

CODIFIER L'INFRACTION POLITIQUE ?

PAR

José LEFEBVRE

Docteur en Droit
ATER à l'Université de Picardie Jules Verne
C.E.P.R.I.S.C.A.

La question de la codification est toujours d'actualité. Ainsi, la circulaire du 30 mai 1996 *relative à la codification des textes législatifs et réglementaires* rappelle que : "Cet effort s'inscrit dans une tradition nationale, qui a été illustrée par les cinq grands codes napoléoniens et qui s'est développée depuis la Libération avec le rapport de la Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires du 8 mai 1952 et par la rédaction d'une quarantaine de codes"¹. Ensuite, la doctrine continue de s'interroger sur ses formes et nécessités selon les différentes branches du droit². Dès lors, quel est l'intérêt de se pencher sur la codification de l'infraction politique ? Pourquoi envisager cette catégorie d'infractions alors même que le droit pénal a son code ? Plus précisément encore, cette infraction est-elle codifiée ou codifiable ? Ces questions ne trouvent pas facilement une réponse. Elles ne peuvent être résolues que si le caractère politique est défini. Plus prosaïquement, il faut déterminer si ce caractère politique relève soit d'une qualification de l'infraction, soit d'une notion spécifique. Le caractère politique permet-il de cerner la sphère d'application de l'infraction,

1. Circulaire du 30 mai 1996, *J.O.*, 5. 06. 1996. Si l'on en croit la publication effectuée dans l'encyclopédie *JurisClasser Permanent*, Edition Codes et lois, il y a, y compris les codes de déontologie, plus de 50 Codes en vigueur au 1er janvier 1998.

2. V. par exemple les analyses publiées dans les numéros 24 et 26 de la revue *Droits* consacrées à cette question ; Oppetit (B.), "De la codification", *D.*, 1996, Chron., p. 33. Voir également la réaffirmation de cette actualité dans les débats devant l'Assemblée Nationale au sujet de la réforme de la justice : *J.O.*, Déb., A.N., séance du 15. 01. 1998, 16. 01. 1998, p. 326.

comme cela est le cas en matière d'environnement, ou s'agit-il d'une infraction comme il en existe contre les personnes et les biens ?

De fait, aborder les infractions politiques dans le cadre du thème "Codifier l'incodifiable" a de quoi surprendre, surtout en droit pénal. En effet, il est de principe que cette règle de droit soit claire et précise. L'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" explique ce besoin de précision autant qu'il le justifie. De plus, le droit pénal ne peut s'envisager que par le strict respect du principe de légalité. Ce dernier impose une définition claire des délits et de leurs peines. Aussi, si l'infraction politique existe en droit pénal, elle doit être, comme la peine, expressément prévue par un texte. En effet, la clarté de la règle est d'autant plus primordiale en la matière qu'elle touche à ce qu'il y a de plus précieux chez l'homme selon les révolutionnaires de 1789 : la liberté.

La définition de l'infraction ne pose pas, en elle-même, de grandes difficultés. De manière généralement entendue, il s'agit d'un comportement prohibé par la loi, ou le règlement, et assorti par ce texte d'une sanction. En revanche, la définition du caractère politique de cette infraction est plus difficile.

Avec les infractions réalisées par des hommes politiques à l'occasion de leurs fonctions, l'infraction politique ouvre un champ indéterminé de réflexion³. Il est ainsi difficile de définir ce qu'est un homme politique. Entre l'élu local ou national, le membre du gouvernement ou d'un parti politique, l'imprécision est reine. De plus, il faut s'interroger sur les infractions réalisées à l'occasion d'une activité politique, ou dont l'exercice d'une activité politique permet ou favorise la réalisation. Il est donc nécessaire de restreindre rapidement ce champ d'investigation, sauf à s'enfoncer dans un dédale de distinctions qui priveraient d'intérêt la question centrale et n'apporteraient aucun éclaircissement sur ce qu'est une infraction politique au regard du droit pénal.

En conséquence, il s'agit de s'intéresser au comportement commis par tout citoyen dont la qualification le fait ressortir de la catégorie des infractions politiques. Pourtant, même ainsi délimitée, la pertinence du sujet reste relative. En fait, il est possible de s'interroger sur l'existence réelle de cette catégorie. En ce sens, le silence du Code pénal est significatif. L'infraction politique n'apparaît nulle part. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine en font un usage courant. Elles s'efforcent d'en cerner les contours et de proposer des pistes de définition⁴. De ce fait, si l'on s'intéresse à ces infractions, il est pri-

3. V. notamment : Cario (R.), "La responsabilité des hautes autorités politiques de l'Etat quant aux actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Le cas de la France", *R.I.C.P.T.*, 1995, p. 21.

4. Rodière (R.), *Contribution à l'étude du délit politique en droit français*, Thèse, A. Rousseau, 1931 ; Papadatos (P.-A.), *Le délit politique. Contribution à l'étude des crimes contre l'Etat*, Thèse, Droz (Genève), 1954, n° 507 ; Pradel (J.), Varinard (A.), *Les grands arrêts du droit criminel*, T. 1, 2ème Ed., Dalloz, 1997, n° 27, p. 330 ; Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel*, 7ème Ed., Cujas, 1997, n° 413 s. ; Conte (P.), Maître du Chambon (P.), *Droit pénal général*, 2ème Ed., Masson / A. Colin, 1996, n° 182 s. ; Pradel (J.), *Droit*

mordial de regretter la mise en exergue des faux-semblant de la loi pénale (I). En effet, sous ce silence apparent ne tente-t-on pas de dissimuler, dans la patrie des droits de l'homme, l'existence d'infractions politiques et, par voie de conséquence, de condamnés politiques ?

La première réaction, épidermique, est négative. Comment admettre qu'une justice politique existe dans le pays auteur de la Déclaration de 1789 ? Néanmoins, après réflexion, l'intérêt de la question subsiste. En effet, alors que jurisprudence et doctrine tentent d'organiser et de préciser le régime de cette notion fantôme, cette édification est constamment érodée par des interprétations d'opportunité. Il est même possible de s'interroger sur le rôle tenu par le juge et l'Etat. En conséquence, la loi n'est plus la règle à vocation générale dont le respect s'impose à tous. Elle devient une règle utilisée pour parvenir à un résultat dont la teneur est loin d'être prédéterminée ou clairement définie. En fait, s'opère une instrumentalisation de la loi pénale (II).

I - LES FAUX-SEMBLANT DE LA LOI PÉNALE

L'écueil principal dans la recherche des infractions politiques résulte du fait qu'elles sont absentes du texte de référence qu'est le Code pénal. Que l'on s'intéresse à celui qui était en vigueur jusqu'au 1er mars 1994, ou à l'actuel, l'expression "infraction politique" n'apparaît ni dans un article, ni en disposition générique en tête de chapitre ou de section. Le lecteur ingénu en conclura qu'il est bon de vivre dans un pays où les comportements politiques sont suffisamment civilisés pour ne pas faire l'objet d'une quelconque répression. Il est vrai que de telles dispositions paraissent anachroniques dans un pays qui a proclamé les droits de l'homme et du citoyen en 1789⁵ et qui a ratifié nombre de conventions, au premier rang desquelles la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme. Pourtant, la réalité est autre.

Derrière leur silence apparent, les lois sont à interpréter (A). Cela est l'œuvre de la jurisprudence et de la doctrine. Cependant, en laissant une marge de réflexion trop importante au juge judiciaire et administratif, la loi ne favorise pas une interprétation claire et unifiée de ses dispositions. La jurisprudence reste donc à consolider sur ce point (B).

(suite note 4) *pénal général*, 11ème Ed., Cujas, 1996, n° 266 s. ; Stefani (G.), Lavasseur (G.), Bouloc (B.), *Droit pénal général*, 15ème Ed., Dalloz, 1995, n° 188 s ; Lemouland (J.-J.), "Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique", *R.S.C.*, 1988, p. 16 ; Baclet-Hainque (R.), "Le Conseil d'Etat et l'extradition en matière politique", *R.D.P.*, 1991, p. 197.

5. L'article 10 de la Déclaration de 1789 dispose que "Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

A) Des lois à interpréter

Le silence total du Code pénal sur l'infraction politique ne doit pas tromper. En effet, d'autres textes signalent l'existence de ces infractions. Un premier indice de celles-ci apparaît dans le Code de procédure pénale. Dans l'article 749, relatif à la contrainte par corps, il est indiqué que cette mesure ne s'applique pas à une infraction "de nature politique"⁶. De droit, l'infraction politique existe donc. Fort de ce constat, une définition est aussitôt recherchée. Toutefois, il est impossible de la trouver dans la loi. Ce qui pourrait être laissé à la diligence du juge, en d'autres matières, est ici surprenant : comment considérer qu'une infraction est politique si la loi ne la définit pas comme telle ? Il faut alors jouer le jeu périlleux de la déduction. En l'espèce, un crime, un délit ou une contravention, peut revêtir un caractère politique.

Ce préalable acquis, il est possible de se tourner à nouveau vers le Code pénal. En fait, c'est au regard des peines encourues qu'apparaissent les infractions politiques. La circulaire interprétative du 14 mai 1993 est à ce titre bien utile⁷. Elle indique, au point 43, que "Le nouveau Code pénal conserve la distinction entre la réclusion criminelle, peine de droit commun et la détention criminelle, peine politique⁸. Toutefois, cette dernière ne sanctionne désormais qu'une dizaine de crimes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation". En ce sens, sont alors cités des articles relatifs au Livre IV du Code pénal consacré aux "Crimes et délits commis contre la nation, l'Etat et la paix publique"⁹.

Il est ainsi possible d'en déduire ce que sont les infractions politiques. Il s'agit du comportement qui porte atteinte uniquement aux intérêts fondamentaux de la nation¹⁰. Selon l'article 410-1 du Code pénal, il s'agit de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et, enfin, de son patrimoine culturel.

Au regard de ce texte, un inventaire sans rigueur des intérêts fondamentaux de la nation pourrait être dressé. Pêle-mêle, y seraient inclus un consulat, l'agent humanitaire en terre étrangère, la réintroduction de l'ours des

6. En ce sens : Cass. Crim., 18. 11. 1959, Lekbir et a., *J.C.P.*, 1960. II. 11475, obs. C.L. ; Legal (A.), "Chronique de jurisprudence. Droit pénal général", *R.S.C.*, 1960, p. 274.

7. Reproduite in *Code pénal*, Ed. Dalloz, 1997-1998, p. 707.

8. V. Bouzat (P.), "Détention criminelle", Rép. Dalloz, Pénal ; Conte (P.), Maître du Chambon (P.), *Droit pénal général*, précité, n° 167, 188 ; Stefani (G.), Levasseur (G.), Bouloc (B.), *Droit pénal général*, précité, n° 193, 515 s. ; Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel*, précité, n° 418, 748.

9. Art. 411-2 à 411-4 ; 411-9 ; 412-1 à 412-8 C.P.

10. En ce sens : Giudecelli-Delage (G.), "Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l'état et la paix publique", *R.S.C.*, 1993, p. 493.

Pyrénées, les valeurs du CAC 40 ou Notre-Dame d'Amiens. Pourtant, plus prosaïquement, il s'agit de la trahison, de l'espionnage, du sabotage, de l'attentat, du complot et des mouvements insurrectionnels.

Ces indications permettent-elles pour autant de vraiment cerner l'infraction politique ? Rien n'est moins certain. D'une part, comme le relève Mme Giudicelli-Delage au sujet des infractions en temps de paix ou de guerre des articles 413-1 et 413-2 du Code pénal, il y a transformation d'une "*infraction traditionnellement tenue pour politique en infraction de droit commun dès lors qu'elle est commise en temps de guerre*"¹¹. Il est vrai que la peine de détention encourue en temps de paix se transforme en peine de réclusion lorsque l'infraction est commise en temps de guerre. Cela n'éclaire en rien la notion. Seul change l'élément tenant aux circonstances de réalisation du comportement incriminé. D'autre part, les actes de terrorisme prévus par le même Livre sont écartés de la catégorie, de même que les atteintes à l'autorité de l'Etat, les atteintes à la confiance publique et la participation à une association de malfaiteurs¹². Il s'agit pourtant d'infractions contre la nation, l'Etat et la paix publique¹³. De plus si l'on écarte les actes de terrorisme, qui peuvent être constitutifs d'attentat ou de sabotage, la portée de ces dispositions est nettement réduite. Cela est confirmé au regard des peines encourues. Dans ces hypothèses, la détention est abandonnée au profit de la réclusion.

A ce stade de la réflexion il est possible de se demander si ces bribes d'informations contenues dans le Code pénal suffisent à résumer la notion ? Il serait prématuré de l'affirmer. En effet, il est possible de trouver hors le Code pénal d'autres comportements dont la perception est politique. A titre d'exemple, les articles L 286 et suivants du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre confèrent, au moyen d'une liste limitative de conditions, le titre de déporté politique et d'interné politique à certaines personnes. Or, c'est à la condition que les postulants à ce titre n'aient pas fait l'objet d'une déportation ou d'un internement résultant d'une "infraction de droit commun". La notion d'infraction politique resurgit, comme le laissait entendre le Code de procédure pénale, pour se distinguer de l'infraction de droit commun. Toutefois, la question reste posée car il n'est pas indiqué ce qu'est une "infraction de droit commun" réalisée durant les années d'occupation de 1940 à la fin de la seconde guerre mondiale. L'expression laisse seulement supposer qu'il s'agit du second volet de la classification.

Ainsi, au regard de ces différents textes, l'existence de l'infraction politique est perçue mais non réellement cernée. Elle est expressément citée une seule fois dans le Code de procédure pénale, et fait l'objet de peines différen-

11. Giudicelli-Delage (G.), "Livre IV. Les crimes et délits contre la nation, l'état et la paix publique", précité.

12. Titres 3, 4 et 5 du Livre IV du Code pénal.

13. V. Bruguière (J.-L.), in *Le nouveau Code pénal. Enjeux et perspectives*, Dalloz, 1994, p. 72.

ciées dans le Code pénal. Aussi, plus de 70 ans après le réquisitoire du procureur général Matter dans l'affaire Gorguloff, il faut confirmer que *“La loi française n'a déterminé nulle part à quel caractère on reconnaissait un crime ou un délit politique. [...] Dans le silence de la loi, c'est à la doctrine et à la jurisprudence de déterminer la nature de l'infraction politique ou non politique d'une infraction”*¹⁴.

B) Une interprétation jurisprudentielle à consolider

Face au silence de la loi, doctrine et jurisprudence se sont efforcées de définir la notion d'infraction politique. Comme souvent en droit, deux critères se sont fait jour. Ainsi, le premier, un critère objectif, s'attache au comportement dont l'objet, ou le résultat, porte atteinte, dans son élément matériel, à l'existence ou à l'organisation de l'Etat. Le second, un critère subjectif, confère la nature d'infraction politique à l'infraction de droit commun inspirée, en tout ou partie, par des motifs, des mobiles politiques¹⁵.

Il est généralement admis par la doctrine que le critère objectif est celui sur la base duquel s'apprécie le comportement susceptible de constituer une infraction politique. Il est vrai que ce critère semble en parfaite adéquation avec les dispositions de l'article 410-1 du Code pénal et correspondre aux titres du livre IV du Code pénal. Pour autant, les deux critères sont parfois difficilement séparables. Ainsi, l'ambiguïté est totale à l'égard du terrorisme dans la définition proposée par un magistrat : *“Les buts sont de caractère politique et donc étrangers à la recherche du profit ou à des considérations financières. L'objectif est de porter atteinte à la forme républicaine du Gouvernement et à ses institutions pour déstabiliser les organes politiques de décision. C'est une démarche politique eu sens étymologique du terme, une “attaque de la cité”*¹⁶.

Toutefois, le critère objectif est retenu dans des affaires qui ont marqué l'histoire de la notion. Les plus connues sont celles du Général de Bréa, assassiné alors qu'il venait parlementer avec des ennemis, ou Gorguloff, assassin du Président Paul Doumer¹⁷.

Il en résulte que le contexte politique de l'infraction, ou son mobile, importe peu. Si l'infraction n'est pas objectivement politique, elle sera de droit commun. En ce sens peut être interprétée la motivation de la Chambre criminelle

14. Conclusions Matter (P.) sous : Cass. Crim., 20.08.1932, Gorguloff, D.P., 1932, 1ère partie, p. 121.

15. Voir, par exemple : Decocq (A.), “Chronique législative. Droit pénal général”, R.S.C., 1972, p. 130.

16. Bruguière (J.-L.), in *Le nouveau Code pénal. Enjeux et perspectives*, précité.

17. Cass. Crim., 9. 03. 1849, Daix, Noury et a., S., 1849, 1ère partie, p. 60, ecl. Dupin. Cass. Crim., 20. 08. 1932, Gorguloff, précité ; Pradel (J.), Varinard (A.), *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome I, précité.

de la Cour de cassation, dans une affaire où elle écarte le régime de droit commun de la contrainte par corps pour un délit de dégradation de monument d'utilité publique. Dans un arrêt de 1970, elle relève que l'inscription sur la pile d'un pont "Tous dans la rue le 27 mai - Procès de la cause du peuple - Gauche prolétarienne" est "*par son libellé, objectivement politique*"¹⁸. Cet arrêt est cependant à confronter avec celui rendu par la même chambre en 1972¹⁹. Dans cette affaire, proche de la précédente car relative à un délit de dégradation de monument public, la Cour indique que "*quels qu'en aient été les mobiles, cette infraction constitue un délit de droit commun*". Cette dernière approche a le mérite de confirmer le choix de l'interprétation objective. Les mobiles sont indifférents à la qualification de l'infraction. Cela permet de préciser le choix du critère prédominant et donne une cohérence à l'appréciation des mobiles de l'infraction qui sont indifférents en droit pénal²⁰. Toutefois, l'arrêt de 1970 tient compte du libellé de l'inscription qui est objectivement politique. Dès lors, ce n'est plus l'infraction mais ce qu'elle a révélé, et ce qui était souhaité par ses auteurs, qui est pris en compte. Ce n'est plus le critère objectif mais le critère subjectif qui permet d'apprécier la portée du geste. Même s'il est fait référence au critère objectif par l'usage de l'expression "objectivement politique", il en résulte que le critère subjectif n'est pas définitivement écarté.

Ainsi, par un arrêt du 14 mars 1989, la Chambre criminelle rappelle que "*les deux vols avec port d'arme auxquels il [l'inculpé] aurait pris part ont été commis [...], au préjudice d'établissements bancaires privés non représentatifs de l'autorité de l'Etat*"²¹. La Cour refuse à l'inculpé le bénéfice des dispositions de l'amnistie prévue par l'article 2-5° de la loi du 4 août 1981. Elle reprend l'énonciation de la chambre d'accusation selon laquelle "*ces crimes étaient par nature des infractions de droit commun et n'avaient jamais été revendiqués*", et relève que "*ce n'est qu'en décembre 1981 [que l'auteur de l'infraction] entreprit de donner une coloration politique aux actions du groupe*".

A la première lecture, il s'agit de l'application du critère objectif. Le fait que les vols aient eu lieu à l'encontre d'établissements privés et non publics démontre que ce n'est pas l'Etat et ses institutions qui étaient visés. Les intérêts fondamentaux de la nation ne sont pas en cause. Cependant, la chambre

18. Cass. Crim., 28. 09. 1970, Dlle. Guillermet, Bull., n° ; J.C.P., 1972. II. 17272, note Koering-Joulin (R.).

19. Cass. Crim., 23. 02. 1972, Leblond, Bull., n° 74.

20. Sur ce point et ses atténuations : Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel*, précité, n° 436, 590 s. ; Conte (P.), Maistre du Chambon (P.), *Droit pénal général*, précité, n° 383 s. ; Stefani (G.), Levasseur (G.), Bouloc (B.), *Droit pénal général*, précité, n° 259 s. ; Pradel (J.), *Droit pénal général*, précité, n° 459 s. ; Pradel (J.), Varinard (A.), *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome 1, précité, n° 39. Voir, par exemple : Cass. Crim., 13. 06. 1972, Mabboux-Stromberg, Bull., n° 196.

21. Cass. Crim., 14. 03. 1989, Aïssou Mouloud, Bull., n° 123.

d'accusation se réfère à la revendication des vols. Elle paraît sous-entendre que si ces derniers avaient été revendiqués dans le cadre d'une action politique, sa décision aurait pu en être modifiée. Or, qu'est-ce que la revendication sinon l'extériorisation et la publicité faite du mobile de l'infraction ?

Cette conclusion est confortée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 décembre 1967 en matière d'extradition²². Dans cet arrêt, la Chambre d'accusation relève qu'une demande d'extradition était fondée sur un "*crime de vol avec circonstances aggravantes, notamment le port d'arme, prévu et puni tant par la législation française que par celle de l'Etat requérant*". Pourtant, elle rejette la demande d'extradition au motif que "*les faits imputés à Inacio da Palma Herminio [...], bien que d'une particulière gravité, se rattachent à une activité politique, ont bien été accomplis pour un motif politique et uniquement dans un but politique*". Or, dans l'arrêt précédemment cité de 1989, c'est parce qu'il s'agissait de "*faits en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur*", que l'amnistie avait été refusée. La gravité des actes commis à l'intérieur du territoire semble donc être un critère inopérant lorsque des faits de gravité comparables sont commis à l'étranger.

L'ombre du critère subjectif est plus évidente encore dans un arrêt de rejet de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation en matière d'indemnisation d'un acte de terrorisme²³. Cette dernière infraction est considérée comme une infraction de droit commun par le Code pénal²⁴. Pourtant, la Cour rejette le pourvoi et conteste la nature d'acte de terrorisme. Pour admettre l'indemnisation des victimes de l'acte, elle exige "*d'une part, que ces infractions aient été commises dans un but politique ou idéologique*" et, d'autre part, "*que soit démontré « avec certitude » le mobile de l'infraction, qui ne peut être rapporté que par la revendication ou l'identification de son auteur*". En conséquence, la 1ère Chambre civile se fonde sur le mobile de l'infraction, même si l'absence de professionnalisme des auteurs de l'attentat, et son caractère isolé, empêchent de le considérer comme un acte de terrorisme.

Il en résulte ainsi une contradiction évidente dans la perception de l'infraction politique. Elle s'expliquerait par le fait que ce sont des chambres différentes de la Cour de cassation qui statuent. Mais une autre solution est envisageable : la volonté de limiter le nombre d'indemnisations. Toutefois,

22. Paris, 4. 12. 1967, Inacio da Palma Herminio, Pradel (J.), Varinard (A.), *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome 1, précité ; J.C.P., 1968. II. 11475, note A.P.

23. Cass. Civ., 1ère, 17. 10. 1995, Cts. Ghipponi, Bull., n° 368.

24. Articles 421-1 et s. du Code pénal. Il s'agit d'une infraction de droit commun car la peine principale encourue est, selon l'article 421-3-1° du même code, une peine de réclusion criminelle. Sur le détachement de l'acte de terrorisme de l'infraction politique : Ottenhof (R.), "Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme", R.S.C., 1987, p. 607 ; Pradel (J.), "Les infractions de terrorisme. Un nouvel exemple de l'éclatement du droit pénal", D., 1987, Chron., p. 39.

quel que soit ce motif, la Cour n'a-t-elle pas vocation à unifier le droit et à consolider une interprétation jurisprudentielle, surtout en matière de terrorisme ? Cette contradiction est d'autant plus critiquable qu'elle va à l'encontre des critères posés par la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme. L'article 1er e) de cette convention écarte du champ des infractions politiques "*les infractions comportant l'utilisation de bombes [...] dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes*"²⁵.

Parallèlement, il est difficile d'écarter la position du Conseil d'Etat qui, statuant sur les recours formés contre des décrets d'extradition, adopte également une position ambiguë²⁶. Ainsi, dans l'affaire Klaus Croissant, il indique que "*la circonstance que ces crimes auraient pour but, [...], de renverser l'ordre établi en République Fédérale d'Allemagne*" ne suffit pas, compte tenu de leur gravité, à les faire regarder comme ayant un caractère politique²⁷.

Certes, il est clairement affirmé que ces actes "*ne sont pas politiques par leur objet*". Néanmoins, ils auraient pu l'être si ce n'était leur degré de gravité. Le Conseil n'écarter donc pas *a priori* le critère subjectif mais le limite au regard de la gravité de l'infraction, qui semble être un nouveau critère permettant d'écarter l'infraction politique²⁸. Bien qu'en droit commun la gravité de l'acte soit déjà prise en compte par son rattachement à l'une des catégories d'infractions prévues par la loi, ce critère s'ajoute aux critères objectif et subjectif. Cela est étonnant au regard du droit interne mais correspond à l'esprit de certaines Conventions internationales. Ainsi, ce critère de gravité est expressément envisagé à l'article 2 de la Convention du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme. Toutefois, pour aussi affirmé qu'il soit, ce critère n'est pas défini car il se réfère aux infractions contre les personnes et les biens. En fait, la gravité dépend de l'interprétation subjective de chacun. Cette approche de l'infraction est alors préférée à une approche objective. Par conséquent, l'infraction politique se définit comme une infraction qui n'est pas de droit commun et qui est particulièrement grave ! Le principe de légalité est alors relégué au rang d'une bonne intention.

25. Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme, D., n° 87-1024, du 21. 12. 1987, J.O., 22. 12. 1987.

26. Sur le rôle du Conseil d'Etat : Baclet-Hainque (R.), "Le Conseil d'état et l'extradition en matière politique", précité ; Pradel (J.), Varinard (A.), *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome 1, précité, n° 27, p. 345.

27. C.E., Ass., 7.07.1978, Croissant, Rec., p. 292. Voir en ce sens la motivation du Conseil d'Etat in C.E., 24. 02. 1995, Persichetti, Rec., p. 104. Voir Baclet-Hainque (R.), "Le Conseil d'état et l'extradition en matière politique", précité ; Richard (D.), "Tendances actuelles du droit extraditionnel. Jurisprudence du Conseil d'Etat et Convention européenne du 10 mars 1995", J.C.P., 1996. I. 3917. Voir également : C.E., 15. 02. 1980, Gabor Winter, Rec., p. 87, D., 1980, jp., p. 449, ccl., Labetoulle.

28. Voir Baclet-Hainque (R.), "Le Conseil d'état et l'extradition en matière politique", précité.

En conséquence, si le critère objectif est privilégié, il n'est pas définitivement et totalement ancré dans la jurisprudence française lorsqu'elle se prononce sur une infraction politique ou ses conséquences. Il est pourtant difficile d'imputer ce manque d'unité à la jurisprudence ou à la doctrine. En leur laissant le soin de définir l'infraction politique, la loi manque à sa première obligation en matière pénale. Le respect du principe de légalité des délits et des peines mérite une interprétation plus stricte. Seuls des exemples permettent de cerner la notion. Ainsi, et ne serait-ce que pour cette raison qui fait de l'infraction politique une notion jurisprudentielle, sa codification est nécessaire. Elle l'est d'ailleurs d'autant plus qu'elle permettrait de limiter l'instrumentalisation de la loi pénale par le pouvoir politique.

II - L'INSTRUMENTALISATION DE LA LOI PÉNALE

Au delà des contradictions jurisprudentielles, il est apparu, au fil de textes non insérés dans les codes pénal et de procédure pénale, que les critères subjectif et objectif sont simultanément retenus. Il faut alors se demander si cette imprécision n'est pas souhaitée et entretenue ? Ainsi, la loi pénale est-elle un instrument entre les mains du politique qui, par le biais de la loi ou du décret, entend garder une certaine latitude d'appréciation de la catégorie des infractions politiques ? La réponse à ces questions est malheureusement positive. Il apparaît que la loi pénale est limitée par les circonstances (A). Ces dernières ont d'ailleurs tellement d'importance en la matière que la loi finit par les privilégier (B).

A) Une loi limitée par les circonstances

En l'absence de règles codifiées, toutes les interprétations de la catégorie des infractions politiques sont possibles. Elles sont même parfois contradictoires. Les exemples ne manquent pas.

L'article 5 de la loi du 10 mars 1927 sur l'extradition dispose que "*Lorsque le crime ou le délit a un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique*", la demande d'extradition peut être refusée par l'État requis qu'est la France²⁹. Le mobile politique de la demande est écarté, mais le caractère subjectif ou objectif de l'infraction politique n'est toujours pas précisé.

29. L., 10. 03. 1927, relative à l'extradition des étrangers, *J.O.*, 11. 03. 1927. Voir, par exemple : C.E., 24.06.1977, Astudillo Calleja, *Rec.*, p. 290 ; commentaire Jeandidier (W.), "La tutelle du Conseil d'État sur les chambres d'accusation en matière d'extradition", *R.S.C.*, 1979, p. 239 ; Baclet-Hainque (R.), "Le Conseil d'État et l'extradition en matière politique", précité.

Dans le même sens, l'article 3-1° de la Convention européenne sur l'extradition de 1957 exclut l'extradition si elle est considérée par la partie requise comme étant politique. Or, rien n'est précisé quant au critère choisi. Il faut se référer alors au choix national qui, pour la France, est loin d'être précis³⁰. La question se pose à nouveau au regard de la disposition selon laquelle l'attentat à la vie d'un chef d'Etat ou d'un membre de sa famille ne sera pas considéré comme politique³¹. Ne s'agit-il pas d'une atteinte évidente aux intérêts fondamentaux de la nation ? Si le mobile de l'attentat relève du droit commun, il est tout autant plausible qu'il soit guidé par une volonté politique. En rattachant cet attentat au droit commun, le critère subjectif est volontairement écarté, mais le critère objectif n'est pas plus privilégié.

D'autres signes laissent entrevoir l'existence d'une approche subjective. Une disposition aujourd'hui abrogée l'énonçait clairement. Ainsi, selon l'ancien article D 496 du Code de procédure pénale, issu du décret n°71-769 du 16 septembre 1971, "*Peuvent être admises au bénéfice du même régime [de détention] les personnes poursuivies ou condamnées dont il est établi au vu des circonstances de la cause que, lorsqu'elles ont commis les faits constitutifs de l'infraction, elles étaient animées par des mobiles présentant un caractère politique, ou n'étaient mues ni par un intérêt personnel ni par un esprit de vengeance*"³².

Une approche similaire est aujourd'hui possible au regard de l'article 3 de la Convention européenne sur l'extradition. Par exemple, le refus d'extrader peut résulter d'une demande d'extradition dans un but politique. Néanmoins, dans ce cas, ce n'est pas l'infraction en tant que telle qui sera appréciée, mais la raison pour laquelle l'Etat requérant demande l'extradition. Il est donc difficile d'en tirer une conclusion sauf pour comprendre comment la France appréhende les demandes d'extraditions. Dans ce cas, les critères subjectif et objectif sont concurremment utilisés sans obéir à une règle de conduite claire.

En ce sens, la réserve française apportée au 3° de cet article est intéressante : "*La France se réserve le droit d'apprécier, en fonction des circonstances particulières de chaque affaire, si l'attentat à la vie d'un chef d'Etat ou d'un membre de sa famille revêt ou non un caractère politique*". En conséquence, alors que la chambre d'accusation statue sur la demande d'extradition en respectant la loi de 1927 ou la Convention, le gouvernement peut écarter ces dispositions lorsqu'il prend le décret d'extradition. L'incohérence est ici évidente. D'une part, le critère objectif semble s'imposer car le mobile politique de l'attentat paraît exclu. D'autre part, il est tenu compte du critère subjectif pour considérer l'attentat. Tournée uniquement vers un Etat étran-

30. Voir la motivation du Conseil d'Etat in C.E., 24. 02. 1995, Persichetti, précité.

31. Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, D., n° 86-736, 14. 05. 1986, J.O., 15. 05. 1986, art.3-3°.

32. D., n° 71-769, du 16. 09. 1971, J.O., 19. 09. 1971. Abrogé par le D., n° 75-972, du 23. 10. 1975, J.O., 24. 10. 1975.

ger, cette réserve a des incidences en droit interne. En effet, elle déconsidère le choix objectif de la jurisprudence par le choix subjectif de l'Etat. Une contradiction risque ainsi de naître lorsque la chambre d'accusation saisie de la demande d'extradition aura à statuer sur l'attentat en question, et que le gouvernement aura à prendre le décret d'extradition.

De fait, le mobile politique de l'auteur de l'attentat est pris en compte³³. Cette contradiction entre les textes et leur interprétation est encore plus évidente en matière de terrorisme. Le Code pénal exclut l'acte de terrorisme de la catégorie des infractions politiques. Dans le même sens, la Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977 exclut certains actes de terrorisme de la catégorie des infractions politiques (articles 1 et 2). Reprenant la disposition de la Convention sur l'extradition de 1957, l'article 5 de la Convention n'impose pas l'extradition pour un acte de terrorisme lorsque la demande vise à poursuivre une personne en raison de sa religion, de considération de race, de nationalité ou d'opinion politique. De même, l'article 8 dispose que l'entraide internationale ne peut être refusée au simple motif qu'il s'agirait d'une infraction politique mais, elle peut l'être si l'Etat requis la considère comme une infraction politique³⁴. Le critère subjectif semble donc écarté au bénéfice du critère objectif puisque la jurisprudence et la doctrine française privilégient ce dernier. Pourtant, une réserve d'interprétation de la France remet en cause cette perception. La France se garde la possibilité de refuser l'extradition, même après avoir apprécié la gravité de l'acte. L'indétermination de ce dernier critère ajoute à l'incohérence déjà dénoncée de la notion d'infraction politique³⁵. Le gouvernement exprime clairement que son appréciation subjective peut se substituer à l'appréciation objective de la chambre d'accusation. Si cela ne suffit pas pour révéler le flou de la position française, il est possible d'ajouter que la France déclare que "*l'application de la Convention [...] ne saurait avoir pour résultat de porter atteinte au droit d'asile*". Les conséquences de cette approche dépassent donc le cas particulier de l'infraction politique.

Finalement, peu importe qu'il s'agisse d'une infraction politique ou de droit commun, qu'elle soit grave ou non, qu'elle consiste en l'assassinat d'un chef d'Etat ou non : le gouvernement aura le dernier mot selon une interprétation qui lui appartient en propre et qui fait peu de cas des solutions communément admises. En conséquence, l'appréhension subjective de l'infraction politique est maintenue.

33. Il est à noter dans ce cas que la réciprocité d'incrimination permettant l'extradition, selon la loi de 1927 ou selon la Convention, n'existe pas. En effet, il est difficilement imaginable que la France demande une extradition dans un but politique... Pour un exemple de l'application de cette condition : C.E., 15. 02. 1980, Winter, précité.

34. L'article 3 de la Convention dispose dans le même sens.

35. V. notamment : Lemouland (J.-J.), "Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique", précité.

Cette incohérence n'est pas que théorique. Ainsi, la France a refusé l'extradition de deux iraniens vers la Suisse alors qu'ils avaient, selon la requête de cet Etat, participé à l'assassinat d'un opposant politique³⁶. Les individus ont été expulsés vers leur pays d'origine et ce n'est qu'un an après que le Conseil d'Etat, analysant le retrait du décret d'extradition, contesta cette approche. Néanmoins, le droit intervenait trop tard. Seule la portée de la décision du Conseil d'Etat permet d'envisager une appréhension future plus cohérente. Elle permet d'imaginer que le pouvoir exécutif soit définitivement lié par l'avis de la juridiction judiciaire³⁷. Il en résulte que la loi devient un instrument. Selon les circonstances, certaines de ses dispositions sont utilisées ou, au contraire, écartées. Finalement, le problème résulte du comportement du pouvoir exécutif et de l'adoption de lois privilégiant les circonstances.

B) Une loi privilégiant les circonstances

L'incertitude planant sur la perception de l'infraction politique est maintenue lorsque des poursuites sont déjà engagées ou même lorsqu'un jugement a été prononcé. A ce titre, les lois d'amnistie sont des sources inépuisables d'information³⁸. Il suffit d'en citer quelques dispositions. L'article 2-4° de la loi du 4 août 1981 amnistie les "*infractions commises en relation avec des élections de toutes sortes ou avec des incidents d'ordre politique ou social survenus en France ...*"³⁹. L'article 1er de la loi du 31 décembre 1985 dispose que sont amnistiées toutes les infractions commises "*à l'occasion d'événements d'ordre politique ou social en relation avec la détermination du statut de la Nouvelle-Calédonie*"⁴⁰. La loi du 9 novembre 1988 amnistie, à l'exclusion des assassinats, les infractions réalisées lors d'événements d'ordre politique, sociaux ou économiques en relation avec la détermination du statut de la Nouvelle-Calédonie⁴¹. Un an plus tard, l'article 1er de la loi du 10 janvier 1990 amnistie ces crimes⁴².

36. C.E., 14. 12. 1994, Confédération helvétique, Rec., p. 549 ; *J.C.P.*, 1995. II. 22389, note Van Tuong (N.) ; Richard (D.), "Tendances actuelles du droit extraditionnel. Jurisprudence du Conseil d'Etat et Convention européenne du 10 mars 1995", précité.

37. Voir L., 10. 03. 1927, précitée, art. 17 ; Conte (P.), Maistre du Chambon (P.), *Procédure pénale*, Masson / A. Colin, 1995, p. 84.

38. Voir Roche-Dahan (J.), *L'amnistie en droit français*, Thèse dactyl., Aix-Marseille, 1994, 2 Vol.

39. L., n° 81-736, du 4. 08. 1981, portant amnistie, *J.O.*, 5. 08. 1981. Voir également : L., n° 82-214, du 2. 03. 1982, portant statut particulier de la région Corse (organisation administrative), *J.O.*, 3. 03. 1982, article 50 ; L., n° 89-473, du 10. 07. 1989, portant amnistie, *J.O.*, 12. 07. 1989, articles 1 et 2.

40. L., n° 85-1467, du 31. 12. 1985, portant amnistie relative à la Nouvelle-Calédonie, *J.O.*, 1. 01. 1986.

41. L., n° 88-1028, du 9. 11. 1988, portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, *J.O.*, 10. 11. 1988.

42. L., n° 90-33, du 10. 01. 1990, portant amnistie d'infractions commises à l'occasion d'événements survenus en Nouvelle-Calédonie, *J.O.*, 12. 01. 1990.

La philosophie générale ces dispositions est claire. Au regard du Livre IV du Code pénal et de l'article 410-1 du Code pénal, les infractions amnistiées sont celles portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. En effet, étaient en cause l'indépendance, l'intégrité du territoire, la sécurité ou la forme républicaine des institutions.

Or, les infractions ainsi amnistiées ne recevaient pas, dans leur ensemble, une qualification d'infraction politique lors de leur commission. En effet, les textes relatifs à ces infractions ne les envisagent pas de façon aussi générale. Un exemple suffit à emporter la conviction. L'homicide, des articles 221-1 ou 221-6 du Code pénal, n'est pas constitutif d'une infraction politique car les peines encourues consistent principalement en de la réclusion criminelle et en de l'emprisonnement. Or, les lois d'amnistie relatives à la Nouvelle-Calédonie les intègrent, *a posteriori*, dans la catégorie des infractions politiques⁴³. Plus précisément, le droit commun leur était appliqué lors des poursuites et du jugement. Ainsi, alors que la mort d'un homme est généralement exclue du bénéfice de l'amnistie, ce sont toutes les infractions réalisées dans des circonstances particulières qui sont visées. Il n'est donc pas question d'infractions politiques au regard de la peine. La trahison, l'espionnage, le sabotage, l'attentat, le complot, à l'exception des mouvements insurrectionnels, ne sont pas les infractions visées. Il s'agit d'infractions de droit commun qui relèvent, en raison des circonstances de leur commission, de la qualification d'infraction politique⁴⁴. Or, cette approche renouvelle l'intérêt des critères subjectif et objectif. Au sujet du premier, c'est le contexte de la réalisation de l'infraction, donc ce pourquoi elle a été réalisée, qui est important : le mobile est présent. Dans le cas du second critère, il faut noter que ces infractions avaient pour objet de porter atteinte à l'intégrité du territoire et à l'autorité de l'Etat : le critère objectif est sous-jacent.

Par conséquent, alors que le Code pénal fait peu de place aux infractions politiques, la loi les révèle selon les circonstances et opère donc une requalification des faits délictueux. L'irrespect du principe de légalité est manifeste. Sans critiquer en elle-même la loi d'amnistie, il est toutefois remarquable qu'une première qualification classe les infractions dans la catégorie de droit commun, et qu'une approche postérieure tende à les incorporer dans la catégorie des infractions politiques. Ainsi, si "*l'amnistie concrétise le souhait de la nation de voir certains comportements fautifs officiellement pardonnés*" et qu'elle est "*un symbole de réconciliation et de cohésion sociale*"⁴⁵, elle permet également au législateur, à l'instigation du pouvoir exécutif, de jouer avec les qualifications. Les circonstances modifient ainsi la perception du comporte-

43. Il y a une contradiction évidente avec la position de la Chambre criminelle dans l'arrêt Gorguloff de 1932 où elle précise que "*l'assassinat, qui par sa nature et quels qu'en aient été les motifs, constitue un crime de droit commun*", précité.

44. V. sur ce point : Cass. Crim., 18. 11. 1959, Lekbir et a., précité.

45. Toubon (J.), Discussion, *J.O.*, Déb. Ass. Nat., 1ère séance du 27. 06. 1995, 28. 06. 1995, p. 636.

ment. De fait, une atteinte sévère est portée à la force de la loi pénale qui doit déterminer les comportements à venir et non fluctuer selon les circonstances et l'air du temps.

Cela est également démontré au regard de l'application de l'amnistie des délits en relation avec des élections de toute nature prévue par la loi du 20 juillet 1988⁴⁶. Ces délits sont amnistiés car ils sont considérés comme politiques⁴⁷. Cependant, un critère de connexité est ajouté et fait entrer dans le champ d'application de la loi d'amnistie les délits réalisés à l'occasion des élections. Ainsi, ont été amnistiés des délits de coups et blessures volontaires, dégradation volontaire de véhicule et non-assistance à personne en danger. A cela une seule raison : ces infractions ont été réalisées "*pendant la campagne électorale officielle, devant les panneaux électoraux, par des militants, sympathisants de partis politiques opposés à propos d'affiches recouvertes ou déchirées au cours d'une tournée d'affichage*"⁴⁸. En conséquence, l'infraction amnistiée étant politique, les infractions connexes sont reconsidérées, après coup, comme des infractions politiques.

En conséquence, si la trace du critère objectif est perçue dans les textes, le politique en atténué l'intérêt par des réserves, déclarations et attitudes qui laissent survivre le critère subjectif. En ajoutant à cela les faux semblant du droit positif précédemment dénoncés, la notion d'infraction politique relève plus de la conjecture, voire de la conjoncture, que de la règle de droit. Ainsi, si l'on était à la recherche d'un nouveau critère de l'infraction politique, il faudrait penser aux circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise : circonstances de temps, circonstances de la commission, circonstances de gravité⁴⁹. Cependant, tel n'était pas notre objet. Ces derniers critères rendraient même impossible la définition de l'infraction politique car ils seraient fluctuant au gré des changements politiques, des relations internationales, voire des mouvements de l'opinion publique. Toutefois l'intérêt de cette nouvelle approche est réel. Il signale avec prégnance la nécessaire codification de l'infraction politique ou sa complète disparition du droit pénal. Il est aujourd'hui quasiment impossible de dire si tel ou tel comportement, sanctionné selon le droit commun, ne recevra pas, dans quelques temps, une qualification politique.

46. Voir notamment l'article 2-5° de cette loi : L., n° 88-828, du 20. 07. 1988, portant amnistie, *J.O.*, 21. 07. 1988 ; Vitu (A.), "Chronique de jurisprudence - Droit pénal général", *R.S.C.*, 1989, p. 726.

47. Voir : Cass. Civ., 11. 04. 1881, Ferrand et Cervetti, *D.*, 1881, 1ère partie, p. 271 ; Cass. Crim., 15. 02. 1955, Sabin et a, *D.*, 1955, Som., p. 58 ; Lemouland (J.-J.), "Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique", précité.

48. Cass. Crim., 23. 03. 1989, X, *Bull.*, n° 148 ; Vitu (A.), "Chronique de jurisprudence - Droit pénal général", précité.

49. V. également en ce sens : Pradel (J.), Varinard (A.), *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome 1, précité, n° 27.

Il subsiste, si l'on souhaite le maintien de la catégorie et sa codification, qu'il faut opter entre le droit constant ou la création d'une nouvelle règle. Dans le premier cas, le perpétuel équilibre dans l'utilisation des critères objectif ou subjectif devrait être rompu. L'adoption généralement affirmée du critère objectif permettrait cependant de codifier à droit presque constant. Dans le second cas, il faudrait peut-être tenter d'incorporer les critères apparus incidemment et tenant compte des circonstances. Toutefois, l'exercice paraît périlleux en raison de la marge d'interprétation que cela laisse au juge du fond. Ils ne se prononceraient plus uniquement sur la culpabilité mais sur le mobile et le contexte de l'infraction.

En fait, il serait bon qu'un Etat qui se dit de Droit assume ses choix de politique criminelle. Soit l'infraction politique disparaît car il existe d'autres moyens que l'infraction pour mettre en avant une revendication politique. Dans ce cas, il faut abandonner les peines spécifiques qui sont aujourd'hui présentes dans le Code pénal. Soit l'infraction politique existe toujours. Dans ce cas, il faut que la loi la définisse et l'insère dans le Code pénal afin qu'elle soit reconnue comme élément à part entière des comportements prohibés.

Il est indéniable que l'exercice de codification de l'infraction politique est difficile. Sauf à mettre fin à l'existence de cette catégorie d'infractions, il faudra certainement regretter encore longtemps l'absence d'un texte clair en la matière. Finalement, la codification de l'infraction politique répond bien au thème dans lequel s'insère cette étude. Il s'agit bien de codifier l'incodifiable en ce qu'il s'agit à la fois de définir l'infraction politique et de définir, si ce n'est contraindre, les comportements politiques à son égard.