'une détention sur le territoire de la République slovaque;

c) Le transfert temporaire ne prolonge pas indûment la durée de la détention provisoire effectuée sur le territoire de la République slovaque;

d) Le transfert temporaire ne prolonge pas indûment la durée de la peine de prison accomplie sur le territoire de la République slovaque.

3) En phase d'instruction, le parquet général de la République slovaque ou, après la mise en accusation, le Ministère de la justice de la République slovaque prend une décision concernant l'autorisation du transfert temporaire de la personne visée au paragraphe 1 une fois les conditions fixées aux paragraphes 1 et 2 remplies. Le Ministère de la justice de la République slovaque organise le transfert de la personne en question aux autorités de l'État étranger concerné.

4) L'organe qui autorise le transfert temporaire de la personne visée au paragraphe 1 fixe en même temps un délai raisonnable au-delà duquel la personne transférée temporairement sera renvoyée sur le territoire de la République slovaque. Ce délai ne peut être supérieur à trente jours.

5) La personne transférée reste en détention sur le territoire de l'État étranger concerné, information qui doit figurer dans la décision que l'organe a prise en vertu du paragraphe 3. Il en va de même si cette personne est escortée sur le territoire d'un pays tiers.

6) Le temps passé en détention à l'étranger n'est pas inclus dans les limites de durée visées à l'article 71, paragraphes 1 et 2. Une décision à ce sujet est prise par le tribunal et, en phase d'instruction, par le juge sur demande du procureur (art. 71, par. 7). En revanche, le temps passé en détention à l'étranger est pris en compte pour la durée d'une peine accomplie en République slovaque. Une décision à ce sujet est prise par le tribunal qui prononce une peine d'emprisonnement.

Article 24. Éviter que les auteurs d'infractions ne prennent la fuite pour des infractions visées par la Convention

1. Lorsqu'un suspect a été inculqué pour une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, la question de la détention provisoire doit être examinée par [le tribunal/l'autorité compétente].
2. La détention provisoire doit être limitée à une durée de [*insérer la durée maximale*].
3. Lorsqu'il examine la question de la détention provisoire, [le tribunal/l'autorité compétente] doit tenir compte des risques suivants:
 - a) Le suspect ne comparaitra pas lors de la procédure pénale ultérieure;
 - b) Des témoins seront soudoyés ou des éléments de preuve falsifiés;
 - c) Le suspect entravera d'une autre manière le bon fonctionnement de la justice.
4. Lorsqu'il n'ordonne pas la détention provisoire, [le tribunal/l'autorité compétente] peut notamment imposer les conditions suivantes concernant les suspects en attente d'un jugement ou d'une procédure d'appel afin de s'assurer de leur présence lors de la procédure pénale ultérieure et de veiller à une bonne administration de la justice:
 - a) Confiscation du passeport;
 - b) Notification aux autorités compétentes responsables des points d'entrée et de sortie du territoire;
 - c) Versement d'une caution importante;
 - d) Restrictions à la liberté de mouvement;
 - e) Autres mesures visant à empêcher que des témoins soient soudoyés ou à prévenir toute autre entrave au bon fonctionnement de la justice.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 11, paragraphes 3 et 4.

L'article 11, paragraphe 3, dispose que, s'agissant des infractions établies par la Convention, chaque État prend les mesures appropriées conformément à son droit interne et compte dûment tenu des droits de la défense, pour faire en sorte que les conditions auxquelles sont subordonnées les décisions de mise en liberté dans l'attente du jugement ou de la procédure d'appel tiennent compte de la nécessité d'assurer la présence du défendeur lors de la procédure pénale ultérieure.

Comme l'indiquent les *Guides législatifs*, les activités criminelles des groupes criminels organisés peuvent engendrer des bénéfices substantiels, de sorte que de fortes sommes d'argent peuvent être à la disposition des prévenus. En pareil cas, l'efficacité du versement d'une caution comme moyen de s'assurer que les personnes poursuivies ne prendront pas la fuite avant leur procès peut être réduite. C'est pourquoi, comme le soulignent les *Guides législatifs*, l'article 11, paragraphe 3, de la Convention

attire l'attention sur le risque d'un recours imprudent aux remises en liberté avant le jugement et l'appel et exige que chaque État prenne des mesures appropriées, conformément à son droit interne et compte tenu des droits de la défense, pour éviter que les personnes poursuivies ne prennent la fuite⁹¹.

Même si cela n'est pas strictement exigé par la Convention, il peut être nécessaire d'apprécier la capacité d'un suspect à soudoyer des témoins, à falsifier des éléments de preuve ou à engager d'autres actions visant à entraver le bon fonctionnement de la justice avant de rendre une décision concernant une mise en liberté ou une détention provisoire. De ce fait, ces éléments font partie des points à examiner qui figurent dans la proposition d'article ci-dessus.

Article 25. Preuves concernant des condamnations antérieures pour des infractions visées par la Convention

Dans toute procédure relative à une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, peut juger recevables des preuves concernant une condamnation antérieure pour [*insérer la liste des infractions visées par la Convention*] [ou pour une autre infraction grave] dans [tout État] [tout État partie à la Convention] [lorsque la force probante de ces éléments l'emporte sur l'effet préjudiciable que ceux-ci peuvent avoir sur la procédure].

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 22.

Les preuves concernant des condamnations antérieures peuvent avoir un effet préjudiciable, car elles peuvent amener le tribunal ou le jury à penser que l'intéressé a commis une autre infraction et est donc aussi l'auteur de l'infraction considérée. Toutefois, dans certains cas, il peut être utile de produire des éléments prouvant qu'un suspect a été condamné pour une infraction dans un autre État. Il peut par exemple être utile au juge chargé de prononcer la peine de savoir que l'intéressé a perpétré de tels actes auparavant dans d'autres pays. En pareil cas, la force probante de ces éléments doit être soigneusement mise en balance avec l'effet préjudiciable que ceux-ci peuvent avoir sur le cours de la justice.

⁹¹*Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant*, p. 146.

Ces considérations figurent donc expressément dans la proposition de disposition visant à mettre en application l'article 22 de la Convention.

En pratique, les États auront peut-être besoin de mettre en place une procédure administrative permettant d'obtenir des informations sur les antécédents judiciaires auprès d'autres États. Ils peuvent le faire en utilisant les mécanismes d'entraide judiciaire existants, mais il peut également être efficace d'instituer une procédure nouvelle.

Exemple

La décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil de l'Union européenne du 26 février 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres dispose que:

Lorsque des informations figurant dans le casier judiciaire d'un État membre sont demandées aux fins d'une procédure pénale à l'encontre d'une personne ou à des fins autres qu'une procédure pénale, l'autorité centrale de cet État membre peut, conformément à son droit national, adresser une demande d'informations extraites du casier judiciaire et d'informations connexes à l'autorité centrale d'un autre État membre.

Chapitre VII.

Protection des témoins

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

L'article 24, paragraphe 1, impose à chaque État partie de "prend[re], dans la limite de ses moyens, des mesures appropriées" pour assurer une protection efficace contre des actes éventuels de représailles ou d'intimidation aux témoins (et, le cas échéant, à leurs parents et à d'autres personnes qui leur sont proches) qui font un témoignage dans une procédure pénale concernant des infractions visées par la Convention. Comme l'indique le paragraphe 4 de l'article 24, une victime peut être témoin dans certaines circonstances et, dans ce cas, les dispositions de l'article 24 s'appliquent.

L'article 24, paragraphe 2, de la Convention donne deux exemples de mesures de ce type: d'une part, des procédures qui visent à assurer la protection physique d'une personne grâce à une protection policière ou à un programme officiel de protection des témoins et, d'autre part, des règles de preuve qui permettent aux témoins de déposer en toute sécurité. Sur cette question, de nombreuses autres stratégies peuvent être appliquées. Les présentes dispositions législatives types donnent divers exemples de démarches législatives qui peuvent être suivies. Par ailleurs, l'ONUDC est en train d'élaborer une loi type sur la protection des témoins.

Comme l'indiquent les *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée*, il est essentiel, pour préserver l'état de droit, qu'un témoin puisse déposer dans un cadre judiciaire ou coopérer à des enquêtes de police sans craindre l'intimidation ou des représailles. La notion de protection des témoins recouvre des dispositifs très différents qui vont de mesures simples et peu coûteuses aux programmes officiels de protection des témoins:

La protection peut prendre des formes aussi simples que la fourniture d'une escorte de police jusqu'à la salle d'audience, d'une résidence temporaire dans un lieu sûr ou de moyens modernes de communication (vidéoconférence) pour témoigner. Il existe d'autres cas, cependant, où la coopération d'un témoin est essentielle à la réussite de poursuites, mais la portée et la puissance du groupe criminel sont tellement fortes qu'il faut, pour garantir la sûreté du témoin,

prendre des mesures extraordinaires. Dans ces cas, la réinstallation du témoin sous une nouvelle identité, dans un lieu secret situé dans le même pays ou à l'étranger peut être la seule alternative viable⁹².

Article 26. Sécurité des témoins

1. [L'autorité compétente] prend toutes les mesures appropriées afin de s'assurer qu'une victime ou un témoin d'une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, de même que leur famille, bénéficient d'une protection adéquate si leur sécurité est menacée, y compris par des mesures visant à les protéger contre des actes d'intimidation ou de représailles commis par des suspects, des délinquants et leurs complices.
2. Les victimes et les témoins d'infractions auxquelles les présentes dispositions législatives types s'appliquent peuvent bénéficier de toutes les mesures et programmes de protection des témoins existants.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 24.

Disposition impérative.

Il est obligatoire de prendre des mesures pour assurer aux témoins une protection efficace contre des actes de représailles ou d'intimidation. Toutefois, cette clause se limite à ce qui est raisonnable compte tenu des moyens du pays concerné. Elle vise simplement à faire en sorte que les témoins (et les personnes qui leur sont proches) bénéficient d'une protection lorsque cela est nécessaire et il est prévu que les détails relatifs à tout programme soient fixés par une réglementation complémentaire.

La proposition d'article ci-dessus emploie le terme "témoin" au sens où celui-ci est défini dans la partie définitions des présentes dispositions législatives types.

Comme l'indiquent les *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée*, c'est la fonction du témoin en tant que personne détentricrice d'informations importantes pour la procédure judiciaire ou pénale qui importe, plutôt que son statut ou la forme du témoignage. Les témoins se divisent principalement en trois catégories: les collaborateurs de la justice (indicateurs, autres personnes qui ont participé à l'activité criminelle), les victimes témoins et les autres types de témoins (simples spectateurs, témoins experts, etc.).

⁹²*Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée* (2009), p. 1.

Les *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée* soulignent qu'il est nécessaire de distinguer les programmes de protection des témoins des mesures de soutien aux témoins. Elles définissent les programmes de protection des témoins comme suit:

“Programme de protection des témoins”: Programme secret officiel qui prévoit, dans le cadre de critères rigoureux, la réinstallation et le changement d'identité de témoins menacés par un groupe criminel du fait de leur coopération avec les autorités.

Il est important d'examiner si des personnes comme les membres du personnel des tribunaux, les interprètes, les greffiers, les juges et les jurés peuvent bénéficier d'une protection. Dans la plupart des pays, ce n'est qu'exceptionnellement que des juges, des magistrats du parquet, des agents infiltrés, des témoins experts ou des interprètes sont intégrés à des programmes de protection des témoins. On estime alors que les actes d'intimidation et les menaces de mort dont ils font l'objet sont liés à leur poste et à l'exercice de leurs fonctions. Ils peuvent prétendre à une protection policière spéciale, à une mutation ou à une retraite anticipée, mais leur protection diffère, par nature, de celle qui est prévue pour les témoins à risque.

Référence: Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée (2009).

Article 27. Protection judiciaire des témoins

Un tribunal qui statue sur une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent peut prendre une décision visant à protéger un témoin [avant, pendant et après] la procédure et notamment:

- a) Ordonner le huis clos;
- b) Prévoir qu'un témoin déposera derrière un écran ou une autre protection;
- c) Prévoir qu'un témoin déposera par l'intermédiaire d'une liaison vidéo ou d'un autre moyen de télécommunication;
- d) Recourir à des traducteurs et à des interprètes;
- e) [Supprimer/ne pas divulguer] une identité;
- f) Ordonner de déformer une voix ou de dissimuler un visage;
- g) Autoriser la présence de personnes qui accompagneront les témoins;
- h) Mettre les minutes du procès sous scellés; et
- i) Prendre toute autre mesure que le tribunal juge nécessaire ou appropriée.

COMMENTAIRE

Disposition facultative.

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 24.

Il importe de veiller à ce que les témoins puissent participer à n'importe quelle procédure pénale en toute sécurité et sans subir d'actes d'intimidation.

Lorsque le tribunal ne dispose pas déjà d'un pouvoir discrétionnaire pour assurer la protection des témoins à l'audience dans les affaires de criminalité transnationale organisée, l'article proposé ici lui donne ce pouvoir. Cette disposition est formulée de manière très large afin que le tribunal ait toute latitude pour prendre les mesures qu'il juge nécessaires pour protéger les témoins. Il peut par exemple non seulement rendre une ordonnance interdisant la publication des noms et des adresses des témoins, mais aussi permettre que des visages soient dissimulés⁹³.

Exemple

Le Code de procédure pénale de la Fédération de Russie, dans ses articles 376 et 389, ainsi que la loi fédérale n° 39-FZ de 2011 autorise le recours à des dispositifs de vidéoconférence. À titre de garantie pour la procédure, la loi fédérale prévoit la présence d'un juge des deux côtés de la vidéotransmission.

En vertu de la loi fédérale n° 119-FZ ("Sur la protection par l'État des victimes, des témoins et des autres personnes qui participent à une procédure pénale") de 2004, les mesures de sécurité suivantes sont possibles:

- a) Sécurité individuelle des personnes concernées et protection de leur résidence et de leurs biens;
- b) Fourniture de dispositifs de protection individuelle et de communications, ainsi que de systèmes d'alarme;
- c) Confidentialité des informations relatives à la personne protégée;
- d) Réinstallation dans un autre lieu de résidence;
- e) Modification de documents;
- f) Changement d'aspect de la personne;
- g) Changement du lieu de travail ou d'étude;
- h) Déplacement temporaire dans un lieu sûr;
- i) Mesures de sécurité supplémentaires pour la personne protégée qui se trouve en détention, y compris le transfert d'un établissement pénitentiaire à un autre.

⁹³Pour plus d'informations, consulter les *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée*.

Chapitre VIII.

Réparation ou restitution accordée aux victimes des infractions visées par la Convention

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

Le présent chapitre contient des dispositions qui visent à aider les États à mettre en application l'article 25, paragraphe 2, de la Convention contre la criminalité organisée. Cet article impose aux États parties d'établir des procédures appropriées pour permettre aux victimes d'infractions visées par la Convention d'obtenir réparation.

Article 28. Réparation ou restitution assurée par l'auteur de l'infraction

1. Lorsqu'une personne est reconnue coupable d'une infraction à laquelle les présentes dispositions législatives types s'appliquent, le tribunal peut lui ordonner de verser une réparation à la victime ou de lui restituer ses biens en plus ou à la place de toute autre peine qu'il aura prononcée.
2. Lorsqu'il ordonne une réparation ou une restitution, le tribunal prend en compte les capacités financières de l'auteur de l'infraction [et accorde la priorité à un tel versement par rapport à une amende].
3. L'objectif d'une restitution est de rendre à la victime les gains illicites obtenus par l'auteur de l'infraction.
4. L'objectif d'une réparation est d'indemniser la victime pour les dommages subis. Une réparation peut couvrir en tout ou partie:

- a) Les frais liés aux traitements médicaux, physiques, psychologiques ou psychiatriques dont la victime a besoin;
- b) Les frais liés aux soins de physiothérapie, d'ergothérapie ou de rééducation dont la victime a besoin;
- c) Les frais liés au transport, à la prise en charge temporaire des enfants, au logement provisoire ou au déplacement de la victime vers un lieu de résidence temporaire sûr qui sont nécessaires;
- d) La perte de revenus et les salaires dus conformément à la réglementation applicable en la matière;
- e) Les frais juridiques et les autres dépenses engagés, y compris les frais induits par la participation de la victime à l'enquête et aux poursuites pénales;
- f) La réparation du préjudice moral, physique ou psychologique, du choc émotionnel et de la douleur éprouvée par la victime par suite de l'infraction commise à son encontre; et
- g) Tous les autres frais engagés ou pertes subies par la victime par suite directe de l'acte commis par le condamné tels qu'ils ont été évalués de manière raisonnable par le tribunal.

5. La situation de la victime au regard de la législation sur l'immigration, son retour dans son pays d'origine ou toute autre raison pour laquelle elle se trouve en dehors du pays n'empêchent pas de verser une réparation ou de restituer des biens en application du présent article.

6. Lorsque l'auteur de l'infraction ne peut verser de réparation, la victime a droit à une indemnité versée par [*insérer le nom du fond public concerné*].

7. Lorsque l'auteur de l'infraction est un agent public dont les actes, constitutifs d'une infraction visée par les présentes dispositions législatives types, ont été commis sous l'autorité réelle ou apparente de l'État, le tribunal peut ordonner à l'État de verser une réparation à la victime [conformément à la législation nationale]. Le versement d'une réparation ordonné à l'État en application du présent article peut couvrir entièrement ou en partie certains ou tous les dommages mentionnés au paragraphe 4, alinéas a à g.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 25, paragraphe 2.

Disposition impérative.

Cette disposition vise à orienter les États dans les domaines qu'ils peuvent souhaiter examiner lorsqu'ils élaborent des lois prévoyant une restitution et une réparation pour les victimes de la criminalité organisée. La restitution est une sorte de remboursement des pertes subies par la victime, remboursement qui est à la charge de l'auteur de l'infraction. Dans certains systèmes juridiques, la restitution peut être conditionnée à une condamnation. En revanche, la réparation est généralement versée par l'État et ne dépend pas toujours du fait qu'il y ait eu ou non condamnation. Des dispositions prévoyant le droit à restitution et à réparation ne doivent être incluses que si ces droits ne sont pas déjà garantis par la législation nationale.

Exemple

Le *Kingdom Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act* adopté par le Royaume-Uni en 2000 contient les dispositions suivantes:

130 Ordonner à une personne condamnée de verser une réparation.

1) Un tribunal par ou devant lequel une personne est condamnée peut, en plus ou à la place de toute autre mesure et sur demande ou non, lui ordonner de:

a) Verser une réparation pour toute blessure, perte ou dommage individuels résultant de la commission de cette infraction ou de toute autre infraction prise en compte par le tribunal pour déterminer la peine; ou de

b) Verser une somme d'argent pour les dépenses funéraires ou un deuil relatifs à un décès résultant d'une telle infraction lorsqu'un tel décès n'est pas dû à un accident imputable à la présence d'un véhicule à moteur sur une route.

Ce versement est toutefois conditionné aux dispositions de la présente section qui suivent, ainsi qu'à celles de la section 131 ci-après.

Chapitre IX.

Transfèrement des personnes condamnées

COMMENTAIRE INTRODUCTIF

L'article 17 de la Convention contre la criminalité organisée encourage les États parties à envisager de conclure des accords ou arrangements relatifs au transfèrement de personnes condamnées du fait d'infractions visées par la Convention. Le transfèrement des personnes condamnées est une question complexe qui requiert à la fois la conclusion d'un accord bilatéral ou autre et l'existence d'une législation interne appropriée. Le présent chapitre contient les éléments fondamentaux nécessaires à toute loi nationale en la matière. Il pourrait former l'ossature d'une loi autonome sur le transfèrement des détenus ou être intégré à des lois pénales existantes.

Il existe de nombreuses raisons pratiques qui plaident en faveur du transfèrement des personnes condamnées. Comme l'indique le *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* publié par l'ONUDC:

Toutes choses égales par ailleurs, il est plus facile de réinsérer et de resocialiser les personnes condamnées qui purgent leur peine dans leur propre pays. C'est une bonne raison pour transférer ces personnes dans un État dans lequel elles disposent de liens sociaux afin qu'elles y purgent leur peine. L'emprisonnement dans un pays étranger, loin de leur famille et de leurs amis, peut aussi être contre-productif, car les familles peuvent permettre aux personnes condamnées de maintenir des relations sociales et leur apporter un soutien, ce qui augmente leurs chances de réinsertion et de réintégration⁹⁴.

Même si l'objectif de réinsertion est extrêmement important, le transfèrement des personnes condamnées peut aussi présenter plusieurs avantages sur le plan diplomatique et pratique. Un transfèrement peut par exemple apaiser les tensions diplomatiques qui peuvent apparaître lorsqu'un pays emprisonne un ressortissant d'un autre pays. C'est aussi un mécanisme auquel les États peuvent avoir recours pour obtenir le retour de leurs ressortissants détenus dans des conditions difficiles ou

⁹⁴*Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons.*

inhumaines. Le transfèrement diminue également les contraintes pratiques associées à l'incarcération de ressortissants étrangers et qui résultent par exemple de la barrière de la langue et de la nécessité de tenir compte des besoins religieux, culturels et alimentaires des détenus étrangers. Il présente de grands avantages en matière de détection et de répression, car le pays d'exécution obtient de précieuses informations sur le ressortissant qui revient, informations dont il n'aurait pas disposé si cette personne avait uniquement purgé sa peine à l'étranger puis avait essayé de revenir dans son pays. Enfin, lorsqu'un condamné particulièrement dangereux est renvoyé dans son pays d'origine, le transfèrement donne aussi l'occasion à ce pays de recourir à toute législation existante pour surveiller le délinquant transféré.

Le transfèrement des personnes condamnées est solidement ancré dans le droit international relatif aux droits de l'homme. Ainsi, l'article 10, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Pacte qui a fait l'objet d'une ratification ou d'une adhésion par 167 pays au 31 août 2012, précise que le "but essentiel" du régime pénitentiaire est l'"amendement et le[...] reclassement social" des condamnés. De plus, la réinsertion des personnes condamnées pour des infractions visées par la Convention contre la criminalité organisée est également un objectif affiché par la Convention. Celle-ci dispose en effet, en son article 31, paragraphe 3, que "[l]es États Parties s'efforcent de promouvoir la réinsertion dans la société des personnes reconnues coupables d'infractions visées par la présente Convention."

Comme l'indique le *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, de nombreux États ont adhéré à des mécanismes multilatéraux et ont conclu des accords bilatéraux qui facilitent le transfèrement des personnes condamnées⁹⁵. Même si une grande partie des dispositions qui régissent ces transfèrments figure dans les traités concernés, la législation interne, comme pour d'autres formes de coopération internationale, peut jouer un rôle complémentaire afin de s'assurer du bon déroulement du transfèrement des personnes condamnées. Le *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* apporte la précision suivante:

La mise en place d'une législation interne peut également faciliter l'instauration d'un régime des transfèrments efficace. Un cadre juridique national accorde des pouvoirs, clarifie les principes qui président aux transfèrments et donne une base légale aux transfèrments eux-mêmes⁹⁶.

Afin de garantir l'efficacité du transfèrement des personnes condamnées, les lois nationales devraient au minimum traiter les questions suivantes: définition de tous les termes essentiels, détermination et désignation d'une autorité centrale chargée de recevoir les demandes et d'y répondre, énumération des conditions associées au transfèrement, clarté de la demande et des autres procédures et étapes et règles qu'un pays doit respecter pour gérer le processus, traiter les demandes et prendre des décisions concernant les transfèrments. Ces lois ne devraient pas fixer d'obligations particulières propres à la situation de l'État qui les élabore.

Autres points à examiner: La question de savoir si les condamnés ont le droit d'être représentés par un avocat et, dans l'affirmative, à quelle étape de la procédure, la question de savoir si les mineurs et les

⁹⁵Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*.

⁹⁶Ibid.

personnes atteintes d'une maladie mentale peuvent être transférés et, dans l'affirmative, si des procédures et des mesures de protection particulières s'appliquent en pareil cas, la possibilité de transférer des condamnés en liberté conditionnelle, en sursis avec mise à l'épreuve ou qui bénéficient d'une autre forme de liberté sous condition, les conséquences d'un transfèrement sur les droits civils, politiques ou civiques des ressortissants qui reviennent et sur la situation des condamnés transférés au regard de la législation sur l'immigration, la définition des limites aux poursuites ultérieures pour l'acte qui est à la base de l'infraction pour laquelle le condamné a été transféré et toutes les obligations déclaratives particulières qui incombent au pays de condamnation et au pays d'exécution.

Article 29. Objet

Le présent chapitre a pour objet de faciliter le transfèrement des personnes condamnées définitivement [pour des infractions graves] qui remplissent les autres conditions préalables au transfert fixées ici.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 17.

Disposition facultative.

Énoncer l'objet de la législation peut être utile pour guider l'interprétation des dispositions relatives au transfèrement des personnes condamnées.

Exemple

L'*International Transfer of Prisoners Act* adopté par l'Australie en 1997 contient les dispositions suivantes:

3 Objet

La présente loi a pour objet:

- a) De faciliter le transfèrement de personnes condamnées entre l'Australie et certains pays avec lesquels l'Australie a conclu des accords de transfèrement de personnes condamnées, de sorte que ces personnes puissent purger leur peine d'emprisonnement dans le pays dont ils sont ressortissants ou dans lesquels ils disposent de liens sociaux; et
- b) De faciliter le transfèrement de personnes condamnées depuis des pays dans lesquels ces personnes purgent des peines de prison prononcées par certains tribunaux chargés de juger les crimes de guerre vers l'Australie.

Article 30. Définitions et terminologie

Aux fins du présent chapitre:

- a) Le pays d'“exécution” désigne l'État qui accepte de faire exécuter la peine pour laquelle une personne condamnée a été transférée;

b) L'“autorité centrale” désigne [insérer le nom de l'autorité ou de l'organisme public qui intervient en tant qu'autorité nationale compétente pour le transfèrement des personnes condamnées];

c) L'expression “double incrimination” indique qu'au moment du transfèrement d'une personne condamnée, l'infraction pour laquelle celle-ci a été condamnée constitue toujours une infraction dans le pays qui la transfère, mais aussi dans le pays d'exécution. [S'agissant d'un pays doté d'un régime fédéral, un acte est considéré comme une infraction dans le pays s'il constitue une infraction en droit fédéral ou dans le droit de tout État ou province du pays];

d) Une personne “condamnée par un jugement définitif” désigne une personne qui a été définitivement jugée et condamnée, pour laquelle aucun appel ou recours indirect n'est en instance concernant la peine ou la condamnation en question et pour laquelle le délai de recours a expiré;

e) Le terme “emprisonnement” désigne une peine prononcée par un tribunal et pour laquelle l'individu est enfermé dans un établissement;

f) L'expression “personne condamnée” désigne une personne qui purge une peine d'emprisonnement ou qui est en liberté sous condition;

g) Le terme “peine” désigne tout châtement ou mesure privative de liberté pour une durée déterminée ou indéterminée ordonnés par un tribunal ou une cour dans l'exercice de leur compétence pénale;

h) L'État de “condamnation” désigne l'État qui a prononcé la peine d'emprisonnement;

i) Le terme “transfèrement” désigne le transfert d'un individu en vue de l'exécution, dans un pays, d'une peine prononcée par le tribunal d'un autre pays.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 17.

Exemple

Le *Transfer of Prisoners Act* adopté par Maurice en 2001 contient les dispositions suivantes:

L'“emprisonnement” comprend:

- a) Le placement d'un mineur dans un lieu de détention visé à la section 25 du *Juvenile Offenders Act*;
- b) Un internement par suite d'un ordre donné en vertu de la section 115 du *Criminal Procedure Act*;
- c) Toute autre forme similaire de restriction de liberté appliquée dans un pays désigné.

Le terme “condamné”

- a) Désigne une personne qui:
 - i) Est un ressortissant de Maurice ou une personne dont le transfert apparaît approprié au Ministre compte tenu des liens étroits que cette personne peut entretenir avec Maurice; et qui
 - ii) A été jugée et condamnée dans un pays désigné à:
 - A) Une peine d'emprisonnement dont la durée restante au moment où la demande est effectuée n'est pas inférieure à six mois; ou à
 - B) Une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée;
- b) Comprend les condamnés qui ont bénéficié d'une libération conditionnelle pour cette condamnation;

L'expression “personne sous main de justice” désigne un condamné étranger ou un condamné⁹⁷.

Exemple

L'*International Transfer of Prisoners Act* adopté par l'Australie en 1997 contient les dispositions suivantes:

L'expression “peine d'emprisonnement” désigne tout châtiment ou mesure privatifs de liberté pour une durée déterminée ou indéterminée prononcés par un tribunal ou une cour dans l'exercice de leur compétence pénale et comprend toute décision prise par le tribunal ou la cour concernant le début du châtiment ou de la mesure infligés;

L'expression “personne condamnée” désigne toute personne qui purge une peine d'emprisonnement et comprend:

- a) Les personnes condamnées qui présentent une déficience mentale; et
- b) Les personnes qui sont en liberté conditionnelle.

Article 31. Conditions du transfèrement

Une personne condamnée peut être transférée si elle:

- a) Est un ressortissant de l'État d'exécution ou si elle
- b) A des liens notables avec le pays d'exécution, par exemple la présence de membres de sa famille qui lui sont proches [de par le fait d'avoir résidé plusieurs années dans le pays, d'y avoir fait des études ou d'y avoir travaillé, de par le fait d'y détenir des biens ou d'y être titulaire d'une autorisation d'exercer, etc.];

⁹⁷ Accessible (en anglais) à l'adresse suivante: <http://attorneygeneral.gov.mu/English/Documents/A-Z%20Acts/T/Page%203/TRANSFERPRISONERS1.pdf>.

- c) Et si toutes les conditions suivantes sont réunies:
 - i) Le jugement et la peine sont définitifs;
 - ii) L'État de condamnation, l'État d'exécution et la personne condamnée acceptent le transfèrement;
 - iii) Il y a double incrimination;
 - iv) Toute demande d'extradition existante a été traitée;
 - v) La durée de la peine restant à accomplir est de six mois ou plus.

COMMENTAIRE

Source: Convention contre la criminalité organisée, article 17. Cf. également le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention relative aux droits de l'enfant et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Comme l'indique le *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, l'accord de la personne condamnée est, depuis toujours, une condition préalable à son transfèrement depuis un pays étranger. Le *Handbook* apporte les précisions suivantes:

Le fait que les personnes condamnées doivent consentir à leur transfèrement garantit que celui-ci n'est pas utilisé pour expulser des prisonniers ou comme moyen déguisé d'extradition. De plus, étant donné que les conditions d'incarcération varient considérablement d'un pays à l'autre et que la personne condamnée peut avoir des raisons tout à fait personnelles de ne pas souhaiter être transférée, il semble préférable de faire reposer les accords de transfèrement sur le consentement de ces personnes. Enfin, la réinsertion sociale des personnes condamnées est généralement plus facile lorsque les seules personnes transférées sont celles qui l'ont accepté⁹⁸.

Pour que le consentement d'une personne condamnée soit volontaire et donné sciemment, il faut que cette personne puisse consulter un avocat.

C'est aux États de décider individuellement à quelles personnes, en plus de leurs ressortissants, ils souhaitent étendre la possibilité du transfèrement. Le Traité type relatif au transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle dispose par exemple que le transfert d'une personne condamnée n'est possible que lorsque celle-ci a "sa résidence habituelle" dans l'État d'exécution.

Exemple

Le Code de procédure pénale de la Fédération de Russie, de par son article 469, requiert une décision de justice pour autoriser une personne condamnée à purger sa peine dans l'État dont elle est ressortissante. Le transfèrement peut être refusé s'il n'y a pas de double incrimination. La peine ne peut être exécutée dans un État étranger si aucune garantie n'a été apportée concernant l'application de la

⁹⁸Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*.

condamnation, si la personne condamnée n'a pas donné son accord ou si elle réside à titre permanent sur le territoire de la Fédération de Russie.

Exemple

Le *Transfer of Prisoners Act* adopté par la République-Unie de Tanzanie en 2004 contient les dispositions suivantes:

- 4) Lorsqu'une demande de transfèrement d'une personne condamnée vers la Tanzanie a été déposée par cette personne ou que l'accord pour un transfèrement vers la Tanzanie a été donné par une autre personne pour le compte de la personne condamnée, le Ministre, si la personne condamnée a sa résidence habituelle à Zanzibar, consulte, avant de prendre une décision, le Ministre chargé de la détention des personnes condamnées au sein du Gouvernement révolutionnaire de Zanzibar au sujet de cette demande et, lorsque celle-ci est acceptée à l'unanimité, les dispositions de la présente loi s'appliquent *mutatis mutandis* au transfèrement en question.
- 5) Lorsqu'il se prononce sur une demande de transfèrement visée au paragraphe 1, le Ministre ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, accepter le transfèrement lorsque la durée de la peine restant à accomplir par la personne condamnée est inférieure à six mois.

Article 32. Notification du droit de demander un transfèrement

Les personnes condamnées qui peuvent bénéficier d'un transfèrement ont le droit d'être informées de cette possibilité dans les [insérer un délai raisonnable] qui suivent le jugement et la condamnation définitives.

COMMENTAIRE

Il importe que les condamnés étrangers qui pourraient bénéficier d'un transfèrement connaissent l'existence de cette procédure et la manière dont ils peuvent déposer une demande de transfèrement.

Article 33. Demande de transfèrement

1. La personne condamnée, son représentant [légal] ou le pays dont il est ressortissant peut demander à [l'autorité centrale] de procéder au transfèrement de la personne condamnée vers un autre État en application du présent chapitre.
2. Figurent sur la demande:
 - a) Le nom du pays vers lequel le transfèrement est demandé;

b) Des informations concernant la nationalité du demandeur et les liens qu'il entretient avec ce pays.

COMMENTAIRE

Le transfèrement des personnes condamnées doit reposer sur un processus de décision administratif. Il conviendrait de mettre en place une procédure de demande uniforme visant (notamment, mais pas seulement) à obtenir des informations sur la nationalité du demandeur, le lieu où se trouvent les membres de sa famille, ses résidences passées, ses études, son parcours professionnel, ses autres relations et le fait de savoir s'il bénéficie de la double nationalité.

Exemple

Le Code de procédure pénale français contient les dispositions suivantes concernant le transfèrement des personnes condamnées:

Article 728-2

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

Lorsque, en application d'une convention ou d'un accord internationaux, une personne détenue en exécution d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère est transférée sur le territoire français pour y accomplir la partie de la peine restant à subir, l'exécution de la peine est poursuivie conformément aux dispositions du présent Code, et notamment du présent chapitre.

Article 728-3

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

Dès son arrivée sur le sol français, le condamné détenu est présenté au procureur de la République du lieu d'arrivée, qui procède à son interrogatoire d'identité et en dresse procès-verbal. Toutefois, si l'interrogatoire ne peut être immédiat, le condamné est conduit à la maison d'arrêt où il ne peut être détenu plus de vingt-quatre heures. À l'expiration de ce délai, il est conduit d'office devant le procureur de la République, par les soins du chef d'établissement.

Au vu des pièces constatant l'accord des États sur le transfèrement et le consentement de l'intéressé ainsi que de l'original ou d'une expédition du jugement étranger de condamnation, accompagnés, le cas échéant, d'une traduction officielle, le Procureur de la République requiert l'incarcération immédiate du condamné.

Article 728-4

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

La peine prononcée à l'étranger est, par l'effet de la convention ou de l'accord internationaux, directement et immédiatement exécutoire sur le territoire national pour la partie qui restait à subir dans l'État étranger.

Toutefois, lorsque la peine prononcée est, par sa nature ou sa durée, plus rigoureuse que la peine prévue par la loi française pour les mêmes faits, le tribunal correctionnel du lieu de détention, saisi par le Procureur de la République ou le condamné, lui substitue la peine qui correspond le plus en droit français ou réduit cette peine au maximum légalement applicable. Il détermine en conséquence, suivant les cas, la nature et, dans la limite de la partie qui restait à subir dans l'État étranger, la durée de la peine à exécuter.

Article 728-5

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

Le tribunal statue en audience publique, après avoir entendu le ministère public, le condamné et, le cas échéant, l'avocat choisi par lui ou commis d'office sur sa demande. Le jugement est immédiatement exécutoire nonobstant appel.

Article 728-6

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

Les délais de transfèrement s'imputent intégralement sur la durée de la peine qui est mise à exécution en France.

Article 728-7

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

Tous incidents contentieux relatifs à l'exécution de la peine privative de liberté restant à subir en France sont portés devant le tribunal correctionnel du lieu de détention.

Les dispositions de l'article 711 du présent code sont applicables.

Article 728-8

(Créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 162, I, Journal officiel du 10 mars 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005)

L'application de la peine est régie par les dispositions du présent Code.

Article 34. Protection des personnes condamnées pendant leur transfèrement

L'autorité centrale veille à ce que tout transfert [prévu ou effectif] d'une personne condamnée soit conforme au droit international, en particulier au droit relatif aux droits de l'homme, au droit des réfugiés, au droit humanitaire, y compris au principe de non-refoulement, au principe de non-discrimination, au droit à la vie, à l'interdiction de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et, lorsqu'un enfant est concerné, à l'intérêt supérieur de l'enfant.

COMMENTAIRE

Source: Convention relative au statut des réfugiés, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Convention relative aux droits de l'enfant, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le transfèrement des personnes condamnées peut poser des problèmes en droit relatif aux droits de l'homme et en droit des réfugiés. Il est par conséquent essentiel que les États tiennent compte de ces aspects lorsqu'ils envisagent de tels transfèremens.

Article 35. Exécution ou application de la peine pour laquelle une personne condamnée a été transférée

1. Lorsqu'une personne condamnée est transférée, le [Procureur général/*insérer le nom de l'autorité qui est chargée de l'exécution de la peine*] peut ordonner que:

a) La peine prononcée par la juridiction étrangère soit exécutée comme si elle avait été infligée par un tribunal de [*insérer le nom de l'État*], à condition que la durée de la peine ne soit pas plus longue que le maximum applicable pour la même infraction en [*insérer le nom de l'État*]; ou que

b) Une peine d'emprisonnement différente soit substituée à celle qui a été prononcée par l'État de condamnation compte tenu des faits établis par le tribunal dans ce même État, de sorte que cette peine soit conforme aux lois de [*insérer le nom de l'État*].

2. Le jugement et la peine prononcés à l'encontre de la personne condamnée dans le pays depuis lequel celle-ci est transférée ne peuvent faire l'objet d'aucun appel ou contrôle en [*insérer le nom de l'État*].

3. La durée complète de la peine privative de liberté accomplie dans l'État de condamnation est déduite de la durée de la peine qui est exécutée en [insérer le nom de l'État].

COMMENTAIRE

Il sera également sans doute nécessaire de s'assurer qu'en droit interne, toute peine prononcée dans un pays étranger peut être reconnue et exécutée dans le pays vers lequel est transférée la personne condamnée. Le *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons* publié par l'ONU DC indique qu'il existe deux manières de reconnaître les condamnations prononcées à l'étranger: la poursuite de l'exécution et la conversion. Comme l'explique le *Handbook*:

L'expression "poursuite de l'exécution" désigne un processus qui consiste, par le biais d'une décision judiciaire ou administrative, à faire exécuter une peine prononcée par l'État de condamnation dans l'État d'exécution. Normalement, la peine n'est pas modifiée par l'État d'exécution. Si toutefois la condamnation est, par sa nature ou par sa durée, incompatible avec le droit de l'État d'exécution ou si ce droit l'exige, l'État d'exécution peut adapter cette condamnation à la peine prévue par sa propre législation pour une infraction similaire. La nouvelle peine doit correspondre autant que possible à la peine initiale. Elle ne doit pas aggraver, par sa nature ou sa durée, la sanction prononcée dans l'État de condamnation ni être supérieure au maximum prévu par le droit de l'État d'exécution. En pratique, cela signifie que lorsqu'il y a reconnaissance de la condamnation par cette méthode, l'État d'exécution dispose de pouvoirs très limités pour modifier la peine initiale.

Le *Handbook* explique également le processus de conversion des peines prononcées à l'étranger:

L'expression "conversion de la condamnation" désigne un processus au cours duquel, par le biais d'une décision judiciaire ou administrative, l'État d'exécution prononce une nouvelle peine en s'appuyant sur les faits établis par le tribunal dans l'État de condamnation. L'État d'exécution est lié par ces faits, mais fixe la nouvelle peine en fonction de son droit interne. Cette peine peut être moins sévère que celle qui a été prononcée initialement par l'État d'exécution, mais elle ne peut pas être plus sévère. Elle est généralement aussi soumise à d'autres contraintes. La Convention sur le transfèrement des personnes condamnées dispose par exemple que l'État d'exécution ne peut pas remplacer une peine d'emprisonnement par une sanction pécuniaire et doit déduire la durée de la détention déjà subie de la nouvelle peine. L'État d'exécution n'est toutefois pas lié par sa propre sanction minimale pour des infractions similaires. En revanche, il peut adapter la peine prononcée pour une infraction particulière en la ramenant au maximum légalement applicable pour cette infraction.

Dans le présent chapitre figurent des propositions de clauses pour ces deux démarches.

Exemple

Le Code des États-Unis, dans sa section 4105 (Transfèrement des personnes condamnées qui purgent une peine d'emprisonnement), contient la clause suivante:

- a) Sauf disposition contraire dans la présente section, une personne condamnée qui purge une peine d'emprisonnement dans un pays étranger et qui a été transférée aux États-Unis pour y être placée sous main de justice reste sous main de justice dans les mêmes conditions et pour la même durée qu'une personne condamnée qui a été mise sous main de justice par un tribunal des États-Unis pour la durée fixée par la juridiction de jugement.

Exemple

Le *Transfer of Prisoners Act* adopté par Maurice en 2001 contient les dispositions suivantes:

6. Effets du transfert
- 1) Lorsqu'un condamné est transféré à Maurice, une condamnation et une peine prononcées par le tribunal du pays désigné depuis lequel il a été transféré sont, sous réserve du paragraphe 2, considérées à toutes fins comme une condamnation et une peine infligées par un tribunal compétent de Maurice.
- 2) Sous réserve du paragraphe 3, la condamnation et la peine infligées à un condamné transféré ne peuvent faire l'objet d'aucun appel ou contrôle à Maurice.
- 3) Lorsqu'une peine prononcée à l'encontre d'un condamné transféré est, par sa nature ou sa durée, incompatible avec le droit mauricien, le condamné peut demander à un juge siégeant en chambre du conseil d'adapter la peine afin de la rendre conforme au droit mauricien et le juge, après examen de la demande, y fait droit de la manière qu'il considère appropriée en tenant compte de toutes les circonstances.
- 4) Lorsque le juge siégeant en chambre du conseil décide d'adapter la peine infligée:
- a) Il est lié par les constatations de fait telles qu'elles figurent dans le jugement prononcé par le pays désigné;
- b) Il ne peut convertir une sanction privative de liberté en une sanction pécuniaire;
- c) Il déduit intégralement la période de privation de liberté subie par le condamné;
- d) Il n'est pas lié par la peine d'emprisonnement minimale prévue par le droit mauricien pour l'infraction (les infractions) commise(s).

Exemple

La loi sur le transfèrement international des délinquants adoptée par le Canada en 2004 contient les dispositions suivantes:

13) La peine imposée au délinquant canadien transféré continue de s'appliquer en conformité avec le droit canadien, comme si la condamnation et la peine avaient été prononcées au Canada.

14) Sous réserve du paragraphe 17(1) et de l'article 18, si, au moment de la réception par le ministre de la demande de transfèrement d'un délinquant canadien, la peine imposée à celui-ci est plus longue que la peine maximale dont il aurait été passible s'il avait été déclaré coupable de l'infraction correspondante au Canada, le délinquant ne purge que cette dernière peine.

15) Pour l'application des lois fédérales au délinquant canadien, le ministre détermine l'infraction criminelle qui correspond, au moment où il reçoit la demande de transfèrement, à l'infraction dont le délinquant a été déclaré coupable⁹⁹.

Exemple

L'*International Transfer of Prisoners Act* adopté par l'Australie en 1997 autorise à la fois la poursuite de l'exécution et la conversion des peines, en fonction d'une décision de l'Attorney général:

42 Exécution des peines en Australie

L'Attorney general peut décider qu'une peine d'emprisonnement infligée à une personne condamnée par un tribunal ou une cour d'un pays de transfèrement ou à une personne condamnée par un des Tribunaux sera exécutée après transfèrement de la personne condamnée vers l'Australie en vertu de la présente loi:

a) Sans adaptation concernant la durée de la peine d'emprisonnement ou sa nature ou uniquement avec les adaptations de ce type que l'Attorney general considère nécessaire afin que l'application de la peine soit conforme au droit australien (dans la présente loi, cette méthode est appelée poursuite de l'exécution); ou

b) En substituant une peine d'emprisonnement différente à celle qui a été prononcée par le pays de transfèrement ou par un des Tribunaux (dans la présente loi, cette méthode est appelée conversion de la condamnation)¹⁰⁰.

Autres références

Voir également le Traité type relatif au transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle (résolution de l'Assemblée générale 45/119, annexe).

⁹⁹ Accessible à l'adresse suivante: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-20.6.pdf>.

¹⁰⁰ Accessible (en anglais) sur le site www.comlaw.gov.au.





ONU DC

Office des Nations Unies
contre la drogue et le crime